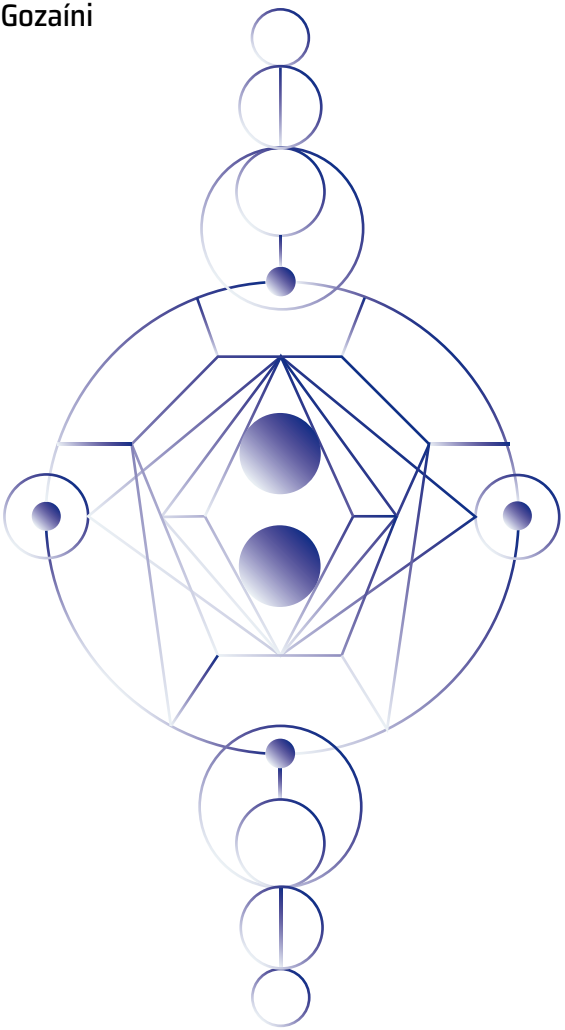
COLECCIÓN DOCTRINA

Tomo II

TRATADO DE DERECHO PROCESAL CIVIL

EL PROCESO CIVIL Y COMERCIAL

Osvaldo Alfredo Gozaíni



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura

JUS BAI RES EDITORIAL

Tratado de Derecho Procesal Civil

Tomo II
El Proceso Civil y Comercial

Osvaldo A. Gozaíni

www.editorial.jusbaires.gob.ar
editorial@jusbaires.gob.ar
fb: /editorialjusbaires
Av. Julio A. Roca 534 [C1067ABN]
+5411 4011-1320

Sello Buen Diseño argentino

Gozaíni, Osvaldo A.
Tratado de derecho procesal civil: Tomo 2: el proceso civil y comercial / Osvaldo A. Gozaíni. - 1a ed . - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Editorial Jusbaires, 2020.

Libro digital, PDF - (Doctrina 2020)
Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-768-144-4 / ISBN 978-987-768-146-8 (tomo 2)
1. Derecho Procesal. I. Título.
CDD 347.05

© Editorial Jusbaires, 2020
Hecho el depósito previsto según Ley N° 11723

Declarada de interés por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
Res. Nro. 543-2018

Consejo Editorial
Presidenta:
Ana Salvatelli

Miembros:
Alberto Maques
Francisco Quintana
Fabiana Haydeé Schafrik
Mariana Díaz
Sergio Delgado
Alejandra García

Editorial Jusbaires
Coordinación General: Alejandra García
Dirección: Gerardo Filippelli
Coordinación de Contenidos: Julia Sleiman

Edición: Analía V. Córdoba
Corrección: Daniela Donni, Leticia Muñoa, Mariana Palomino y Julieta Richiello

Coordinación de Arte y Diseño: Mariana Pittaluga
Maquetación: Esteban J. González

La presente publicación ha sido compuesta con las tipografías *Saira* del tipógrafo argentino Héctor Gatti para la fundidora *Omnibus-Type* y *Alegreya* de la fundidora argentina *Huerta Tipográfica.*

Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura

Autoridades

Presidente

Alberto Maques

Vicepresidente 1°

Francisco Quintana

Vicepresidenta 2ª

Fabiana Haydeé Schafrik

Consejeros

Raúl Alfonsín
Alberto Biglieri
María Julia Correa
Anabella Hers Cabral
Gonzalo Rúa
Ana Salvatelli

Secretaria de Administración General y Presupuesto

Genoveva Ferrero

ÍNDICE

SECCIÓN 1ª
EL PROCESO DE CONOCIMIENTO

Capítulo XLI
Diligencias preliminares..... 23

309. Características generales; 310. Presupuestos de admisión; 311. Citación de la parte contraria. Excepciones; 312. Medidas preparatorias; 313. Diligencias conservatorias; 314. Carácter de las medidas; 315. Declaración jurada relativa a la personalidad; 316. Exhibición de cosa mueble; 317. Exhibición de testamento; 318. Exhibición de títulos; 319. Exhibición de documentos por el socio; 320. Determinación del carácter del ocupante; 321. Designación de tutor o curador; 322. Constitución de domicilio; 323. Práctica de una mensura judicial; 324. Citación para el reconocimiento de la obligación de rendir cuentas; 325. Reconocimiento de mercaderías; 326. Caducidad de las medidas preparatorias; 327. La prueba anticipada, 327.1 Requisitos formales, 327.2 Medios de prueba anticipada autorizados, 327.3 Prueba testimonial, 327.4 Reconocimiento judicial, 327.5 Dictamen pericial, 327.6 Prueba de informes, 327.7 Exhibición, resguardo o secuestro de documentos, 327.8 Absolución de posiciones; 328. Producción de prueba anticipada después de trabada la litis; 329. Cumplimiento de las medidas dispuestas; 330. Responsabilidad por la ejecución y el cumplimiento, 330.1 La orden de exhibición de cosa mueble o presentación de documentos, 330.2 Citación a rendir cuentas; 331. Conducta procesal y astreintes.

Capítulo XLII
La demanda..... 65

332. La demanda civil; 333. Tipos de demanda; 334. Efectos de la demanda; 335. Requisitos de la demanda, 335.1 Requisitos procesales de la demanda, 335.2 Requisitos sustanciales de la demanda: a) La demanda improponible, b) El rechazo *in limine* litis, c) La demanda ambigua; 336. Documentación que debe

acompañar la demanda; 337. Transformación o cambio de la demanda, 337.1 El cambio de demandados, 337.2 Modificación de la demanda; 338. Otras modificaciones en la demanda; 339. Ampliación de la demanda, 339.1 Acumulación de pretensiones en la demanda, 339.2 El proceso acumulativo impropio, 339.3 La acumulación subjetiva impropia, 339.4 Transformación cuantitativa; 340. Hechos nuevos; 341. Demanda interruptiva de la prescripción; 342. Demanda y contestación conjunta.

Capítulo XLIII
Contestación de la demanda..... 111

343. La contestación de la demanda ¿carga o facultad?; 344. Reglas de la contestación a la demanda, 344.1 Reconocer o negar, 344.2 Negativa categórica de cada uno de los hechos, 344.3 Autenticidad de documentos y cartas misivas, 344.4 Silencio, respuestas evasivas, negativa general, 344.5 Reconocimiento de la verdad, 344.6 Hechos pertinentes y lícitos; 345. La respuesta en expectativa; 346. Forma de la contestación; 347. Contrademanda; 348. Reconvención, 348.1 Clasificación; 348.2 Requisitos procesales, 348.3 Requisitos de admisibilidad y competencia, 348.4 Efectos de la reconvención, 348.5 La reconvención contra terceros, 348.6 Reconvención por compensación; 348.7 El procedimiento en la reconvención, 348.8 La *reconventio reconventionis*.

Capítulo XLIV
Defensas y excepciones..... 147

349. Posibilidades; 350. Clasificación; 351. Requisitos de admisión y procedencia, 351.1 Plazo, 351.2 Forma, 351.3 No suspende el plazo para contestar la demanda o la reconvención. Excepciones; 352. La excepción dilatoria de incompetencia; 353. La excepción dilatoria de falta de personería, 353.1 Concepto de personería, 353.2 Capacidad, 353.3 La capacidad procesal, 353.4 La representación de quienes carecen de capacidad, 353.5 La representación legal, 353.6 Efectos de la admisión de la excepción de falta de personería; 354. La excepción dilatoria de defecto legal en el modo de proponer la demanda, 354.1 Cuáles son los defectos,

354.2 Los defectos en la personalidad procesal, 354.3 Los defectos en la pretensión, 354.4 Supuestos de improcedencia; 355. La excepción de arraigo, 355.1 Cumplimiento de la medida, 355.2 Improcedencia, 355.3 Acuerdos internacionales; 356. La excepción perentoria de falta de acción, 356.1 La legitimación pasiva como excepción, 356.2 Prueba de la ausencia de legitimación pasiva, 356.3 Trámite de la excepción; 357. La excepción perentoria de litispendencia, 357.1 Requisitos de admisión, 357.2 Litispendencia y acumulación de procesos, 357.3 Otros supuestos; 358. La excepción perentoria de cosa juzgada, 358.1 Fundamentos, 358.2 Requisitos, 358.3 La sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, 358.4 La defensa de cosa juzgada frente a terceros; 359. La excepción perentoria de transacción, conciliación y desistimiento, 359.1 Transacción, 359.2 Conciliación, 359.3 Desistimiento del derecho; 360. La excepción de prescripción; 360.1 La prescripción en la historia del proceso, 360.2 Oposición y prueba, 360.3 Trámite, 360.4 Oportunidad para plantear la prescripción, 360.5 Costas; 361. Defensas temporarias; 362. Trámite de las excepciones.

Capítulo XLV
La incomparecencia..... 213

363. La renuencia del demandado a comparecer en el derecho romano; 364. La rebeldía en el derecho español; 365. La rebeldía en la legislación argentina; 366. Naturaleza jurídica; 367. Requisitos; 368. Efectos de la rebeldía; 369. Extensión y excepciones de la rebeldía; 370. Apertura a prueba; 371. La comparecencia tardía; 372. Imposición de costas al rebelde; 373. Incontestación de la demanda; 374. Costas al incompareciente.

SECCIÓN 2ª
CONTIGENCIAS DEL PROCESO

Capítulo XLVI
Los hechos..... 237

375. Los hechos en el proceso civil; 376. Los tipos de hechos y su presentación en el proceso; 377. Hechos principales y

secundarios; 378. Clasificación de los hechos; 379. Los nuevos hechos y los hechos nuevos.

Capítulo XLVII
Incidentes e incidencias..... 245

380. Nociones generales; 381. Particularidades; 382. El proceso incidental; 383. Clasificación de los incidentes; 384. Suspensión del juicio principal; 385. Trámite del incidente; 386. Notificación del incidente; 387. Recepción de la prueba; 388. Las costas en los incidentes, 388.1 Sistema actual, 388.2 Cuestiones dudosas de derecho, 388.3 Exoneración de las costas; 389. El interés para obrar en los incidentes; 390. La conducta procesal en los incidentes; 391. Pago de las costas o depósito en garantía para promover otro incidente; 392. Recursos.

Capítulo XLVIII
Acumulación de procesos..... 279

393. Particularidades y diferencias; 394. Litispendencia y conexidad; 395. Litisconsorcio y acumulación; 396. Requisitos procesales, 396.1 Competencia, 396.2 Oportunidad, 396.3 Trámite de la acumulación; 396.4 Suspensión de las actuaciones; 397. Independencia de los procesos; 398. Desacumulación de autos; 399. Sentencia única.

Capítulo XLIX
Nulidades en el proceso..... 289

400. Introducción; 401. Peligros de las nulidades; 402. El Código Civil y Comercial ante los principios procesales, 402.1 Principio de protección, 402.2 Principio de especificidad, 402.3 Principio de trascendencia, 402.4 Principio de convalidación, 402.5 Principio de protección; 403. Efectos de las nulidades.

SECCIÓN 3ª
EL DERECHO PROBATORIO

Capítulo L
Conceptos generales de la prueba..... 307

404. Aspectos de la prueba; 405. Historia y progreso de la prueba; 406. La prueba en el derecho civil y comercial; 407. La

constitucionalidad de la prueba; 408. Estándares probatorios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Capítulo LI
Objeto de la prueba..... 327

409. Dudas preliminares; 410. Necesidad probatoria; 411. El conocimiento privado del juez; 412. Diferencias entre objeto y necesidad de la prueba; 413. Los hechos y la prueba, 413.1 La presentación de los hechos, 413.2 El aporte de los hechos; 414. Los tipos de hechos; 415. Clasificación de los hechos; 416. Los hechos y la prueba en los procesos por audiencias; 417. Alegaciones sobre los hechos.

Capítulo LII
La verdad y la prueba..... 355

418. Introducción; 419. Prueba y debido proceso, 419.1 La verdad en el proceso, 419.2 Verdad real y verdad formal, 419.3 La prueba como fijación de los hechos, 419.4 La prueba como actividad destinada a la certidumbre judicial, 419.5 Síntesis de las tendencias; 420. La verdad en el proceso, en realidad, es la verdad de los hechos, 420.1 Historia breve de la verdad en la prueba, 420.2 La obligación de decir verdad sin texto que obligue, 420.3 Alcance del deber de veracidad, 420.4 Sujetos obligados a decir verdad; 421. El derecho a la verdad; 422. La verdad acordada entre las partes.

Capítulo LIII
Cuestiones que son objeto de la prueba..... 387

423. Introducción; 424. Las cuestiones de hecho y de derecho. 425. La prueba del derecho; 426. Prueba del derecho extranjero; 427. Prueba de la costumbre; 428. Cuestiones que no se deben probar, 428.1 Hechos eximidos de prueba por actitudes de parte, 428.2 Situaciones objetivas que eximen de prueba, 428.3 Situaciones subjetivas que eximen de prueba, 428.4 La naturaleza del hecho; 429. Prueba de los hechos negativos.

Capítulo LIV
Finalidad de la prueba..... 417

430. La verdad jurídica objetiva; 431. Certidumbre o certeza; 432. Fijación de los hechos; 433. Persuasión o convencimiento; 434. La confirmación; 435. La prueba legal.

Capítulo LV
Los principios de la prueba..... 433

436. Principios generales, 436.1 El principio de igualdad, 436.2 Principio de lealtad, probidad y buena fe, 436.3 Publicidad y control de la prueba; 437. Principios especiales de la actividad probatoria, 437.1 Legalidad de la prueba, 437.2 Principio de originalidad; 437.3 Inmediación del juez en la prueba, 437.4 Concentración de la actividad probatoria; 437.5 Admisión y pertinencia de la prueba, 437.6 Preclusión y pérdida de la prueba; 438. Principios de la evaluación de la prueba, 438.1 La adquisición de la prueba, 438.2 El principio de la unidad de la prueba, 438.3 Utilidad de la prueba.

Capítulo LVI
Prueba ilícita, ilegal, inconstitucional e irregular..... 459

439. Concepto de prueba ilícita; 440. La doctrina del fruto del árbol venenoso, 440.1 Prueba ilegítima por violar derechos fundamentales, 440.2 La conducta del imputado en el proceso; 441. Prueba ilegal; 442. Prueba inconstitucional; 443. Clasificaciones: 443.1 La prueba irregular, 443.2 La prueba ilegítima, 443.3 La prueba viciada, 443.4 La prueba clandestina; 444. Las garantías procesales y judiciales: 444.1 Fuentes y medios de prueba, 444.2 Las pruebas biológicas, 444.3 La prueba en la óptica del afectado o presunto autor del delito o del hecho que se le imputa, 444.4 La razonabilidad como regla, 444.5 La prueba ilegítima en el proceso civil.

Capítulo LVII
Fuentes y medios de prueba..... 483

445. Concepto; 446. Medios de prueba legislados; 447. Medios de prueba no legislados; 448. Prueba científica, 448.1 Concepto de prueba científica, 448.2 Admisión y procedencia,

448.3 Límites para admitir la prueba científica: a) Moral y buenas costumbres, b) Derecho al secreto, 448.4 Naturaleza de la prueba científica; 448.5 Producción de la prueba; 449. Valoración de la prueba científica; 449.1. Revisión de los criterios probatorios.

Capítulo LVIII
La apreciación de la prueba..... 511

450. El destinatario de la prueba; 451. Clases y grados de la prueba; 452. Valoración de la prueba; 453. Sistemas de apreciación de la prueba, 453.1 Sistema de la prueba legal, 453.2 Sistema de la prueba de libre apreciación, 453.3 Reglas de la sana crítica, 453.4 Nuestra opinión; 454. Control judicial sobre la apreciación de las pruebas; 455. El juicio probatorio; 456. Las presunciones e indicios; 457. La calificación de la conducta de las partes como prueba.

Capítulo LIX
La carga de la prueba..... 547

458. Nociones generales; 459. Derechos y deberes. Facultades y cargas. Obligaciones y responsabilidades; 460. Concepto de carga probatoria; 461. Aspectos de la carga de la prueba, 461.1 Carga subjetiva (concreta), 461.2 Carga objetiva (abstracta); 462. Teorías sobre la distribución de la carga probatoria, 462.1 La tesis en el derecho romano, 462.2 La clasificación de los hechos y la prueba, 462.3 La verdad y la carga probatoria, 462.4 El principio de colaboración; 463. La carga de la prueba en el Código Procesal; 464. La carga de la prueba y la responsabilidad profesional del que "no prueba"; 465. La carga de la prueba en la responsabilidad civil (Código Civil y Comercial de la Nación), 465.1 La carga de la prueba del factor de atribución, 465.2 La carga probatoria dinámica en el Código Civil y Comercial; 466. La carga probatoria en los procesos de familia.

Capítulo LX
La actividad probatoria..... 577

467. Prueba extrajudicial y judicial, 467.1 La prueba extrajudicial, 467.2 Prueba judicial; 468. Prueba preconstituida; 469. Prueba

anticipada; 470. Producción de la prueba, 470.1 Lugar de la prueba, 470.2 El tiempo para la prueba; 470.3 Forma de producir la prueba; 471. La investigación probatoria, 471.1 Las medidas para mejor proveer, 471.2 El derecho a la prueba.

Capítulo LXI
Los medios de prueba..... 615

472. Problemas particulares de los medios de prueba; 473. Función de los medios de prueba; 474. La prueba más confiable; 475. Colofón.

Capítulo LXII
Prueba documental..... 627

476. Nociones generales; 477. La prueba documental en la historia; 478. Naturaleza jurídica del documento, 478.1 Documentos declarativos, 478.2 Documentos representativos; 479. Funciones del documento, 479.1 Requisitos de validez del instrumento público, 479.2 Valor probatorio del instrumento público, 479.3 Valor probatorio del instrumento privado, 479.4 Reconocimiento de firmas; 480. Clasificación de los documentos y de la prueba documental; 481. Instrumentos públicos y privados; 482. La redargución de falsedad, 482.1 La redargución como incidente, 482.2 La redargución como pretensión autónoma, 482.3 El incidente de nulidad sin redargución de falsedad; 483. La prueba de cotejo, 483.1 Práctica de la prueba, 483.2 Impugnación; 484. La exhibición de documentos, 484.1 Documentos en poder de las partes, 484.2 Documentos en poder de la contraria, 484.3 Documentos en poder de un tercero; 485. El documento electrónico.

Capítulo LXIII
Prueba informativa..... 669

486. Objeto de la prueba; 487. Diferencias con otros medios de prueba; 488. Requisitos de admisión; 489. Obligaciones del que ofrece la prueba; 490. Deberes y derechos del informante. Compensación, 490.1 Deberes de las oficinas públicas, 490.2 Deberes de las entidades privadas, 490.3 Deberes de los escribanos con registro; 491. El requerimiento de expedientes;

492. Caducidad automática de la prueba; 493. Impugnación del informe.

Capítulo LXIV
Prueba de confesión..... 689

494. Generalidades; 495. El *animus confitendi*; 496. Modalidades de la confesión, 496.1 Confesión judicial y extrajudicial, 496.2 Espontánea o provocada, 496.3 Expresa o tácita, 496.4 Verbal o escrita; 497. Características y efectos de la confesión judicial, 497.1 El sistema de la divisibilidad o indivisibilidad en el Código Procesal, 497.2 *Contra se pronuntatio*, 497.3 La presunción de inocencia no se aplica en el proceso civil: a) Antecedentes, b) Aplicación y extensión del principio, c) La garantía procesal de inocencia, d) La confesión y el principio de inocencia, e) La autoincriminación, f) La presunción de inocencia ante la prueba de cargo, g) La presunción de inocencia en procesos no penales, h) La presunción de inocencia trabaja con la carga de la prueba, i) El principio de inocencia en el proceso civil, j) Las potestades del juez y el principio de inocencia, k) La prueba en los procesos transnacionales; 498. Sujetos de la confesión, 498.1 La declaración de hechos propios a través de representantes, 498.2 La declaración por hechos anteriores al otorgamiento de mandato, 498.3 Absolución del representante legal de la persona jurídica; 499. Elección del absolvente; 500. Absolución de posiciones, 500.1 El juramento en la práctica de la prueba, 500.2 Notificación de la audiencia, 500.3 Notificación y apercibimiento, 500.4 Reserva del pliego. Incomparecencia; 501. Caducidad de la prueba; 502. Las formas de la prueba de absolución de posiciones, 502.1 Forma de las posiciones, 502.2 Forma de las contestaciones, 502.3 Contenido de las contestaciones; 503. Oposiciones formales y sustanciales al desarrollo de la audiencia; 504. Causas de suspensión de la audiencia; 505. La declaración por oficio, 505.1. Formalización de la prueba, 505.2 Efectos; 506 El libre interrogatorio de las partes, 506.1 Antecedentes, 506.2 Oportunidad procesal, 506.3 Contenido.

Capítulo LXV
Prueba testimonial..... 757

507. La prueba de testigos; 508. Testigo y declaración extrajudicial, 508.1 Valor probatorio de las actas notariales, 508.2 Exposiciones informativas; 509. El testigo es medio de prueba, 509.1 La condición de ser extraño al proceso, 509.2 La condición de ser fuente fidedigna. El caso de la mujer testigo, 509.3 La condición personal del testigo; 510. Obligaciones del testigo; 511. Derechos del testigo, 511.1 Derecho a negar la declaración, 511.2 Derecho a percibir indemnización; 512. Clases de testigos; 513. Verdad y justificación del testimonio. De público y notorio; 514. Lugar de declaración de los testigos, 514.1 La permanencia en el tribunal del testigo, 514.2 Testigos domiciliados fuera de la jurisdicción del juzgado; 514.3 Declaración en el domicilio particular; 515. Pertinencia de la prueba y oposición; 516. Número de testigos; 517. Modalidades de la audiencia donde declaran los testigos, 517.1 Las generales de la ley, 517.2 El juramento o la promesa de decir verdad, 517.3 El interrogatorio, 517.4 El careo; 518. La prueba testimonial dispuesta de oficio; 519. Valoración de la prueba de testigos.

Capítulo LXVI
Prueba pericial..... 815

520. Conceptos fundamentales; 521. El perito como medio de prueba; 522. Calidad y condiciones para ser perito, 522.1 Predominancia del dictamen institucional respecto del particular, 522.2 Inconstitucionalidad de las listas de peritos; 523. Los consultores técnicos, 523.1 Proposición y designación, 523.2 Variables, 523.3 Práctica de la consultoría, 523.4 Valor probatorio del informe particular; 524. Designación del perito, 524.1 Los puntos de pericia, 524.2 Recusación del perito, 524.3 Reemplazo del perito, 524.4 Remoción del perito; 525. Producción de la prueba pericial, 525.1 Formalidades del dictamen, 525.2 Conducta del perito, 525.3 Traslado. Explicaciones. Nueva pericia, 525.4 Consentimiento de la pericia, 525.5 Celebración conjunta de la pericia; 526. Anticipo de gastos; 527. Honorarios, 527.1 El pago de honorarios al

perito, 527.2 Obligados al pago, 527.3 El pago de honorarios al consultor técnico; 528. Apreciación de la prueba pericial.

Capítulo LXVII
Pruebas complementarias..... 873

529. Planos, exámenes científicos y reconstrucción de los hechos; 530. La consulta académica; 531. Las pruebas de colaboración, 531.1 El *amicus curiae*, 531.2 El dictamen de expertos; 532. La pericia arbitral; 533. El reconocimiento judicial, 533.1 Objeto de la prueba, 533.2 Oportunidad, 533.3 Requisitos objetivos, subjetivos y formales, 533.4 Forma de la diligencia.

SECCIÓN 4ª
FINALIZACIÓN DE LA ETAPA DE DEBATE

Capítulo LXVIII
Conclusión de la causa..... 905

534. Alegatos, 534.1 Contenido del alegato, 534.2 Límites del alegato, 534.3 Plazo para alegar, 534.4 Plazo común, 534.5 Formalidades; 535. Efectos del llamamiento de autos.

Capítulo LXIX
La sentencia..... 921

536. Decisiones de la jurisdicción, 536.1 Clasificación de las resolucionesjudiciales,536.2Lasprovidenciassimples,536.3Las sentencias interlocutorias, 536.4 Sentencias homologatorias; 537. Impugnaciones contra las providencias y sentencias no definitivas; 538. Naturaleza jurídica de la sentencia; 539. La etapa decisoria en el proceso, 539.1 Requisitos subjetivos de la sentencia, 539.2 Requisitos objetivos de la sentencia; 540. *Iura novit curia*, 540.1 La determinación del derecho en el caso concreto, 540.2 Límites del precepto, 540.3 La alegación del derecho en la demanda, 540.4 La afirmación del derecho en la demanda, 540.5 La falta de alegación del derecho, 540.6 La corrección del error en el derecho alegado; 541. La sentencia como documento, 541.1 La sentencia no es parte del proceso, 541.2 La sentencia: acto procesal por excelencia; 542. Vicios en el acto de juzgar; 543. Construcción formal de

la sentencia, 543.1 La omisión de las formas y la nulidad de la sentencia: a) Nulidades por vicios extrínsecos, b) Nulidades por vicios intrínsecos, 543.2 El tiempo para dictar sentencia; 544. Accesorias de la sentencia, 544.1 La condena al pago de frutos, intereses, daños y perjuicios, 544.2 La declaración de temeridad y malicia; 545. Sentencia de los órganos colegiados, 545.1 El acuerdo, 545.2 Mayoría coincidente; 546. Actuaciones del juez posteriores a la sentencia; 547. Clases de sentencias; 548. Las sentencias constitucionales, 548.1 La sentencia en el sistema difuso, 548.2 El juez legislador, 548.3 La función política de la sentencia constitucional, 548.4 Modelos de sentencia según la finalidad, 548.5 Eficacia normativa de la sentencia constitucional, 548.6 Eficacia procesal de la sentencia constitucional.

Capítulo LXX
La condena por temeridad y malicia..... 987

549. La conducta en el proceso, 549.1 Responsabilidades que se condenan, 549.2 Régimen procesal que se aplica en la sentencia; 550. Interpretación de los términos temeridad y malicia; 551. La mentira en el proceso; 552. Límites de la potestad jurisdiccional.

Capítulo LXXI
La condena en costas..... 1001

553. Nociones generales; 554. Naturaleza jurídica; 555. Fundamento de las costas; 556. Diferencias en los modos de legislar sobre costas; 557. Contenido y alcance de las costas, 557.1 El vencedor como categoría procesal, 557.2 Vencedor declarado como tal, 557.3 Victoria y calidad de parte, 557.4 Calidad procesal del vencido, 557.5 Necesidad de litigio; 558. El problema de la ausencia de sustanciación; 559. El pronunciamiento final sobre costas procesales, 559.1 Omisión de pronunciamiento sobre costas, 559.2 Contradicciones entre el decisorio principal y las costas asignadas.

Capítulo LXXII
La cosa juzgada..... 1033

560. Introducción; 561. Los tramos históricos y su incidencia en la formación de las teorías; 562. Naturaleza de la cosa juzgada; 563. Fundamento de la cosa juzgada; 564. Extensión de la cosa juzgada; 565. Límites objetivos y subjetivos de la cosa juzgada, 565.1 Límites subjetivos, 565.2 Límites objetivos: a) Identidad del objeto procesal, b) Parte de la sentencia que hace cosa juzgada, 565.3 Límites temporales, 565.4 La cosa juzgada y el derecho procesal transnacional; 566. Jurisprudencia vinculante (*stare decisis*), 566.1 La inconveniencia de seguir el sistema del "precedente obligatorio", 566.2 El valor de los pronunciamientos de los tribunales superiores, 566.3 La doctrina del acatamiento absoluto, 566.4 Doctrina de la aceptación condicionada; 567. La revisión de la cosa juzgada fraudulenta, 567.1 Antecedentes históricos, 567.2 Derecho comparado.

Capítulo LXXIII
Modos anormales de terminación del proceso..... 1077

568. Definición correcta; 569. El desistimiento, 569.1 Oportunidad, 569.2 Desistimiento del derecho, 569.3 Manifestación expresa, 569.4 El problema de las costas: a) Variación jurisprudencial, b) Variación legislativa; 570. Allanamiento, 570.1 Requisitos, 570.2 Oportunidad y costas, 570.3 Condiciones del allanamiento, 570.4 Exención de costas: a) Allanamiento real, b) Allanamiento incondicionado, c) Allanamiento oportuno, d) Allanamiento total, e) Allanamiento efectivo; 571. Transacción, 571.1 Legitimación requerida y formas, 571.2 Efectos y sentencia homologatoria, 571.3 Transacción y cosa juzgada; 572. Conciliación; 573. Caducidad de la instancia.

SECCIÓN 1ª
EL PROCESO DE CONOCIMIENTO

Capítulo XLI
Diligencias preliminares

309. Características generales

Las diligencias preliminares son actuaciones que puede realizar toda persona legitimada y con interés suficiente, con el objeto de preparar sin errores una demanda judicial, o preservar la prueba necesaria para acreditar el derecho que pretende.

La diferencia es importante, porque también lo es la naturaleza jurídica de cada una; en la medida que las *actuaciones preparatorias* del juicio persiguen evitar vicios en la legitimación procesal del sujeto pasivo, teniendo en cuenta que serán partes en el proceso aquellas que son o debieran ser los legítimos contradictores; mientras que la *anticipación de pruebas* tiende a resolver el problema de la eventual desaparición de ellas cuando se alcanza en el proceso la etapa de producción.

Unas y otras[1471] son anteriores a la concreción de la demanda, pero no habilitan el curso de la instancia principal; sus características esenciales también coinciden, porque son *accesorias* respecto del proceso a comenzar; tramitan ante el *juez competente* que debe entender en el litigio al que están subordinadas; deben ser *fundadas*, lo que significa que la medida no se pueda lograr por otros medios; son *bilaterales* y *contradictorias* porque en su producción deben resguardar el derecho de defensa de los afectados, y son *actos del proceso* porque pese a su

1471. Algunos clasifican a las diligencias preliminares como "subjetivas" y "objetivas". Las primeras, destinadas a preparar el juicio, persiguen averiguar datos necesarios para identificar el sujeto pasivo del futuro proceso, o para identificar a un grupo de personas afectadas de un eventual proceso colectivo. Las otras tienen como propósito conocer datos o elementos que realmente son imprescindibles para que el demandante pueda fundamentar la demanda, en el sentido de explicar la pretensión que va a solicitar, ya que no es suficiente la existencia de una petición sino que es preciso que esa petición aparezca fundada. Entre las diligencias preliminares objetivas que tiene la Ley de enjuiciamiento civil española se destaca la exhibición de documentos y libros. García Vila, Mónica, "Diligencias preliminares y la negativa a su práctica (art. 261, LEC 1/2000)", Valencia, Universidad de Valencia, p. 2.

accesoriedad, se anexan a la causa y le dan fundamento propio cuando reciben la providencia jurisdiccional que las admite.

Debe tenerse en cuenta que las diligencias preliminares no siempre resultan ser el antecedente de una demanda. A veces solo pretenden realizar una actividad procesal que posibilite conocer el derecho de accionar (*v. gr.* quien solicita la exhibición de documentos para saber si existe en ellos causa que motive el interés para obrar), por eso, la promoción se limita a la petición de exhibición de una cosa mueble, un título, documentos, elementos útiles al interesado en un proceso posterior, cuya iniciación y modalidades pueden depender del resultado de la diligencia.

El planteo de diligencias preliminares como de pruebas anticipadas no obliga al juzgador a despachar de inmediato, toda vez que como toda pretensión, se debe encontrar revestida de condiciones que hacen a los presupuestos de admisión y pertinencia.

310. Presupuestos de admisión

En los ordenamientos procesales del país no existe un régimen de presupuestos destinados a reglamentar la admisión de diligencias preliminares. Inclusive, como rige el criterio de que cada una tiene un nivel de requerimientos propios, se deja en el tribunal la apreciación sobre la procedencia.

En todo caso, el artículo 327 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, párrafo segundo, dice que "El juez accederá a las pretensiones si estimare justas las causas en que se fundan, repeliéndolas de oficio en caso contrario…", demostrando así la discrecionalidad técnica que se propicia en el tribunal.

Sin embargo, en nuestro parecer, las medidas preparatorias y conservatorias que se peticionan tienen condiciones en el *sujeto* y en el *objeto*, a saber: El *actor* necesita cubrir tres aspectos: a) Legitimación; b) Interés suficiente, y c) Adecuación a la finalidad pretendida. Mientras que la *pretensión*, en sí misma, tiene cuatro presupuestos: a) Que se encuentre entre las medidas taxativamente dispuestas, o que se fundamente adecuadamente la admisión de la no prevista; b) Que se destine a una eventual controversia; c) Que sean necesarias para el ob-

jetivo perseguido; y d) Que se hubieran agotado las vías extrajudiciales destinadas a conseguir el mismo objetivo.

Quien solicita puede ser quien vaya a ser demandante, o el que presuma será demandado. Pero no basta con invocar esa condición hipotética, sino que es menester demostrar la legitimación procesal que se invoca. Por ejemplo, si la pretensión es exhibir documentos en poder de la sociedad, quien exige debe probar su condición de socio; cuando la diligencia se destina a la designación de tutor o curador se tendrá que acreditar la personalidad de quien vaya a demandar o considere que será demandado.

De igual modo se tiene que confirmar el *interés* jurídico relevante que se quiere concretar, con el fin de evitar una actuación posterior dispendiosa, porque como dice la Exposición de Motivos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española "... no hay nada más ineficaz desde el punto de vista del derecho a la tutela judicial efectiva que una sentencia absolutoria en la instancia por falta de presupuestos procesales".

Finalmente la medida tiene que ser adecuada para concretar el objeto anunciado. Si la pretensión es constituir domicilio legal ante la eventual ausencia del demandado, se tendrá que confirmar con la prueba correspondiente la afirmación del viaje presunto.

Con relación al objeto se discute si la nómina de diligencias preliminares y de pruebas de anticipación posible es *numero clausus* o admite ampliaciones conforme se demuestre la verosimilitud del planteo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que:

> La solicitud no se subsume en ninguna de las previsiones contenidas en los arts. 323 y 326 de la ley adjetiva, por lo que deberá ser la actora quien individualice a las empresas a las que considera causante de los daños que invoca. Es aquella, en el cumplimiento de la carga impuesta por los incs. 2 y 3 del artículo 330 del Código de forma, la que deberá establecer, con la exactitud necesaria y exigible, a qué personas jurídicas les atribuye la responsabilidad en los hechos que denuncia.[1472]

No obstante, lo extraordinario de las medidas previas obliga al juez de la causa a obrar con prudencia y fundamentación precisa cuando acceda a su práctica. En realidad, no son cuestiones de justicia las que

1472. CSJN, Fallos: 327:2967, "Asociación de Superficiarios de la Patagonia c/ Y.P.F. S.A. y otros s/ daño ambiental", 13/07/2004.

autorizan la producción (tal como parece indicar el párrafo segundo del artículo 327, CPCC), sino la comprobación de extremos ineludibles que obligan a anticipar los tiempos del proceso en la celebración de actos que persiguen evitar nulidades procesales, fijar el estado de cosas o lugares mediante la verificación *in situ*, o conservar medios de prueba que el transcurso del tiempo puede eliminar. Ante la duda sobre la procedencia, o la ausencia de motivos que justifiquen debidamente la petición, cabe rechazar *in limine* la pretensión, aunque se otorga derecho a recurrir la providencia; recurso que se concede en relación.

Las medidas tienen que destinarse a un proceso, porque no son consultivas, ni propician constituirse como medio informativo. Inclusive la demanda posterior tiene plazo perentorio (cfr. artículo 323 párrafo final, CPCC). Por esto mismo, el fundamento para ser admitida tiene que buscarse en la necesidad de información previa y/o en la conservación de una prueba de probable pérdida por el transcurso del tiempo.

La vía judicial, en este sentido, no tiene más sentido que asegurar la regularidad de actuaciones futuras, sin tolerar que estas acciones preparatorias puedan utilizarse como vía de coacción, como sería el caso de citar al reconocimiento de rendir cuentas; pedir la exhibición de testamento; reconocer mercaderías, entre otros objetos que se pueden remediar previamente.

Además de estas condiciones, existen *requisitos comunes de admisión*. En tal sentido, no basta con señalar el objeto de la pretensión a instaurar tras las diligencias que se persiguen, porque es obligación de quien articula esta pretensión de alcance excepcional, indicar el nombre de la futura parte contraria, quien no puede ser un demandado incierto o indeterminado.

Si la medida pretende obtener el reconocimiento judicial de su existencia, desde esa óptica, es a todas luces procedente que se condicione la viabilidad de una medida de esa trascendencia con la sumaria acreditación de las circunstancias que justificarían ese trámite excepcional, lo cual podría resultar del expediente o de la información sumaria que a ese respecto se brindara. Por eso, reiteramos, no se trata de indicar el objeto pretendido y la persona demandada, sino de demostrar fehacientemente la necesidad de recurrir a esa ventaja procesal.

La petición de las diligencias preparatorias debe ser fundada, a fin de que el órgano judicial pueda efectuar una adecuada valoración

acerca de la estricta necesidad de practicar actuaciones que escapan al orden regular de los tiempos procesales.

La Corte Suprema nacional ha desestimado la producción anticipada de la pericia accidentológica, requerida a los fines de promover una acción de daños y perjuicios, al no advertir que exista riesgo de que sea imposible realizar dicha prueba en el futuro, ya que dada la índole de los puntos propuestos, no parece necesario que el perito en cuestión, para hallarse en condiciones de contestarlos, deba verificar el estado actual del vehículo, más allá de la apreciación que pueda realizar en oportunidad del peritaje.[1473]

Por eso es que, sustanciado el proceso principal, y habiendo hechos controvertidos y prueba ofrecida por ambas partes, no puede el juez resolver, teniendo en cuenta solamente aquellos medios probatorios producidos *inaudita parte* por la actora en uso de las facultades que conceden los artículos 326, 327 y 328 del Código Procesal.[1474]

311. Citación de la parte contraria. Excepciones

La realización de medidas preparatorias pone en conocimiento de la contraparte eventual los actos que se quieren practicar.[1475] Esta es una regla inserta en el capítulo de los principios de bilateralidad y derecho a la contradicción, pero no significa emplazar al requerido, aunque la omisión o la negativa supone efectos consecuentes (*v. gr.* se tendrán por ciertos los hechos consignados en el interrogatorio que se confecciona, cuando se necesita que la persona contra quien se proponga dirigir la demanda, preste declaración jurada sobre algún hecho relativo a su personalidad sin cuyo cumplimiento no se puede entrar a juicio, arts. 323, inc. 1 y 324, CPCC).

Recibida la notificación (*v. gr.* arts. 324 y 325, CPCC) quien la recepciona puede o no acceder a lo que se pide. En los hechos no es una intimación, es solo una diligencia preparatoria, y como tal se puede oponer o negar a cumplirlas.

1473. CSJN, Fallos: 330:4848.

1474. CNCiv., Sala A, "Alfon S.A. c. Borras Rouiollon, Alberto J.", 24/03/1981, *LL* 1981-C-573.

1475. La notificación se debe practicar por cédula por aplicación del art. 135, inc. 12 del Código Procesal.

En cambio, tratándose de producción anticipada de prueba, la notificación a la parte contraria no es un requisito *sine qua non*; la urgencia fundamentada, o la demostración suficiente que en el período probatorio la prueba no se podría realizar, es bastante para ordenar su producción. La urgencia es de apreciación discrecional, y la bilateralidad se resuelve dando intervención al defensor oficial.

En consecuencia, la práctica *inaudita pars* no genera nulidades absolutas, ni automáticas, sino como todas las nulidades procesales es relativa, y quien la aduzca ha de probar el perjuicio sufrido. Por ejemplo, sería improcedente el planteo de nulidad deducido contra una resolución judicial –la que hizo lugar a la realización de una pericia contable como prueba anticipada, no habiéndose citado a la parte contraria en los términos del artículo 327, artículo 4, lo que le impidió oponerse a la misma, fiscalizar su realización y solicitar aclaraciones–, si el nulidicente no alegó ni probó la existencia de un perjuicio cierto que solo podía subsanarse acogiendo su pretensión.[1476]

312. Medidas preparatorias

El objeto procesal de las diligencias previas a la demanda propone evitar nulidades posteriores, ya sea por las condiciones personales del sujeto, como por la definición correcta del objeto sobre el cual recaerá la pretensión, o en su caso, la resistencia.

La medida es preparatoria porque construye con sus actos la identificación que exige la personalidad procesal y la seguridad que requiere la *cosa demandada designándola con toda exactitud* (art. 330, inc. 3, CPCC). Se aplica a todos los procesos de conocimiento, y en el orden federal a los de trámite ordinario y sumarísimo.

La tarea de investigación que se dispone mediando colaboración jurisdiccional, impide actuarlas cuando la medida es abusiva o se comprueba que el mismo objeto o resultado se consigue con diligencias extrajudiciales. Por supuesto, este control no supone instalar una valla insuperable, sino postular la oficiosidad en la indagación preparatoria de las causas mediando responsabilidad conjunta del juez y las partes.

1476. C. Civ. y Com., Azul, "Transporte Atlántico del Sud SRL c. Loma Negra SA", *LLBA* 2000-865, 13/04/2000.

En este sentido se afirma que

> … con las diligencias preparatorias no se puede obstruir la actuación judicial, al menos cuanto respecta para guiar activamente la tarea de las partes y, en especial, señalar los defectos que ella exhiba con la finalidad de su subsanación por los interesados.[1477]

Por eso, se ha dicho que

> … se excede el ámbito de la aplicación de las normas contenidas en los arts. 323 y 327 del Código Procesal cuando del expediente no surge acreditado que se hayan agotado las vías administrativas y legales para defender los derechos que se alegan conculcados.[1478]

313. Diligencias conservatorias

Son aquellas medidas destinadas a conservar o asegurar los elementos de prueba que deben ser utilizados en la etapa procesal correspondiente.

Como sucede con las diligencias preliminares, las conservatorias son enunciativas, y pueden agregar otras no previstas, pero de igual significado. Un ejemplo de ellas es el secuestro de la historia clínica, que si bien no encuadra dentro de las medidas de prueba anticipada, buscan conocer hechos o informaciones que no se podrían obtener sin la intervención judicial y que resultan indispensables para que el proceso quede desde el comienzo constituido regularmente.

En este sentido se afirma que el artículo 323 prevé que el proceso de conocimiento podrá prepararse solicitando el que pretenda demandar alguna de las medidas allí descriptas y, si bien el secuestro –en el caso, de una historia clínica– no figura entre las mismas, la enumeración efectuada por el citado artículo no reviste carácter taxativo, pudiéndose disponer la práctica de otras diligencias no previstas expresamente cuando

1477. Morello, Mario Augusto; Sosa, Gualberto Lucas; Berizonce, Roberto Omar, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, T. IV-A, p. 437.

1478. CNCom., Sala A, "Luna de Martinucci, Rosa c. Banco Río de la Plata", 03/10/1997, *LL* 1998-B-191.

concurran circunstancias análogas a las tenidas en cuenta por la ley o la denegatoria pueda frustrar los eventuales derechos de las partes.[1479]

Algunas medidas participan de un doble carácter preventivo y conservatorio; por ejemplo, se admite la producción anticipada de la prueba pericial mecánica solicitada a los fines de promover una acción por supuestos daños y perjuicios sufridos a raíz de un accidente de tránsito, con el objeto de reparar el vehículo de propiedad del presunto damnificado, sobre el que deben efectuarse las operaciones técnicas tendientes a contestar los distintos puntos periciales que fueron propuestos, pues dicha circunstancia resulta suficiente para admitir el pedido con relación a dicha prueba, dado que constituye una razón de urgencia atendible en razón de que los demandantes se verían privados de utilizar el automotor hasta tanto se realice el peritaje.[1480]

314. Carácter de las medidas

Las diligencias de uno u otro carácter no son limitativas de otras actuaciones que procuren una finalidad similar; el único requisito es que no desnaturalice su sentido ni suponga distraer a la autoridad judicial en las tareas de investigación que le corresponde a las partes.

El carácter no taxativo faculta a los jueces a practicar diligencias no previstas expresamente, siempre que concurran circunstancias análogas a aquellas que han sido merituadas por la ley o bien que, de impedirse por una mecánica aplicación de la ley, se pueda frustrar los eventuales derechos de las partes.

Si bien el artículo 323 enumera las diligencias preparatorias del proceso, queda a criterio del juzgador ordenar otras que importen adaptación de las expresamente previstas. Lo que interesa es que la que se pida tenga por objeto permitir a las partes plantear sus alegaciones en la forma más precisa y eficaz, o la comprobación de ciertas circunstancias cuyo conocimiento sea imprescindible, manifiestamente ventajoso o útil para fundar la pretensión, o para determinar la legitimación de quien ha de intervenir en el proceso.

1479. CNCiv., Sala J, "Stolar, Esther c. Universal Assistance y otros S.A.", 28/05/2002, *LL* 2002-E-256; *DJ* 2002-2-1224.

1480. CSJN, Fallos: 330:4848.

La Corte Suprema considera que

> Corresponde denegar la producción anticipada de las pruebas ofrecidas por la Provincia del Chubut al denunciar que el deficiente sistema de tratamiento de líquidos cloacales de la planta ubicada en El Bolsón, y el presunto volcado de efluentes por parte del matadero municipal, producen una grave contaminación del Río Quemquemtreu y afectan directamente a la población de Lago Puelo, si no logra acreditar que se configuren las razones de urgencia que justifiquen su admisión, en la medida en que el supuesto riesgo que se invoca –la eventual modificación del estado de cosas por parte de los futuros demandados– no solo es conjetural e hipotético, sino que además se trata de una contingencia que en el caso de que sucediera, tornaría innecesaria la producción de las medidas ofrecidas, ya que traería aparejada la cesación del daño ambiental que se denuncia.[1481]

315. Declaración jurada relativa a la personalidad

Cuando la norma sostiene que quien vaya a ser demandado preste declaración jurada sobre algún hecho relativo a su personalidad está previendo evitar que por desconocer el actor la calidad del sujeto pasivo, pueda encausar sus pretensiones contra quien no fuera o debiese ser parte.

Por eso las diligencias preparatorias previstas en el inciso 1 del artículo 323 del CPCCN deben vincular a los hechos y circunstancias que hacen a la legitimación del futuro demandado, pero no pueden referirse al fondo del asunto ni a los hechos mismos que se habrán de ventilar luego en él.

La personalidad aludida debe entenderse referida tanto a la capacidad como a la legitimación procesal del sujeto pasivo de la pretensión que se desea interponer.[1482] Por eso, resulta improcedente cuando se

1481. CSJN, Fallos: 334:1106.

1482. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española cambia la redacción anterior que refería, como en nuestro art. 323, a la "personalidad" para exigir información sobre la capacidad, representación y legitimación del sujeto. Dice el art. 256. 1 que todo juicio podrá prepararse: "Por petición de que la persona a quien se dirija la demanda declare, bajo juramento o promesa de decir verdad, sobre algún hecho relativo a su capacidad, representación o legitimación, cuyo conocimiento sea necesario para el pleito, o exhiba los documentos en los que conste dicha capacidad, representación o legitimación". El antecedente de la LEC de 1881 se hallaba en el artículo 497.1, todo juicio podrá

quiere individualizar contra quién o quiénes se formulará la demanda, porque es esa una tarea previa del interesado que no puede obligar a la jurisdicción a obrar afectando el principio dispositivo.

No se trata de identificar al sujeto pasivo, sino de conocer si este puede o no ser parte en el proceso, debiéndose comprobar tanto la capacidad procesal para ser parte en sentido procesal, como para saber si tiene legitimación pasiva (*v. gr.* requerir al consorcio de propietarios que informe si el edificio está afectado al régimen de prehorizontalidad o es una comunidad de propietarios).

A diferencia de … *exigir conocer el carácter en cuya virtud ocupa la cosa objeto del juicio a promover*, que se prevé para el supuesto de reivindicación, donde antes que la personalidad se pide acreditar el título que ostenta (tenedor, poseedor, titular del dominio, etc.), en esta medida preparatoria se pretende determinar la índole de la legitimación que eventualmente le corresponda en el proceso respectivo.

El objeto mediato es eludir la excepción de falta de legitimación para obrar, que tornaría inútil la actividad desplegada. Por tanto, el presupuesto necesario es definir las condiciones de la personalidad procesal, no encontrar con la diligencia previa la persona física o jurídica a quien demandar.

Señala Garnica Martín varios supuestos de procedencia, a saber:

1. Los casos en los que se haya producido, o pudiera haberse producido una sucesión *mortis causa* que afecte a la relación jurídica controvertida.
2. Todos los supuestos de sucesión *inter vivos* en la relación jurídica, o en los que haya podido existir esa posibilidad.
3. Los supuestos en los que no se conozca con seguridad la identidad de la persona física o jurídica que se pretenda demandar.

---

prepararse: "Pidiendo declaración jurada el que pretenda demandar a aquel contra quien se propone dirigir la demanda acerca de algún hecho relativo a la personalidad de este, y sin cuyo conocimiento no pueda entrarse en el juicio", que manifiesta la influencia sobre la redacción de nuestra ley procesal. La modificación supone que, ahora se pide la declaración sobre algún hecho relativo a la capacidad, representación o legitimación de la persona a quien se dirigirá la demanda (art. 256.1) y no la exhibición de documentos en los que consten las mismas, porque las consecuencias de la negativa a la exhibición de documentos son diferentes a las previstas para la negativa a la declaración.

4. Los innumerables casos, particularmente en reclamaciones de resarcimiento de daños, en los que se desconozca si el autor de los mismos actuaba por cuenta propia o ajena. Es decir para determinar el ámbito de los posibles legitimados pasivos.
5. Cuando se quiera demandar a los diversos integrantes de una comunidad de bienes, o a los consocios, o a los integrantes de una unión sin personalidad y se desconozca su identidad.
6. En los supuestos en los que se pretenda ejercitar una acción con fundamento en lo establecido en el artículo 1597 del Código Civil español frente al dueño de una obra ajustada a precio alzado por parte de los que han puesto en ella materiales o trabajo, en reclamación de lo que se les adeude por parte del contratista, con objeto de poder conocer si existe deuda pendiente de abono por su parte al contratista.[1483]

Inclusive por esta senda se puede requerir datos sobre la condición del representante legal (*v. gr.* si la sucursal bancaria tiene autonomía respecto del grupo empresario que la contiene); teniendo en cuenta que la finalidad preparatoria versa sobre cuestiones de legitimación y capacidad que, como tales, son un presupuesto procesal y no una cuestión de fondo.

Alguna duda se plantea cuando la medida procura conocer de terceros las condiciones de personalidad, argumentándose que

> … si el futuro actor necesita esa información de un tercero para conocer la identidad del futuro demandado y consecuentemente para preparar su demanda, y concurren los presupuestos que se requieren para acordar la diligencia (interés legítimo, justa causa y proporcionalidad) podrá el órgano jurisdiccional, si lo considera oportuno acordarla. En cualquier caso, la condición del sujeto pasivo puede ser tanto una persona física como jurídica, privada o pública.[1484]

1483. Fernández Ballesteros, Miguel Ángel; Rifá Soler, José María; Valls Gombau, José Francisco, (coords.), *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, Iurgium, 2000, T. I, p. 1149.

1484. García Vila, Mónica, "Diligencias preliminares y la negativa a su práctica (art. 261, LEC 1/2000)", *Revista peruana de Derecho Procesal*, Nº 6, Lima, 2003, pp. 149-172. De este modo se manifiesta también Alvarez Alarcón al sostener que "El requerido mediante esta diligencia no necesariamente tiene por qué ser el futuro demandado, aunque sea indicado condicionalmente, a expensas de una eventual respuesta afirmativa a las preguntas que le formulen de modo preliminar. Ciertamente, el sujeto pasivo puede ser un testigo del ulterior proceso principal. Por ejemplo, cuando lo que se busca es identificar al propietario de algún animal que produjo daños; en este supuesto podrá

Por su arte, el artículo 324 del CPCC N señala el trámite a formalizar:

> En el caso del inciso 1º del artículo anterior, la providencia se notificará por cédula o acta notarial, con entrega del interrogatorio. Si el requerido no respondiere dentro del plazo, se tendrán por ciertos los hechos consignados en forma asertiva, sin perjuicio de la prueba en contrario que se produjera una vez iniciado el juicio.

Es decir, una vez admitida la pretensión preliminar, se debe confeccionar un interrogatorio sobre el cual tendrá el juez que controlar su regularidad y objetivo. Las preguntas deben ser asertivas, buscando el reconocimiento expreso o la negación inmediata. Aunque no es un modelo de pliego de posiciones, porque no es un medio de prueba, las solemnidades llevan a escudriñar en aspectos de la personalidad que se deben presentar sin ambigüedades. La falta de contestación no tiene efectos de *ficta confessio*, pues la única sanción es la multa prevista en el artículo 329 del código referido.

Las consecuencias de tener por ciertos los hechos consignados en el interrogatorio, cuando no se responde al requerimiento, no significa más que dar por cumplida eficazmente la etapa preliminar y auspiciar que se demande sin el riesgo de la excepción de falta de legitimación pasiva, toda vez que en lo sucesivo no se admitirá prueba en contrario.

En su caso, esta no podrá ser considerada manifiesta, toda vez que su articulación deja expuestos actos y conductas que incurren en contradicción con actos precedentes que inspiraron la confianza de la contraparte.

Por eso, los hechos relativos a la personalidad que se quieran demostrar en contra de la presunción lograda por la diligencia preparatoria se deben desvirtuar a través de los mecanismos probatorios pertinentes dentro del trámite común del litigio y no en la etapa previa de excepciones o defensas opuestas como manifiestas.[1485]

---

solicitarse que una persona determinada manifieste si conoce al animal que los produjo y si sabe quién es su propietario" (Alvarez Alarcón, Arturo, "La protección de los consumidores y usuarios" en Alonso-Cuevillas y Sayrol, Jaime (coord.), *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, Barcelona, Economist & Jurist, 2000, vol. 2, p. 38).

1485. Por la importancia que tiene el antecedente de la legislación española en nuestro sistema procesal, conviene exponer que, actualmente, esta diligencia preliminar cambia el sentido de los efectos, porque la consecuencia local de "tener" por ciertos

los hechos consignados, se abandona en la nueva redacción. Sostiene García Vila que "Si se dan todas estas circunstancias el tribunal acordará por providencia que 'se podrán tener por respondidas afirmativamente las preguntas que el solicitante pretendiera formularle y los hechos correspondientes se considerarán admitidos a efectos del juicio posterior'. El hecho de que el sujeto pasivo de la diligencia se niegue a su práctica no supone que automáticamente las preguntas que le iba a formular el futuro actor se entiendan respondidas afirmativamente, ni que los hechos sobre la capacidad, representación o legitimación se conviertan en hechos admitidos respecto del juicio posterior, sino que esto podrá suceder, como indica el tiempo condicional empleado por el precepto "se podrán". Surge entonces la cuestión de cuáles son las condiciones para que esto llegue a producirse, o en sentido negativo, cuáles son los condicionantes necesarios para evitar esta consecuencia. Todo depende del desarrollo del futuro proceso, principalmente de la práctica de las pruebas: Primero: si el sujeto pasivo se niega o no contesta a las preguntas ni formula oposición, el actor interpondrá la demanda contra aquel que (pese a sus dudas) considera que es el futuro demandado. Segundo: El órgano jurisdiccional competente para acordar las diligencias preliminares es el que puede adoptar las medidas previstas en el artículo 261. En el supuesto del apartado primero, lo que hará el tribunal será dejar constancia en la providencia de que el sujeto pasivo se ha negado a declarar y que como consecuencia de ello las preguntas que le hubiere formulado el solicitante podrán tenerse por respondidas y los hechos correspondientes podrán considerarse admitidos. Tercero: En ningún caso, lo dispuesto en esta providencia vinculará al tribunal competente para el proceso principal, que en la mayoría de los casos será diferente del que acordó la diligencia preliminar. Junto a la no vinculación, como principio general, es posible que tanto las supuestas respuestas como los hechos presuntamente admitidos, se desvirtúen a lo largo del proceso. En cualquier caso, será a la hora de dictar sentencia cuando, junto a la valoración de todas las pruebas, se decidirá sobre la certeza o no de los mismos (García Vila, Mónica, "Diligencias preliminares y la negativa a su práctica (art. 261 LEC 1/2000)", *op. cit.*, p. 8). A Garnica Martín también le llama la atención lo dispuesto en este precepto "…lo primero que llama la atención de los términos en los que aparece redactada esta auténtica norma sancionadora es que se utilice la expresión 'se podrán tener' en lugar de 'se tendrán'. ¿Significa que el juez podrá a su libre arbitrio decidir si aplica o no la sanción prevista por el legislador? No creemos que sea ese el sentido que tiene la expresión, sino otro bien distinto y que tiene que ver con el hecho de que cuando tiene que producirse esa consecuencia no es en el propio procedimiento de preliminares, sino en el ulterior juicio declarativo. En ese ulterior juicio declarativo, es bien conocido que la valoración de la prueba ha de ser realizada en su conjunto, de forma que lo que no puede hacer el legislador es ir creando expectros, falsas verdades, como podría ocurrir si se dispusiera tajantemente 'se tendrán'. Por consiguiente, en el expediente de preliminares el juez no debe decir nada, sino que debe limitarse a dictar providencia en la que simplemente se disponga que en el ulterior proceso se le podrá tener al solicitado como confeso. Pero en realidad no será sino hasta la sentencia que ponga fin a ese segundo proceso cuando la eventual sanción se podrá hacer efectiva". (Fernández Ballesteros, Miguel Ángel; Rifá Soler, José María, Valls Gombau, José Francisco (coords.), *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, op. cit.*, p. 1185).

316. Exhibición de cosa mueble

Se trata de una acción destinada a comprobar una situación de hecho sea sobre la cosa mueble o sobre quien la posee. La petición se debe fundar en el derecho real que el sujeto invoque y acredite; y el derecho a que se le exhiba tiene dos justificativos: uno, saber de la existencia de la cosa para su posterior reclamación; y otro, identificar el título del que debe exhibir para saber si es la misma o persona diferente que tiene la obligación de entregar la cosa mueble al requirente de la diligencia preliminar.

La demanda posterior será una acción real o posesoria.

Concedida la pretensión, el juez otorga un plazo para la exhibición, que de no ser cumplido, autoriza al secuestro de la cosa y su puesta en depósito, si así se hubiera requerido.

> Por ejemplo, se ha resuelto que la posesión debe determinarse como medida previa antes de concretar la demanda. Porque de allí nace el derecho a utilizarlo en su giro comercial específico, que no es otro que el destino a actividades de publicidad. Este matiz, en el que finca la clave económica del asunto, es el fenómeno fáctico subyacente al cual debe apuntar la correcta solución jurídica del entuerto.[1486]

En el caso, la actora no pidió el títere para destinarlo al adorno, ni a la recreación gratuita, personal o no, de los integrantes de la sociedad o de sus familiares o amigos. Claramente dijo que lo quería para continuar su actividad lucrativa de prestarlo onerosamente para la publicidad de productos de sus clientes. Esta directiva es útil e insoslayable para discernir acerca del dominio sobre la cosa mueble, cuya prueba es necesaria para el progreso de la acción reivindicatoria.

Cuando se trate de exhibir cosas muebles el mandato judicial se realiza con el apercibimiento de indicar el lugar donde se encuentren, si no están en poder del requerido al tiempo de practicar la diligencia. La intimación se lleva a cabo en dos modalidades: a) Cuando la naturaleza de la cosa lo permite, el objeto se debe traer al juzgado, en cuyo caso el juez podrá ordenar el secuestro, y su depósito en la caja de seguridad del tribunal, quedando a cargo de la custodia. b) De ser

1486. CNCiv., Sala C, "Ene Propaganda, S. A. c. Cafés Chocolates Águila y Productos Saint Hnos., S. A.", 11/06/1981/06, *LL* 1981-D-503; *JL* 981-29-421.

imposible, o poco práctico (por el tamaño o la cantidad de la cosa), la diligencia se concreta en el domicilio denunciado, para que el oficial de justicia lo constate y, en su caso, proceda al secuestro y depósito judicial. En este supuesto, se debe levantar acta dando cuenta de las características y estado de la cosa, y de las personas que asisten a la medida como testigos o partes interesadas.

Si al practicar la medida se denuncia desconocer donde se encuentran las cosas, el requerido puede estar alcanzado por las penalidades establecidas en el artículo 329, cuando se demuestre que ha obrado con malicia procesal y falsedad en sus manifestaciones.

En el Código Civil y Comercial, el artículo 2238 esclarece el alcance de las acciones posesorias según haya turbación o desapoderamiento, dejando en claro que ellas tienen por finalidad mantener o recuperar el objeto sobre el que se tiene una relación de poder. Se otorgan ante actos materiales, producidos o de inminente producción, ejecutados con intención de tomar la posesión, contra la voluntad del poseedor o tenedor. Hay turbación cuando de los actos no resulta una exclusión absoluta del poseedor o del tenedor. Hay desapoderamiento cuando los actos tienen el efecto de excluir absolutamente al poseedor o al tenedor. La acción es posesoria si los hechos causan por su naturaleza el desapoderamiento o la turbación de la posesión, aunque el demandado pretenda que no impugna la posesión del actor. Los actos ejecutados sin intención de hacerse poseedor no deben ser juzgados como acción posesoria sino como acción de daños.

317. Exhibición de testamento

La medida exige en quien la reclame, que acredite el interés por la exhibición. La diligencia debe ser la única forma posible de obtener el instrumento, pues de no haberse agotado las vías extrajudiciales para lograrlo, es improcedente porque no puede ser utilizada como un medio de coacción.

La seguridad sobre la existencia del testamento es un requisito para la admisión, pues no se trata de despejar el estado de incertidumbre con la visualización del documento. La medida persigue aclarar si

dicho testamento, redactado en instrumento público o privado, contiene al peticionante como heredero, coheredero o legatario.

Normalmente lo que se pretende conseguir con la exhibición del acto de última voluntad es averiguar la legitimación activa, es decir, si el que solicita la diligencia preliminar reúne, conforme al acto de última voluntad, la condición de heredero, coheredero o legatario.

También es posible que lo que se quiera conocer sea a quien corresponde la legitimación pasiva del ulterior proceso e incluso averiguar datos que necesita el actor para fundamentar su futura demanda. El sujeto activo de esta diligencia, es decir, el futuro demandante debe acreditar, como en toda diligencia preliminar, que concurre justa causa e interés legítimo y que la medida es adecuada para conseguir la finalidad pretendida. Sea cual sea dicha finalidad (legitimación activa, legitimación pasiva, fundamentación de pretensiones), el solicitar la exhibición del acto de última voluntad del fallecido es la medida adecuada.[1487]

También es necesario acreditar la muerte del causante y justificar el interés, que en caso de no poder demostrarse de manera documentada (*v. gr.* herederos) puede hacerse mediante información sumaria ofrecida dentro del escrito donde se peticiona la medida preliminar. La condición de heredero legatario no exige plenitud de acreditación, porque puede que sea precisamente este el dato que se pretende confirmar o averiguar a través de la diligencia preliminar de exhibición. No obstante, lo que sí se requiere es una cierta verosimilitud (un principio de prueba) sobre su posible condición de heredero, coheredero o legatario.

318. Exhibición de títulos

Cuando una persona enfrenta una acción de evicción (arts. 105 y ss., CPCC), se puede requerir la exhibición en juicio de los documentos, títulos o instrumentos que acrediten la transmisión de los bienes adquiridos a título oneroso. Con ello se pretende esclarecer la cuestión vinculada con la responsabilidad de las partes respecto de la pérdida, turbación o perjuicio sufrido por causas anteriores a la adquisición.

1487. García Vila, Mónica, "Diligencias preliminares y la negativa a su práctica (art. 261 LEC 1/2000)", *op. cit.*, p. 7.

Por ejemplo, si la actora había anunciado que promovería contra la demandada acción de daños y perjuicios, corresponde admitir parcialmente el pedido formulado en los términos del artículo 323 –en el caso, exhibición de estatutos, actas de asamblea, libro de registro de acciones, estados contables, memorias y actas de directorio de la sociedad demandada–, pues ante la imposibilidad de obtener extrajudicialmente la información requerida, resulta la única vía idónea para conocer los datos necesarios a fin encuadrar adecuadamente la pretensión.[1488]

En cambio, debe rechazarse el pedido de exhibición de documentación bancaria como medida preliminar, pues dicha diligencia no está prevista en la enumeración de la disposición citada, revistiendo las medidas preliminares carácter excepcional, máxime si no se acreditó que el futuro demandado se haya negado a mostrar la documentación requerida.[1489]

Con los documentos conocidos y en poder de las personas requeridas, el procedimiento se encamina mediante la intimación por cédula para que la acompañen en el expediente en el término que se les ordene.

Dentro de ese plazo, se podrá denunciar quién los tiene o dónde se encuentran, con el fin de poder intimar al tenedor, y en su caso, practicar la orden de allanamiento y secuestro cuando la medida deja de ejecutarse voluntariamente.

En el artículo 331 del Código Civil y Comercial, con el título de "Investigaciones" se dispone que

> Excepto los supuestos previstos en leyes especiales, ninguna autoridad, bajo pretexto alguno, puede hacer pesquisas de oficio para inquirir si las personas llevan o no registros arreglados a derecho.
> La prueba sobre la contabilidad debe realizarse en el lugar previsto en el artículo 325, aun cuando esté fuera de la competencia territorial del juez que la ordena.

1488. CNCom., Sala C, "Herrero de Comadira, Cristina c. International Playing Card & Label Company Argentina S.A.", 29/12/2003, *DJ*, 2004/05/19, 202.

1489. CNCom., Sala D, "Buffoni, Juan C. c. Banco Río de la Plata S.A.", 20/12/2000, *JA* 2001-IV-769. También se ha dicho que, la enumeración legal al no ser taxativa deja a criterio del juez la admisión de otras diligencias distintas –en el caso, exhibición de una escritura de cesión–, cuando se justifique que ellas resultan imprescindibles o necesarias para poder emplazar correcta y útilmente la demanda (CNCiv., Sala E, "Odeón, María I. c. Hamui, Elías G. y otro", 21/04/2003, *LL* 2003-D-1016).

La exhibición general de registros o libros contables solo puede decretarse a instancia de parte en los juicios de sucesión, todo tipo de comunión, contrato asociativo o sociedad, administración por cuenta ajena y en caso de liquidación, concurso o quiebra. Fuera de estos casos únicamente puede requerirse la exhibición de registros o libros en cuanto tenga relación con la cuestión controvertida de que se trata, así como para establecer si el sistema contable del obligado cumple con las formas y condiciones establecidas en los artículos 323, 324 y 325.

319. Exhibición de documentos por el socio

La legitimación para ejercer los derechos de socio objetivados en el título accionario debe comenzar por la exhibición o tenencia de este. De ese modo se facilita a quien pretende demandar, un conocimiento cierto sobre cuestiones de personería o personalidad.

El presupuesto necesario para plantear esta diligencia preliminar es acreditar la calidad de socio, circunstancia proclive a ciertos esclarecimientos. En efecto, ser socio no depende del carácter de los títulos (nominativos, no endosables), que reviste las acciones de la sociedad, en la medida que constituye presupuesto de la legitimación acreditar la condición de socio. Este presupuesto es necesario e ineludible pero no suficiente en los títulos nominativos, ya que a él se suman la inscripción en el título de la transferencia a nombre de quien lo exhibe, la notificación al emisor y la inscripción en el registro pertinente, lo cual significa que por más que puedan hallarse registrados los títulos a nombre de quien alega su condición de socio, esa circunstancia no basta para legitimar al presunto tenedor, por cuanto del carácter de "documento necesario" que posee la acción, constituye condición o presupuesto ineludible para hacer valer los derechos que aquella contiene o incorpora, la posesión y exhibición de esos títulos-acciones.[1490]

1490. CNCom., Sala C, "Luna, Jorge C. c. Cervecería Arg. San Carlos, S.A.", 28/09/1989, *LL* 1990-B-604. Se agrega que dicha calidad de socio de una sociedad anónima se acredita, en principio, con la exhibición de las acciones, sus certificados o resguardos bancarios. En el supuesto en que los documentos se extravíen o destruyan, su titular puede válidamente recurrir al régimen de cancelación, mas la inobservancia de este procedimiento no obsta la posibilidad de demostrar la calidad de socio por otros medios (CNCom., Sala C, "Sberna, Miguel A. c. Sberna, Dante y otro", 13/02/1998, *LL* 1998-B- 678).

Ahora bien, esta diligencia no se puede articular como un medio de conseguir una ventaja procesal, pues de lo único que se trata es de resolver un conflicto de naturaleza societaria, donde el conocimiento de los documentos previos es imprescindible a los fines de concretar la pretensión.

> Es improcedente la medida preliminar de exhibición de libros por el socio o comunero –arts. 323 inc. 5 y 327, Código Procesal– si no se cumplieron todos los recaudos previstos legalmente, consistentes en la expresión clara respecto del juicio que pretende promoverse, su objeto y los fundamentos de la diligencia excepcional solicitada, así como también las razones de la imposibilidad o insuficiencia de la indagación privada, pues si el peticionario desconoce si le asiste o no derecho a reclamar, es a su cargo la citada indagación previa, en tanto dichas medidas no están para suplir la actividad de los particulares.[1491]

Igualmente no corresponde hacer lugar al pedido de presentación y exhibición de la documentación de una sociedad anónima solicitado por uno de sus accionistas como diligencia preliminar, si no ha acreditado la urgencia de tal medida ni agotado las vías administrativas legales para defender sus derechos, en razón de que tales diligencias constituyen una excepción al trámite normal del proceso.[1492]

Finalmente, no hay restricciones que impidan a los socios examinar los libros, correspondencia y demás documentos que produzcan certidumbre sobre las acciones y derechos emergentes del estado de socio, con las limitaciones que en cada caso se establecen. En cuanto al procedimiento, si lo requerido son libros de comercio, al no poder

1491. CNCom., Sala A, "Establecimiento El Olivo S.A. c. Banco Río de la Plata", 07/11/2003, *LL* 2004-A-113. La "prueba anticipada" prevista por el art. 326 CPCCN es un instituto de excepción dado que las pruebas, cualquiera fuere su naturaleza, deben producirse en la etapa procesal pensada por el legislador para ello, que es después de la apertura a prueba. Es en esa instancia en la que puede intimarse a la demandada a acompañar sus libros y/o la información que se estime menester, en la medida que hagan al tema del litigio. De allí que su aplicación debe ser restrictiva y de excepción. Se viabiliza solo cuando existe temor justificado de que la espera hasta el periodo de prueba torne imposible o dificultosa su producción y los hechos que pretenden acreditarse con ese medio probatorio preliminar no puedan comprobarse. (Del Dictamen de la Fiscal Adjunta *ad hoc*, al que adhiere la Sala). CNAT, Sala VII, expte. N° 18263/06, sent. int. N° 28158 del 15/12/2006, "Luna, Matías Maximiliano c/ Smartphone S.A. y otro s/ diligencia preliminar".

1492. CNCom., Sala A, "Risso de Osnajansky, Nelly c. Telimper S. A.", 11/10/1991, *LL* 1992-A-93.

sacarse de su lugar de trabajo, corresponderá designar perito contador para que efectúe la compulsa de la información que se requiere y necesita. Igualmente se dice que

> Corresponde desestimar el pedido de prueba anticipada requerido, consistente en el secuestro de los libros de seguridad, de las planillas de ingreso y egreso de personal y de las grabaciones realizadas por las cámaras de seguridad a fin de probar un "traumatismo del tobillo derecho" y horas extras mal liquidadas, por cuanto es un instituto de excepción (conf. artículo 326 CPCC) y no configurarse peligro alguno de que los hechos alegados sean de difícil o imposible probanza en caso de demora, ya que no deja de ser una situación común a la mayoría de quienes se ven enfrentados a un futuro litigio con sus ex empleadores. A mayor abundamiento, de frustrarse la prueba que se intenta en esta instancia, el peticionario tiene a su alcance otros medios probatorios con idoneidad para acreditar los hechos en los que pretendería fundar su reclamo (*v. gr.* documental, testigos, pericial y, por lo demás, siempre pueden operativizarse las presunciones legales que establece la legislación de fondo (LCT), de forma (arts. 387 y sgtes. CPCC) y las presunciones "ominis" y judiciales.[1493]

320. Determinación del carácter del ocupante

La diligencia prevista en el artículo 323, inciso 6 del Código Procesal se superpone de algún modo con la contemplada en el inciso primero de dicha norma, pues la respuesta del o los requeridos determinará la existencia o la índole de la legitimación que eventualmente les corresponda en el proceso respectivo. Ello así, pues la personalidad aludida se refiere a la capacidad y a la legitimación procesal del sujeto pasivo de la pretensión que se desea interponer

En su estricta aplicación, este inciso tiene por finalidad aclarar el título que acredita la posesión o dominio del bien inmueble cuya reivindicación se vaya a peticionar, o sea que persigue conocer el carácter del derecho invocado (real o personal).

1493. Conf. Dictamen FG N° 54835 del 24/5/2012, Dra. Prieto, al que adhiere la Sala. CNAT Sala VII Expte N 3299/2012, sent. int. N° 33586 del 15/6/ 2012 "Sersen, César Nicolás c/Falabella SA y otro s/diligencia preliminar".

321. Designación de tutor o curador

Es una medida preparatoria que tiende a evitar la indefensión de la persona incapaz que sin tener representante legal va a ser demandada en juicio. Con la diligencia se procura que el juez designe la representación legal cubriendo así el déficit encontrado en forma preliminar.

Cabe observar que la designación del tutor *ad litem* es procedente cuando los intereses del menor están en oposición con los de sus padres, bajo cuyo poder se encuentran, pero la ponderación de ese interés corresponde al Asesor de Menores.[1494]

La designación depende de la ausencia de tutores o representantes legales, pero actualmente el Código Civil y Comercial alteró las normas del Código de Vélez que fueron la base de la regulación procesal.

El artículo 106 del CCyC establece que cualquiera de los padres que no se encuentre privado o suspendido del ejercicio de la responsabilidad parental puede nombrar tutor o tutores a sus hijos menores de edad, sea por testamento o por escritura pública. Si bien la designación debe ser aprobada judicialmente, es evidente que puede existir un anticipo de la representación legal en caso de quedar el incapaz sometido a juicio.

Pero hay algo más; hoy la capacidad es la regla y son muy pocos los casos de incapacidad, que cuando existen, suelen darse apoyos *ad litem* que no son propiamente representantes legales.

En nuestro régimen jurídico vigente, la tutela está destinada a brindar protección a la persona y bienes de los NNyA que no han alcanzado la plenitud de su capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental (artículo 104, párr. 1, del CCyC).

> Actualmente, la definición de "tutela" se ha modificado, ya que se trata de una figura que debe propender al cuidado y asistencia a la persona y bienes de los niños, niñas y adolescentes que no hayan alcanzado la plena capacidad civil, fomentando su participación en la toma de decisiones y promoviendo su autonomía personal, especificando la doctrina especializada que resulta innovadora, en el caso del discernimiento de la tutela, la recepción normativa de la Convención sobre los Derechos del Niño en cuanto a que otorga a la persona menor de edad un rol protagónico en los asuntos que le conciernen a diferencia del Código derogado,

1494. CNCiv., Sala B, "O., S. c. O. C.", 05/09/1988, *LL* 1989-C-448, con nota de López Del Carril, Julio.

> donde el tutor suplía su voluntad. Además, la normativa vigente introduce la figura de la delegación de la responsabilidad parental para la protección de la persona y bienes de NN o A; la precitada delegación puede ser realizada por los progenitores y, previa audición del niño, el juez puede homologarla. Asimismo, el juez puede otorgar la guarda a un tercero, pariente o no, en supuestos de especial gravedad; en ambas situaciones, la ley determina que el guardador puede ser investido con las funciones reguladas para el tutor, especialmente de representación con la finalidad de atender cuestiones patrimoniales (arts. 104 y 643 del CCyC).[1495]

El artículo 107 del mismo ordenamiento establece que, en estos casos de tutela dativa, sea siempre el juez quien deba otorgarla a la persona que sea más idónea para brindar protección al niño, niña o adolescente, debiendo fundar razonablemente los motivos que justifican dicha idoneidad. Por las restricciones que se señalan, la tutela especial debe seguir las reglas del artículo 109 y Ley N° 27149.

> En relación con la tutela pública, cabe destacar que lo concerniente a los presupuestos de intervención, designación y ejercicio del cargo, resulta aplicable, en lo pertinente, lo estipulado en el Código Civil y Comercial y su regulación específica que emana de la Ley 27.149. Se debe indicar, en este supuesto, que la tutela puede otorgarse con carácter general de manera que afecte a todos los aspectos de la vida de la persona menor de edad o bien, en el marco de la modalidad de tutela especial o "ad litem" con el objeto de interesarse en cuestión concreta (por ejemplo: para intervenir en un expediente determinado en el cual se adviertan intereses contrapuestos entre la persona menor de edad con sus representantes legales). La intervención del tutor público deviene de similares presupuestos relacionados al tutor particular, y tiene como objetivo brindar protección a los derechos, intereses o bienes de un NNoA, sin perjuicio de los demás casos propios de la naturaleza del cargo y los que les encomiende el Defensor General de la Nación. (artículo 44 de la Ley 27.149).[1496]

1495. Elías, Jorge, "Asuntos procesales relacionados con la nominación del tutor en el Código Civil y Comercial de la Nación", *Microjuris*, (referencia: MJ-DOC-12011-AR / MJD12011). Disponible en: https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/03/28/asuntos-procesales-relacionados-con-la-nominacion-del-tutor-en-el-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion/ [fecha de consulta: 05/06/2019].

1496. Ídem.

322. Constitución de domicilio

No es propiamente una medida preparatoria porque, en realidad, anticipa un problema que puede suscitarse con la persona que va a ser demandada, en caso de que estuviera próxima a ausentarse del país. Esta situación debe ser probada por quien lo alega, porque además de la utilidad que persigue, no se puede desatender que el objeto de la notificación se puede igualmente cumplir en el proceso, aunque por vías más conflictivas o difíciles, como son la notificación por edictos o la comunicación por exhorto diplomático.

Una vez obtenida la diligencia, se practica mediante simple notificación, cuyo emplazamiento a constituir domicilio legal sigue las consecuencias prácticas del artículo 41 del Código Procesal.

Recordemos que el domicilio contractual fijado en instrumento público no es idéntico al procesal. Es por ello que, aun cuando algunos principios que lo reglamentan son similares y en alguna medida existe paridad de efectos, no se confunden debido al tiempo en que se lo constituye, las modalidades en que dicha constitución se realiza y la forma en que se reglamentan.

323. Práctica de una mensura judicial

La realización del "plano de mensura" supone requerir una práctica ordinaria preparatoria del juicio ordinario. Esta mensura no se relaciona con el plano que debe acompañar quien inicia demanda por prescripción adquisitiva de un inmueble, el cual configura un elemento formal de la pretensión.

La diligencia de "simple mensura" por medio de una acción judicial significa preparar instrumentalmente un proceso que versará sobre acciones reales o de similar carácter. La Corte Suprema califica las diligencias de mensura, deslinde, amojonamiento y vinculación de las tierras en litigio como típicos actos posesorios "salvo que hechos subsiguientes a las circunstancias en que tienen lugar autorizaran una conclusión distinta". Por ello ante la actitud pasiva de la actora en ocasión de tales diligencias y la absoluta insuficiencia de prueba

tendiente a acreditar hechos posesorios posteriores a tales acontecimientos se puede rechazar una acción posesoria.[1497]

De todos modos, el plano de mensura exigido solo constituye un elemento formal de la demanda, necesario para deslindar con precisión el inmueble pero no puede exhibírselo como acto posesorio si no se alega el hecho de su realización, con la prueba adecuada, como manifestación del ánimo de poseer para sí.

En tal sentido, el juicio de mensura es un proceso voluntario que tiene por único objeto la ubicación exacta de un título, fijando en el terreno su extensión, sus rumbos y sus linderos, limitándose al examen de la operación geodésica y sin declarar la existencia de ningún derecho.

La mensura la realiza un agrimensor, y constituye una práctica de orden administrativo que no origina un proceso contradictorio.

324. Citación para el reconocimiento de la obligación de rendir cuentas

La citación para reconocer la obligación de rendir cuentas tiene un doble efecto; por un lado pretende evitar la excepción de falta de legitimación pasiva de quien alegue que no existe tal deber; y por otro, evitar el conflicto de determinar en un juicio ordinario o sumarísimo los alcances de esa obligación cuando se cuenta con este medio de facilitación procesal.

Es una medida preparatoria que se relaciona con el proceso de rendición de cuentas que gravita sobre el molde procedimental futuro (cfr. art. 652, CPCC).

La diligencia supone admitir una acción muy particular que no está destinada a lograr el allanamiento a una obligación, sino a buscar una declaración que admita un reconocimiento; pues el fondo del problema se determina por proceso ordinario.

Recuérdese que si la obligación de rendir cuentas consta en instrumento público, o el demandante logra en la diligencia preliminar que el demandado confiese su obligación de rendirlas o reconozca el documento privado donde conste tal obligación, el actor estará dis-

1497. CSJN, "Compañía Colonizadora del Norte, S. A. c. Provincia de Misiones", 23/10/1979, *LL* 1980-A-442; *ED* 87-639.

pensado de tramitar la primera etapa del juicio declarativo y el juez ordenará que aquel rinda cuentas dentro de un breve término.

En cambio, si tal prueba no consta, pero durante el transcurso del pleito se reconoce, tal reconocimiento es suficiente para que el juez disponga la admisión de la demanda.

En este sentido, se sostiene que corresponde admitir el pedido de diligencia preliminar consistente en citar al demandado –en el caso, una sociedad de bolsa– para que reconozca o niegue la obligación de rendir cuentas al actor, pues siendo este titular de intereses gestionados por terceros se encuentra habilitado para peticionar la medida prevista en el artículo 323, inciso 10 tendiente a simplificar un juicio posterior de rendición de cuentas evitando, en el supuesto de que el demandado reconozca su obligación de rendirlas, el proceso sumario establecido en el artículo 652 del citado código.[1498]

325. Reconocimiento de mercaderías

El reconocimiento de mercaderías que plantea el régimen procesal va unido al proceso de conocimiento especial que regula el conflicto.

El mismo es viable en el caso del artículo 1149 del CCyC que establece:

> Puesta a disposición de las cosas vendidas. Endoso de mercaderías en tránsito. Las partes pueden pactar que la puesta a disposición de la mercadería vendida en lugar cierto y en forma incondicional tenga los efectos de la entrega, sin perjuicio de los derechos del comprador de revisarla y expresar su no conformidad dentro de los diez días de retirada. También pueden pactar que la entrega de la mercadería en tránsito tenga lugar por el simple consentimiento de las partes materializado en la cesión o el endoso de los documentos de transporte desde la fecha de su cesión o endoso.

También se podrá seguir el mismo procedimiento a solicitud del comprador y al solo efecto de certificar el estado y calidad en que se encuentran las mercaderías en el momento de su entrega.

La medida preparatoria tiene por objetivo concretar en forma rápida, por naturaleza y necesidad, que se vea la mercadería que puede

1498. CNCom., Sala C, "Sánchez Blanc, Nadia C. y otro c. Puente Hnos. Sociedad de Bolsa A.R.", 12/04/2005, *DJ* 2005/08/03.

ser objeto de controversia. La vía común es el dictamen y las actuaciones se sustancian con habilitación de días y horas.

El reconocimiento pericial tendrá que hacerse en presencia de las partes, y si alguna de ellas se encontrare ausente, se dará intervención al defensor de ausentes.

Entre otros supuestos se menciona que, habida cuenta la inexistencia de daños en la mercadería objeto de la medida de prueba anticipada –reconocimiento pericial en el que no se comprueban daños en la mercadería– cabe atenerse principalmente a la naturaleza, complejidad y extensión de los trabajos realizados por el experto para regular sus honorarios.[1499]

Además, la protesta que exige el artículo 26 de la Convención de Varsovia, tiene como finalidad primordial permitir que el transportador pueda conocer con certeza si dio cumplimiento o no a las obligaciones que asumió al participar en el contrato de transporte aéreo.

Y es sobre esta base que el reconocimiento de la autoría del daño, que conlleva la admisión de la responsabilidad, torna innecesaria la protesta que, en esas condiciones, queda desprovista de sentido y reducida a una mera formalidad.

En cambio, cuando no ha promediado un reconocimiento con esos alcances, la protesta o los actos susceptibles de cumplir esa función, como lo es la verificación conjunta de la mercadería, que, de suyo, no produce tales efectos, deben formalizarse dentro de los plazos que prevé la Convención, a fin de dar al transportador la oportunidad de procurarse inmediatamente las pruebas que puedan sustentar sus derechos.

En esa situación la exigencia de la protesta –o de otra manifestación de similar efecto– no aparece como un mero recaudo formal, desde que se mantienen las circunstancias que le confieren sentido y razón de ser.[1500]

Finalmente se dice que, en el supuesto de denunciarse pérdida total de la carga transportada –en el caso, por vía terrestre– es improcedente la pretensión de la aseguradora que disminuya su obligación resarcitoria, si no ha probado –pidiendo reconocimiento pericial en

1499. CNFed. Civ. y Com., Sala I, "Caja Nac. de Ahorro y Seguro", 20/04/1979, *LL* 1979-C-200.

1500. CNFed. Civ y Com., Sala I, "La Agrícola, Cía. de seguros c. Canadian Pacific Air", 07/09/1982, *LL* 1984-A-491 [36.551-S].

tiempo oportuno o como prueba anticipada– que la mercadería siniestrada conservaba un valor residual.[1501]

326. Caducidad de las medidas preparatorias

Las diligencias preliminares no abren la instancia, entendiendo por tal al conjunto de actos procesales que se suceden a continuación del tiempo que permite concretar el principio de bilateralidad y contradicción.

La tarea de la contraria se limita a un mero acto de control o fiscalización que no constituye en parte procesal a quienes se encuentran en esta etapa. De allí que la prueba anticipada, no constituye una demanda en el sentido técnico-jurídico como para tener por abierta la instancia. Las medidas preparatorias de la demanda judicial, aunque no abren la instancia, suponen dar comienzo a un término de caducidad *ope legis* por treinta días desde su realización.

Palacio, en cambio, argumenta que no existe caducidad automática de las diligencias preparatorias, las que a su entender, se hallan supeditadas al pedido que en ese sentido formule la parte afectada por la diligencia.[1502] El término no se aplica al supuesto de pruebas anticipadas, toda vez que ellas están subordinadas a los plazos del expediente principal al que se adjuntan.

De todos modos, se puede considerar más estricto el cumplimiento de los actos de iniciación a este respecto, en razón de que la prueba anticipada se debe considerar como medida precautoria de aseguramiento de pruebas, en cuyo caso se aplica la caducidad prevista en el artículo 207 del CPCCN.

327. La prueba anticipada

El anticipo preventivo de prueba importa la admisión excepcional de medidas, en una etapa no propia, con fundamento en la eventualidad de su desaparición. Por ello el criterio de aplicación del artículo 326

1501. CNFed. Civ. y Com., Sala III, "Compañía Argentina de Seguros Victoria c. Eleonori, Sergio", 13/11/2001, *LL* 2002-C-882.

1502. Palacio, Lino Enrique, *Estudio de la reforma procesal. Ley 22.434*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 221.

del Código Procesal debe ser restrictivo, tendiente a evitar la posibilidad de anticipar la solución de fondo y fundamentalmente, no vulnerar la igualdad de las partes en el proceso.

Basados en esta característica, solo se puede disponer la prueba *ante tempus* cuando se encuentra entre los medios expresamente autorizados, a diferencia de las diligencias preliminares que admiten expandir el catálogo previsto.

De todos modos, como se trata de materia probatoria, donde la discrecionalidad judicial es muy amplia, se puede interpretar que la prueba anticipada solo se admitirá si se comprueba que la parte que la propone está expuesta a perderla, o pudiere resultar imposible o muy dificultosa su producción en el período correspondiente.

En otro aspecto, y aunque se admitiera que la enumeración del artículo 326 no es taxativa, pudiendo proveerse otras medidas de prueba, la "instrucción preventiva" es un medio excepcional que si se lo admitiera sin restricciones podría, por ese procedimiento, afectarse las garantías del proceso legal.

La jurisprudencia afirma que las medidas previstas por los artículos 326 y 327 del Código Procesal, denominadas de "instrucción previa", tienden a recoger pruebas útiles para un proceso futuro o en trámite. Por ello su finalidad, aunque de naturaleza cautelar, no es asegurar el cumplimiento futuro de la sentencia, sino posibilitar la solución conservando pruebas. Se trata de diligencias excepcionales, solo procedentes si se comprueba *prima facie* que la parte que las solicita está expuesta a perder la prueba, o que le resultará de imposible o muy dificultosa ejecución en la etapa pertinente.[1503]

En realidad, el común denominador que tienen las medidas cautelares y la producción anticipada de pruebas, es el peligro en la demora, por ello mientras las primeras tienen como objetivo impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de un proceso, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que va desde antes de la iniciación hasta el dictado del pronunciamiento y el cumplimiento de la sentencia definitiva; las otras están dirigidas a posibilitar la producción de aquellas probanzas que en el futuro pu-

1503. CNCiv., Sala A, "Conforti, Daniel O. c. Centro Médico C.E.M.L.A.", 16/03/1993, *LL* 1993-D-233.

dieran resultar de imposible o muy dificultosa obtención; la actividad será controlada por la otra parte, y una vez que se incorporan al proceso no son factibles de modificación o alteración alguna.

327.1 Requisitos formales

La producción anticipada de prueba exige que la peticione quien vaya a ser parte en un proceso, circunstancia que pone de relieve la necesidad de verificar la legitimación procesal de quien deduce la pretensión.

Es evidente que la admisión formal no persigue anteponer esta cuestión sobre el fondo del problema que se presenta; sino, tan solo, de asegurar que a través del beneficio que se concede no se obtenga una ventaja indebida.

Por ejemplo, la petición que se sustenta en la presunción del peticionante de que su contraparte adulterará los libros de comercio al momento en que la prueba pericial contable deba realizarse; no es una fundamentación suficiente para acordar la prueba anticipada, porque contraría la télesis del instituto que es procurar medidas para el proceso que de otro modo podrían perderse, mas no otorgar a una de las partes ventajas sobre la otra al permitirle realizar una medida probatoria *inaudita parte*.[1504]

Criterio que no es uniforme, porque se ha dicho que, si bien las medidas de prueba anticipada previstas por el artículo 326 del Código Procesal no deben ser permitidas más allá de lo estrictamente necesario, pues de otro modo podrían quedar comprometidos los principios de igualdad y lealtad, la presunción de que la contraparte destruirá o alterará documentación que no conforma los libros de comercio obligatorios implica suficiente riesgo que justifica su aplicación.[1505]

Además de demostrar la apariencia fundada de solicitar con derecho (de modo de entablar la relación entre el interés y la calidad de parte), la peticionante tiene que justificar que la producción probatoria es imprescindible para evitar que se pierda o vuelva de imposible realización posterior.

Esto es esencial para concretar el carácter de medida de aseguramiento de pruebas, de manera que la imposibilidad o dificultad en la

1504. CNCom., Sala A, "Gueimunde, Carlos A. c. Banco de Galicia", 21/08/1997, *LL* 1999-A-490 [41.196S]; *ED* 176-200.

1505. CNCom., Sala A, "Chiri S. A. y otros c. House of Fuller", 23/12/1998, *LL* 1999-D-240.

posterior producción de la prueba que se exige, debe entenderse en un sentido lo suficientemente amplio como para comprender supuestos en los que se intente evitar maniobras de distinto tipo, que tiendan a ocultar, modificar, destruir o cambiar el objeto probatorio.[1506]

327.2 Medios de prueba anticipada autorizados

Hay dos corrientes en la inteligencia que se acuerda a los medios de prueba posibles de anticipar en su producción. Unos argumentan que es procedente disponer la realización de pruebas anticipadas distintas de las enumeradas en el artículo 326, porque esa norma no puede considerarse taxativa; a diferencia de otros que sostienen que al tratarse de una verdadera "instrucción preventiva" no se le puede dar más alcance que la situación de excepción tolera. Por ello, no se puede exceder el marco de las medidas autorizadas, sin perjuicio de las facultades o poderes del juez en orden a lo dispuesto por el artículo 36, inciso 4.

En los hechos, el marco contenido en la norma (art. 326, CPCC) es bastante amplio, dejando fuera la prueba documental (que, de todos modos, puede investigarse con alguna de las diligencias preliminares) y la absolución de posiciones (doctrinariamente resistida y en vías de ser abandonada para sustituirla con el testimonio de partes). Por ello, el criterio de admisión se aproxima a lo cautelar por la urgencia en producirla antes que se pierda la posibilidad (*v. gr.* testigo de edad avanzada, enfermo gravemente, o próximo a ausentarse definitivamente del país), o se difumine la cosa sobre la cual se pide el requerimiento probatorio (*v. gr.* reconocimiento judicial de cosas o personas; dictamen pericial, entre otras).

327.3 Prueba testimonial

El testigo que puede declarar con anticipación a la etapa probatoria es aquel de avanzada edad, gravemente enfermo o próximo a ausentarse del país. Cada situación es diferente.

a. Edad: El problema no es la edad en sí misma, sino la aptitud para concurrir al tribunal y prestar declaración. Por eso

1506. Cfr. CNCiv., Sala F, "Matina Radames, Roberto c. IOMA", 25/11/1992, *LL* 1993-E-222, con nota de Héctor Eduardo Leguisamón.

la longevidad no es suficiente justificativo para anticipar la prueba testimonial.

De algún modo, y a pesar de la independencia como causal, la edad avanzada debe probarse funcionalmente y no con la certificación cronológica, de manera que sin constituir una enfermedad grave, la condición física pueda empeorar con el avance del tiempo y evitar, eventualmente, una declaración posterior. No hay que olvidar que el testigo enfermo puede declarar en su casa (art. 436, CPCC), por lo cual la edad avanzada se analiza con probabilidades de vida, y en nuestro país ese tiempo es absolutamente impreciso.[1507]

En los ordenamientos procesales de provincia existe una diferencia importante que distingue la producción probatoria antes del tiempo que le corresponderá en un proceso a futuro; respecto de aquel que permite producir la prueba como resguardo (una suerte de banco de pruebas) sin necesidad de que se acredite en un juicio posterior.

El artículo 273 del código procesal de la provincia de Santa Fe autoriza que, en caso de peligro de pérdida de un derecho, el mismo se pueda escudar mediante una información sumaria de testigos, una prueba pericial o con el reconocimiento del estado o calidad de lugares o cosas.

b. Enfermedad grave: La enfermedad que posibilita anticipar el testimonio es aquella que por su gravedad puede derivar en la imposibilidad de que el testigo, pueda cumplir oportunamente con la carga de declarar.

Como en el supuesto precedente, se autoriza la declaración testimonial anticipada debiéndose probar sumariamente la condición de enfermo. No se exige una acabada justificación de la gravedad que padece el testigo, puesto que las diligencias podrían verse frustradas por la demora que implica la obtención de elementos, lo que no obsta que el pedido deba revestir un mínimo de seriedad en lo que atañe a sus fundamentos.

1507. Clínicamente la tercera edad comienza a los sesenta y cinco (65) años; sin embargo la Constitución Nacional en el art. 99, inciso 4 pone los setenta y cinco (75) años como límite prorrogable por cinco (5) años más, para los magistrados, aun cuando la Corte en el recordado caso Fayt declaró su inaplicabilidad (CSJN, Fallos: 322:1616).

> Justifica esta excepción aquellas enfermedades de pronóstico previsible, lamentablemente terminales, mas no las que siendo graves no prevén dichas consecuencias inevitables por la ciencia médica. Por ejemplo, no es igual un cáncer que una diabetes, aunque la discrecionalidad del tribunal se mantiene como guía de la decisión fnal.

327.4 Reconocimiento judicial

Con el fin de verificar la existencia de documentos, o el estado, calidad o condición de cosas y lugares, se autoriza la práctica de reconocimiento judicial, como prueba anticipada.

La medida exige la concurrencia de las partes, de modo tal que no se puede soslayar el principio de bilateralidad salvo situaciones excepcionales de restrictiva aplicación, además de probar manifiestamente la imposibilidad de notificar con urgencia.

A diferencia de las diligencias preliminares de similar objeto (*v. gr.* exhibición de cosa mueble, de testamento, de títulos y documentos, mensura judicial, y reconocimiento de mercaderías), este anticipo probatorio tiende al resguardo del medio que, de no practicarse de inmediato, se podría perder o tornar muy dificultosa la actividad en el futuro.

327.5 Dictamen pericial

La prueba pericial que se practica en forma anticipada, lleva como finalidad el mismo objeto que el reconocimiento judicial, esto es, la verificación de documentos, o la constatación sobre el estado y/o calidad de cosas o lugares.

Salvo para estas situaciones, el dictamen pericial no se admite porque no estarían dadas las condiciones de urgencia que motiven su producción antes de tiempo. En otros términos, el fundamento que autoriza la prueba pericial anticipada versa sobre la posibilidad de que los documentos, cosas o lugares sufran transformaciones por el paso del tiempo que impidan observar con claridad el estado o calidad en que se encuentran.

> Aplicando estas disposiciones se ha dicho que, el reconocimiento pericial peticionado con sustento en la ley de navegación, es un proceso voluntario destinado a producir prueba anticipada, en el cual no existe

> parte vencida a los fines de la imposición de costas, pues si bien se observa el principio de bilateralidad, no hay un pronunciamiento judicial que le ponga fin, admitiendo o rechazando la pretensión sustancial.[1508]

Cabe acotar que si en la celebración de la prueba se omite la intervención de la parte contraria, el dictamen puede ser nulo al faltar un paso procesal necesario para su convalidación, como es la facultad de pedir explicaciones al experto, sin perjuicio de la imposibilidad de haber requerido o propuesto puntos de pericia.

327.6 Prueba de informes

La producción de informes se vincula con la actividad extraprocesal preparatoria de la demanda; mientras que la prueba informativa es procedente cuando versa sobre hechos concretos, claramente individualizados y controvertidos en el proceso, que deba producir una oficina pública o privada, o una persona que tenga registros documentarios, archivos o libros contables.

Tal encuadre, previsto en las normas del ordenamiento procesal local (art. 396, CPCCN) limita la producción anticipada de la prueba informativa, porque al no haber proceso, no existen aún hechos controvertidos sobre los cuales se pueda relacionar un informe determinado.

Además, los pedidos que se relacionan con información necesaria para entablar la litis se pueden obtener por otros medios paralelos (art. 323, inc. 1 CPCCN) o concurrentes; por ejemplo, el artículo 8 de la Ley N° 23187 que reglamenta el ejercicio profesional de la abogacía en la Capital Federal, dispone que

> Sin perjuicio de los demás derechos que les acuerdan las leyes, es facultad de los abogados en el ejercicio de su profesión, requerir a las entidades públicas información concerniente a las cuestiones que se les hayan encomendado y, asimismo, tener libre acceso personal a archivos y demás dependencias administrativas en las que existan registros de antecedentes. Se exceptúan de esta disposición aquellas informaciones de carácter estrictamente privado y aquellos registros y archivos cuyas constancias se declaren reservadas por disposición legal. En estos casos el abogado deberá requerir el informe por intermedio del juez de la causa.

1508. CNFed. Civ. y Com., Sala II, "La Buenos Aires Cía. de Seguros", 06/07/2000, *LL* 2001-A-672; *J. Agrup.*, caso 15.542.

327.7 Exhibición, resguardo o secuestro de documentos

En casos de urgencia debidamente justificados, se admite requerir como prueba informativa la entrega de documentos o expedientes cuando se conoce que una dependencia administrativa se encuentra próxima a destruirlos.[1509]

A partir de la Ley N° 25488 se incorpora este inciso al artículo 326 CPCCN que únicamente tiene sentido como medida conservatoria de prueba, pues se encuentra prevista con anterioridad como diligencia preliminar o medida preparatoria.

La modificación permite el secuestro anticipado de documentos o cosas que quedan en depósito o en custodia del juzgado, de acuerdo con la resolución que para el caso el juez adopte.

Esta diligencia resuelve posibilidades anteriormente dispuestas en el marco de flexibilidad de las medidas que se podían adoptar, habiéndose ordenado el secuestro sorpresivo de la historia clínica, documentación complementaria y eventuales anexos de decisiva importancia para afirmar la necesaria primacía de la verdad jurídica en el proceso seguido contra establecimientos médicos por negligencia e impericia profesional de sus empleados, que por lo tanto, se admite como diligencia preparatoria en los términos del artículo 323.[1510]

327.8 Absolución de posiciones

El principio general es que se debe desestimar el pedido de prueba confesional anticipada pues conforme el artículo 411 CPCCN, las posiciones deben versar sobre puntos controvertidos, y no existe en sentido procesal contienda hasta tanto la litis haya sido trabada con la contestación de la demanda.

Esta interpretación del artículo 326 *in fine* del código de rito encuentra fundamento –no obstante opiniones doctrinarias adversas– en que, con la traba de la litis, deben quedar fijados los hechos controvertidos sobre los que versará la prueba, para que las partes puedan concurrir al

1509. Morello, Mario Augusto; Sosa, Gualberto Lucas; Berizonce, Roberto Omar, *Códigos procesales en lo civil y comercial de la provincia de Buenos Aires y la Nación, op. cit.*, T. IV-A, p. 456.

1510. CNCiv., Sala C, "D., M. M. c. Hospital C. A.", 25/02/1999, *ED* 187-42.

acto de la absolución con pleno conocimiento del litigio y aquilatar debidamente la intención, alcance y sentido de las posiciones formuladas.

No obstante, afirma Fenochietto que la prueba puede peticionarse alegando y justificando circunstancias similares a las que el código autoriza para los testigos de avanzada edad, enfermedad grave o próxima ausencia.[1511]

328. Producción de prueba anticipada después de trabada la litis

La producción de prueba anticipada plantea tres momentos: a) cuando se requiere como medida conservatoria antes de comenzar el proceso; b) cuando, habiendo presentado la demanda, aún no se notifica, y c) cuando se ha trabado la litis pero no se ha abierto a prueba la causa.

En los dos primeros rigen los requisitos generales de admisión y pertinencia basados en las condiciones excepcionales de la prueba *ante tempus*. En el siguiente, únicamente procede por razones de urgencia que valora el tribunal al considerar la pretensión. De este pedido se corre traslado a la contraria para que manifieste lo que estime menester, sin que el acuerdo de partes obligue a una decisión afirmativa.

En el caso de tratarse de prueba testimonial, si la misma fuere denegada, se podrá recurrir por reposición; mientras que en los demás supuestos, rige la regla de inapelabilidad sobre resoluciones del juez sobre producción, denegación y sustanciación de las pruebas (art. 379, CPCC).

329. Cumplimiento de las medidas dispuestas

Las diligencias preliminares se producen cuando aún no hay proceso; igual sucede con las pruebas anticipadas con las variaciones posibles recién comentadas. Pero el hecho de acontecer sin controversia expuesta, no significa que los actos procesales que se suscitan tengan iguales exigencias e idénticas potestades para controlar su ejecución y cumplimiento.

1511. Fenochietto, Carlos Eduardo, *Código Procesal Civil y Comercial de la la Nación, comentado anotado y concordado con los códigos provinciales*, Buenos Aires, Astrea, T. 2, p. 292.

Vale decir, como todo acto jurisdiccional exige acatamiento, aunque las posibilidades que tiene el sujeto pasivo de la medida no puedan quedar afectadas cuando del cumplimiento se derive una violación al derecho de defensa en juicio.

Por eso, las actitudes del obligado por una medida preliminar se resuelven conforme la conducta desenvuelta y los efectos que se pueden asignar a la inejecución.

Por ejemplo, cuando se trata de averiguar hechos relativos a la personalidad de alguien, sin cuya información no se puede entrar a juicio (art. 323, inc. 1 CPCC) la omisión de cumplimiento (el art. 324 en su parte pertinente dice "… si el requerido no respondiere dentro del plazo, se tendrán por ciertos los hechos consignados en forma asertiva, sin perjuicio de la prueba en contrario que se produjera una vez iniciado el juicio"), la negativa a responder, la falsedad de la declaración, o en su caso, la destrucción de los documentos que contuviera la información necesaria, tienen consecuencias asimétricas, porque si no contesta se tienen por ciertos los hechos afirmativos que le fueron interrogados; y si contesta con simulación es pasible de una multa.

En cambio, la exhibición de cosas e instrumentos solo faculta el allanamiento del lugar donde se encuentren, y el eventual secuestro de ellos, si existen constancias plenas de la existencia, porque de otro modo la medida se puede tornar irrealizable.

En la práctica cotidiana sucede que las diligencias preliminares no tienen los efectos que se persiguen acorde con su objeto. Es decir, si bien preparan o aseguran, las consecuencias dependen del desarrollo del futuro proceso, sobre todo, cuando se relaciona con la práctica probatoria.

En la legislación española anterior a la vigente, la indagación sobre la personalidad (legitimación y capacidad) tenía iguales derivaciones que en nuestro sistema; no obstante, la doctrina asegura que el reconocimiento implícito no siempre sucede:

> Primero: si el sujeto pasivo se niega o no contesta a las preguntas ni formula oposición, el actor interpondrá la demanda contra aquel que (pese a sus dudas) considera que es el futuro demandado. Segundo: El órgano jurisdiccional competente para acordar las diligencias preliminares es el que puede adoptar las medidas previstas en el artículo 261. En el supuesto del apartado primero, lo que hará el tribunal será dejar constancia en la providencia de que el sujeto pasivo se ha negado a declarar y

que como consecuencia de ello las preguntas que le hubiere formulado el solicitante podrán tenerse por respondidas y los hechos correspondientes podrán considerarse admitidos. Tercero: En ningún caso, lo dispuesto en esta providencia vinculará al tribunal competente para el proceso principal, que en la mayoría de los casos será diferente del que acordó la diligencia preliminar. Junto a la no vinculación, como principio general, es posible que tanto las supuestas respuestas como los hechos presuntamente admitidos, se desvirtúen a lo largo del proceso. En cualquier caso, será a la hora de dictar sentencia cuando, junto a la valoración de todas las pruebas, se decidirá sobre la certeza o no de los mismos.[1512]

330. Responsabilidad por la ejecución y el cumplimiento

Acorde con la calificación que el juez puede realizar sobre las conductas de las partes en el proceso, se ha permitido aplicar multas procesales a quien con sus actos provoque una afectación directa sobre el objeto para el cual se ordenan las diligencias preliminares. El artículo 329 del CPCCN disciplina un orden enunciativo de aquellas, que no obsta a la responsabilidad civil o penal consecuente. Ellas se manifiestan en:

a. no cumplir la orden judicial;
b. dar información falsa;
c. dar información que induzca a error;
d. destruir u ocultar instrumentos o cosas.

La desobediencia a cumplir con la orden judicial, por sí sola, faculta a la aplicación de multas procesales sin necesidad de que la parte lo requiera. Es una facultad implícita entre las posibilidades del artículo 34, inciso 5, apartado d) del CPCC, que no se relacionan con la actitud temeraria o maliciosa, aunque alguna de las acciones así lo indiquen.

En los hechos la multa es autónoma, pero también los comportamientos indicados en los incisos b) a d) son propicios para encontrar típicas actitudes de actuar a sabiendas de la propia sinrazón; o de obstruir con ellos la marcha normal del procedimiento que se encamina como preparatorio de un proceso, o para resguardar la prueba que en él haya de producirse.

1512. García Vila, Mónica, "Diligencias preliminares y la negativa a su práctica (art. 261, LEC 1/2000)", *op. cit.*, p. 8 y ss.

330.1 La orden de exhibición de cosa mueble o presentación de documentos

La exhibición forzada de instrumentos o cosas, así como el resguardo de documentos o el secuestro de ellos para conservar la prueba, se puede dar en la senda de las diligencias preliminares o como prueba anticipada. En uno u otro caso, cuando existe reticencia al cumplimiento, el juez podrá ordenar el allanamiento de los lugares donde ellos se encuentren y practicar el secuestro inmediato.

Se ha indicado que es requisito de procedencia de una diligencia preliminar –en el caso, el secuestro de la documentación relacionada con un siniestro obrante en poder de una compañía de seguros– la demostración de que resulta necesaria, dado que constituyendo su dictado una excepción al trámite normal del proceso, la falta de tal recaudo podría comprometer los principios de igualdad y lealtad, al procurarse una de las partes informaciones por vía jurisdiccional sin la plenitud del contradictorio.[1513]

De igual modo, la medida preliminar consistente en la intimación para que se depositen en el juzgado los libros y la documentación pertenecientes a una sociedad de responsabilidad limitada no es procedente, ya se la enfoque desde la prescriptiva del artículo 323, inciso 5, o con arreglo a lo establecido en el artículo 781 cuando el peticionante, a más de ser socio, reviste el cargo de gerente. En tales condiciones no puede requerir esa medida con fundamento en que se trata de una gerencia colegiada y que él desempeñó otras tareas.[1514]

El allanamiento ordenado en el marco de una medida preliminar pone dudas sobre la gravedad del acto frente al principio de proporcionalidad. Esto pone a la doctrina en dos posiciones. A favor se pronuncia Garnica Martín, que pese a propugnar la adopción de medidas menos restrictivas antes que la entrada compulsiva y el registro con allanamiento y secuestro de documentación, considera que

> No puede confundirse la medida de entrada y registro prevista en estos dos preceptos con la diligencia de entrada y registro que puede acordarse en el proceso penal. Entre una y otra existen muy pocas cosas en común,

1513. CNCom., Sala A, "Belchor, Carlos A. c. Omega Cía. de seguros", 14/04/2000, *LL* 2000-E-110; DJ 2000-3-694.

1514. CNCom., Sala B, "López, Ricardo V.", 23/09/1987, *LL* 1987-E-474 [37.794-S].

> por lo que traer ideas de aquella diligencia a este ámbito creo que es inadmisible. Aquí, no es preciso tan siquiera fundarla y es una barbaridad considerar que ello pueda suponer un atentado contra los derechos fundamentales. La razón es que de lo que se trata aquí es de dar efectividad a una diligencia judicial que sí que ha sido acordada en forma fundada y exigiendo una caución al solicitante, de forma que es el auto de admisión a trámite de la diligencia, e incluso el auto resolviendo el incidente de oposición el que resuelve el eventual conflicto que puede surgir entre el derecho del solicitante a la tutela efectiva, que incluye acudir a las diligencias preliminares, y los derechos fundamentales del solicitado, entre ellos el derecho a la inviolabilidad de su domicilio y el derecho a la intimidad. La defensa de esos derechos no queda atropellada, como erróneamente puede pensarse, cuando se acuerda una entrada y registro por medio de una simple providencia en la que no se pondera la proporcionalidad de la medida, porque sobre la proporcionalidad debe juzgarse únicamente al admitir la diligencia a trámite y luego en el incidente de oposición. Por ello, de lo único que se trata aquí es de efectividad de resoluciones judiciales, o mejor, de efectividad de los instrumentos procesales que el ordenamiento pone a disposición de los ciudadanos.[1515]

Otros autores rechazan totalmente la diligencia. Es el caso de Lorca Navarrete que sostiene:

> La negativa a exhibir títulos y documentos origina que el juez de primera instancia ordene (¡ordeno y mando!) la entrada y registro en el lugar en que puedan hallarse. Y además mediante providencia. Téngase en cuenta que según el artículo 208 de la LEC la providencia no precisa ser motivada. Como mucho podrán contener "una sucinta motivación cuando así lo disponga la ley o el tribunal lo estime conveniente. Esta sola premisa de la que la LEC parte es de dudosa constitucionalidad aunque el TC realice una propuesta distinta. En lo privado se presta al cotilleo vecinal y en lo profesional a la intimidación y el chantaje; así de claro. A lo que se une la más que dudosa eficacia de la orden de entrada y registro. En definitiva, todo un despropósito que deseamos ardientemente sea considerado inconstitucional por ausencia de proporcionalidad. Es

1515. Garnica Martín, Juan Francisco, en "Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", cita disponible en: https://www.uv.es/revista-dret/archivo/num1/pdf/monica.pdf [fecha de consulta: 13/12/2019].

excesivo, como poco, que para la práctica de una diligencia preliminar (y repárese en lo de preliminar) se ordene la entrada y registro.[1516]

Ahora bien, cuando el requerimiento se practica y no se cumple, obligando a medidas compulsivas, las facultades judiciales admiten la práctica de sanciones conminatorias (art. 37).

Por ello, encuadra en inconducta procesal demostrativa de falta al deber de cooperación, los términos formalistas y meramente dilatorios con que el abogado apoderado de la demandada contestó la intimación cursada por la actora para adjuntar documentación, cuando en lugar de extensas alegaciones hubiera sido lo correcto adjuntar fotocopias, siquiera simples de la documentación requerida.[1517]

Cabe aclarar que la intimación a una sociedad anónima a que presente documentación bajo apercibimiento de secuestrarla no está en pugna con el derecho a no declarar en contra de sí mismo contenido en el artículo 18 de la Constitución. Ello así, toda vez que la tradicional interpretación que se ha efectuado de la quinta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, fuente del citado artículo, se encuentra circunscripto a las personas de existencia visible.

330.2 Citación a rendir cuentas

La rendición de cuentas como medida preparatoria constituye un procedimiento autónomo por el cual se persigue que el demandado reconozca la obligación que tiene con el requirente. La particularidad está en que la incomparecencia habilita que el proceso de principal se practique por la vía de los incidentes; mientras que la presentación negando el derecho que se exige importa dar por terminada la medida preparatoria porque de allí en más, el actor debe encausar el reclamo por la vía del artículo 652 del CPCCN.

El régimen procesal estructura el juicio de rendición de cuentas en distintas etapas, y autoriza recién en la última fase a determinar si existe un saldo deudor a cargo del obligado a rendir cuentas, permitiendo, en caso afirmativo, perseguir el cobro de su importe. Ante la

1516. Lorca Navarrete, Antonio, *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valladolid, Lex Nova, 2000, T. II, pp. 1697/98.

1517. CNCiv., Sala A, "Blanco Salas, María S. c. Super Pizza Callao S.A.", 14/03/2001, *LL* 2002-A-599; *DJ* 2001-3-823.

omisión de seguir ese procedimiento, persiguiendo directamente el cobro de una suma de dinero en concepto de saldo adeudado por una incompleta rendición de cuentas, corresponde rechazar la acción.

En cambio, si tramitado el proceso de rendición de cuentas se obtiene sentencia condenatoria respecto a la obligación de prestarlas, el juez podrá aplicar a quien negó ese derecho en la diligencia preliminar, una multa por la actitud maliciosa.

331. Conducta procesal y astreintes

Las sanciones conminatorias que están aludidas en el artículo 329 del CPCCN no se acumulan con las multas procesales, pues ellas no están destinadas a castigar la inconducta procesal, sino a ejercer un medio de presión sobre la voluntad del destinatario que se resiste a cumplir un mandato jurisdiccional.

En determinadas ocasiones, la jurisprudencia ha puesto de resalto que

> … no es procedente la imposición de *astreintes* si el sancionado, tercero ajeno al pleito, es el representante de una repartición pública, pues el supuesto no encuadra en los arts. 329, párrafo último, 399, párr. 3º y 403 del Código Procesal. Por otra parte, el párr. 2º del artículo 37 del mismo ordenamiento limitó las facultades del juez al respecto cuando se trata de quien no es parte en el juicio.[1518]

1518. CNCiv., Sala C, "Cingolanetti, Arduina, suc.", 18/07/1996, *LL* 1997-A-211; *DJ* 1997-1-929.

Capítulo XLII
La demanda

332. La demanda civil

Se denomina demanda al acto procesal por el que se ejercita el derecho de peticionar a las autoridades procurando la iniciación de un proceso. Habitualmente, es la primera actividad que se realiza para la formación del juicio y el nacimiento de la instancia. Sin embargo, es preciso diferenciar entre ambos conceptos, porque la instancia no supone, necesariamente, la vida del proceso; en cambio este, lógicamente se compone de instancias.

La iniciación procesal puede generarse con diligencias preliminares, en pruebas anticipadas, o medidas precautorias, pero ninguna de ellas determina el nacimiento del proceso, aun cuando suponen una instancia.

Para Couture:

> La relación que existe entre el proceso y la instancia es la que existe entre el todo y la parte. El proceso es el todo; la instancia es un fragmento o parte del proceso. Pero esta circunstancia no obsta a que la instancia pueda constituir por sí sola todo el proceso.[1519]

Con la demanda se formula un pedido o una pretensión cuyo tenor objetiva el fin del proceso y fija el contenido de la decisión jurisdiccional a producir. Una solución diversa o diferente a la propuesta genera el vicio de incongruencia.

Estas características son importantes a la hora de enunciar la pretensión, porque una demanda puede llevar objetivos disímiles, aunque simultáneos. Existe un *objeto inmediato* que persigue la iniciación del proceso; y otro *objeto mediato*, por el cual manifiesta la voluntad que se quiere conseguir del pronunciamiento jurisdiccional definitivo.

1519. Couture, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, 3ª ed. póstuma, 1987, p. 170.

La presentación conjunta de la demanda y de la pretensión lleva, a veces, a confundir al intérprete, pero como dice Guasp:

> … fácilmente se comprende que la simultaneidad temporal de ambas actividades, aunque sea desde luego muy frecuente, no equivale en modo alguno a su absoluta identidad. La simultaneidad se explica perfectamente pensando que, siendo la pretensión procesal un supuesto lógico del proceso, conviene regularla como un supuesto cronológico para evitar el riesgo de que, al no formular luego la pretensión, el proceso se desarrolle en el vacío. Por ello es frecuente que la pretensión se produzca al iniciar el proceso, acompañando al acto típico de iniciación, es decir, a la demanda; mas dicha frecuencia no justifica una equiparación no ya cronológica sino lógica de ambas actividades.[1520]

Asimismo, es posible confirmar en el proceso civil dos principios vertebrales de la teoría general: no procede el juicio promovido de oficio; y no hay proceso sin actor que lo produzca (*ne procedat iudex ex officio; nemo iudex sine actore*, respectivamente).

En síntesis, mientras la demanda es una actividad tendiente a lograr la iniciación de un proceso; la pretensión procura satisfacer una voluntad específica mediante la obtención de una sentencia favorable. Además, como surge de la interpretación que precede, la promoción de la demanda no importa controvertir ante otro, porque también son demandas las peticiones que se efectúan en el marco de la jurisdicción voluntaria.

333. Tipos de demanda

La idea de formular una demanda para obtener beneficios singulares también se presenta como derecho a la petición de tutela jurídica; es decir, la presentación ante un juez para generar el proceso y, mediante él, la satisfacción de una pretensión.[1521]

Alsina, por ejemplo, entendía por demanda

> … toda petición formulada por las partes al juez en cuanto traduce una expresión de voluntad encaminada a obtener la satisfacción de un in-

1520. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 2ª ed., 1961, p. 26.

1521. Schönke, Adolf, *Derecho Procesal Civil*, Barcelona, Bosch, 1950, p. 150; Véscovi, Enrique, *Derecho Procesal Civil*, Montevideo, Ideas, 1974, T. IV, p. 64.

> terés. Desde este punto de vista ninguna distinción cabe hacer entre la petición del actor que ejercita una acción o la del demandado que opone una defensa, porque en ambos se reclama la protección del órgano jurisdiccional fundada en una disposición de la ley.[1522]

Estas definiciones incorporan al acto de peticionar la formación de un proceso, la razón que fundamenta el pedido por el cual aquella puede lograr la obtención de tutela jurídica.

Para Chiovenda el objeto peticionado es la diferencia entre demandas fundadas e infundadas, resolviendo su intrascendencia para formular distinciones útiles porque, en definitiva, lo trascendente es saber la importancia de la demanda por sí misma, independientemente de su fundamento:

> Si la demanda está fundada, aquella declaración se nos presenta como el ejercicio de un poder (acción) efectivamente existente. Pero si la demanda es infundada, aquella declaración de voluntad cae en el vacío y no produce el efecto jurídico a que tiende [...]. La demanda judicial, por tanto, tiene una importancia distinta si se estudia en relación con un pleito que se estima pronto para decisión, o si se estudia durante el pleito; considerada en el primer aspecto predomina en ella la importancia de la declaración de voluntad; en el segundo aspecto, la importancia de la invocación del juez.[1523]

A partir de esta sutil confrontación, las demandas pueden ser *simples* o *complejas*.

Son demandas simples cuando portan la única finalidad de poner en marcha un proceso; en cambio, son complejas cuando, además de conseguir activar el procedimiento, formulan una o más peticiones o pretensiones. Este tipo de demandas constituye la regla de nuestros ordenamientos adjetivos.[1524]

Las demandas complejas tienen diferencias según el objeto que persigan. Se relacionan con el derecho material (pretensión material) que se pretende conseguir, de manera que se clasifican en: a) demandas

1522. Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Buenos Aires, Ediar, 1957, T. III, p. 23.

1523. Chiovenda, José, *Principios de derecho procesal civil*, traducción de la 3ª ed. por Casais y Santaló, José, Madrid, Reus, T. II, p. 67.

1524. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 324; Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2ª ed., 1ª reimp., 1979, T. IV, p. 283.

de condena a pagar sumas de dinero, a cumplir con una obligación de hacer, o a omitir una actuación predispuesta (no hacer); b) demandas declarativas, dirigidas a satisfacer una pretensión tendiente a esclarecer una situación incierta, o dudosa; a declarar la existencia o inexistencia de una relación jurídica; o de autenticidad o falsedad de un documento, entre otras posibilidades. Requieren del interés concreto en quien reclama por cuanto la jurisdicción solo tutela derechos subjetivos y no situaciones abstractas; c) demandas constitutivas, son las que pueden transformar, modificar o extinguir un acto jurídico determinado a partir de la sentencia que la acoja. Pueden tener, a su vez, efectos inmediatos hacia el futuro (*v. gr.* culpabilidad en un accidente de tránsito; titularidad dominial de un bien por prescripción adquisitiva, etc.); o retroactivos (*v. gr.* nulidad matrimonial; divorcio; disolución de sociedad, etc., que cobran efectos desde que la demanda se promueve).

Desde otro punto de vista, las demandas pueden dar lugar a procesos de conocimiento, en cuyo caso la actividad del juez responde a los tipos destacados *ut supra*; o procesos ejecutivos, que atienden un objetivo único y preciso, cual es el cobro compulsivo de una obligación previamente documentada. De acuerdo con el número de participantes como sujetos activos o pasivos, las demandas pueden ser *unipersonales*, *pluripersonales* o *colectivas*.

Si la atención cae en el objeto procesal (pretensión) las demandas que no se dirijan a perseguir la consagración de su fundamento se denominan *accesorias*, porque para llegar a la sentencia favorable necesitan remediar situaciones críticas en el tránsito hacia ella (*v. gr.* demanda incidental). En cambio, son demandas *principales*, las otras, a *contrario sensu*.

334. Efectos de la demanda

La formalización de la demanda produce efectos distintos según refieran a consecuencias *procesales* generadas o *sustanciales* que provoca.

Cuando la demanda se constituye como escrito de postulación del derecho y muestra la pretensión que se aspira conseguir, dichos efectos se pueden analizar en conjunto. Pero si la introducción a la instancia no va acompañada de la pretensión, es preciso advertir qué

repercusiones produce en cada uno de los actos que motivan la continuidad del procedimiento.

El simple hecho de presentar una demanda provoca las siguientes derivaciones procesales:

a. Queda abierta la instancia, y determina la obligación del juez de proveer las peticiones que se formulan en la pieza escrita.
b. Para el actor, la apertura de la instancia origina el deber de instar la prosecución de las actuaciones, bajo la prevención de caer en perención o caducidad de aquella si incurriera en abandono o negligencia.
c. La competencia del juez queda fijada sin perjuicio de las facultades de excusarse o inhibirse por causas legalmente previstas.
d. Por su parte, el accionante admite la radicación ante un magistrado cualquiera, si al tiempo de interponer la demanda y conocer la competencia asignada, no recusa al juez designado.
e. Delimita el objeto del proceso y fija el ámbito de las cuestiones a resolver sobre la base de la congruencia con lo pedido.
f. A su vez, la propuesta ingresada enmarca las defensas que puede argüir el demandado (salvo el caso de reconvención).
g. La iniciación produce el estado de litispendencia que autoriza igual excepción respecto de una demanda posterior.[1525] No obstante, esta situación se consolida recién con la notificación del emplazamiento a estar a derecho.[1526]

1525. Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, op. cit.*, T. III, p. 27.

1526. No coincide Guasp con esta conclusión, basado en que la litispendencia comienza con la interposición de la demanda ante el órgano jurisprudencial (Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 333). Sin embargo, justo es reconocer que aquel se refiere a la litispendencia no como defensa o impedimento procesal que evita proseguir con actuaciones judiciales, sino como una consecuencia procesal característica de la demanda incoada; la cual origina distintos componentes de litispendencia asentados en los sujetos (la litispendencia determina, con relación al órgano jurisdiccional, la adquisición definitiva de la competencia), en el objeto (la litispendencia nace con la presentación de la demanda y supone su inmodificabilidad en el transcurso ulterior del proceso) y en la actividad (la litispendencia supone la imposibilidad de que se origine otro proceso respecto a la misma pretensión).

A su turno, la deducción de la demanda produce los siguientes efectos materiales:

a. Interrumpe el curso de la prescripción "contra el poseedor o deudor, aunque sea interpuesta ante juez incompetente o fuere defectuosa y aunque el demandante no haya tenido capacidad legal para presentarse en juicio".[1527]
b. Conserva el derecho de acción en los presupuestos que exigen plazos para ejercerlos (*v. gr.* dos años en los reclamos provenientes de hechos ilícitos), permitiendo suspender el curso de la caducidad hasta allí operada.
c. Convalida la acción intentada descartando otras que pudieren ser alternativas. Por ejemplo, el comprador tiene la acción redhibitoria para dejar sin efecto el contrato por el cual recibe mercaderías viciadas; o bien, puede ejercer la *quanti minoris* persiguiendo el menor valor de la cosa adquirida. Pero intentada una vía no tiene derecho a optar por otra.

Una vez que la demanda se notifica se agregan otros efectos:

Los de contenido procesal son:

a. Consume la actividad procesal evitando retrocesos; pero si fuere intención del actor modificar su decisión inicial cargará con responsabilidades procesales. Por ejemplo, notificada la demanda, no se puede desistir de la acción ni del derecho, si no está el demandado de acuerdo. La consecuencia es el pago de las costas producidas por la actuación inoficiosa.
b. Pone fin a los tiempos de transformación, ampliación o modificación del objeto procesal, dando paso a las actitudes del accionado en relación a su defensa.

Los efectos sustanciales son:

a. Constituye en mora al demandado, originando el curso de los intereses.
b. Desde la fecha en que se produce la notificación de la demanda, el poseedor de buena fe que resulta condenado a la restitución de la cosa es responsable de los frutos percibidos y de los que por su negligencia hubiese dejado de percibir. Asimismo, cuan-

1527. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. IV, p. 301.

> do no es posible determinar el tiempo en que comenzó la mala fe, debe estarse a la fecha de la notificación de la demanda.[1528]

335. Requisitos de la demanda

Tal como se encuentra diseñada en nuestros ordenamientos rituales, la demanda, además de ser un acto constitutivo de la relación procesal,[1529] expone la pretensión o núcleo que vertebra el objeto del proceso. Por esta razón, el fundamento genera un estudio particular que ingresa en los requisitos para articular una pretensión válida. Independientemente, la demanda exige una serie de condiciones para formular la petición.

Planteada de esta manera la cuestión, es posible constatar la relación instrumental que tiene la demanda respecto a la pretensión. Esta es ajena a las cuestiones que origina la instancia, sin que comprometa esta deducción el hecho de que el juez pueda rechazar *in limine* una demanda, o la considere objetivamente improponible.

En cambio, la demanda por sí misma es un derecho; o como dice Véscovi:

> ... existe un derecho amplio a realizar este acto, sujeto solo al cumplimiento de ciertos requisitos formales y algunos tributarios (que no se exigen al auxiliado de pobreza) porque de este modo se protege el ejercicio del poder de accionar, de reclamar el ejercicio de la función jurisdiccional.[1530]

La demanda puede o no transportar la pretensión; en un plano general y corriente es así, pero por vía de principio cabe admitir la posibilidad de instaurar el proceso, abrir la instancia y solicitar el emplazamiento sin dar cuenta todavía del fin perseguido (como ocurre en el modelo judicial del *common law*).

Por ello, la libertad del demandante para proponer sus pretensiones en justicia no está sujeta, *ab initio*, al control de los jueces, los que solo pueden decidir definitivamente la estimación total o parcial de la demanda, o su rechazo, en la debida oportunidad.

1528. Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, op. cit.*, T. III, p. 27; Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. IV, p. 303.

1529. Chiovenda, José, *Principios de derecho procesal civil, op. cit.*, T. II, p. 66.

1530. Véscovi, Enrique, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. IV, p. 66.

A estos fines debemos distinguir entre *admisibilidad* y *procedencia* de la demanda, por cuanto la primera importa el examen de los requisitos rituales y formales, que son independientes de las razones de fondo. La procedencia hace a la "fundabilidad", y determina la suerte final que expresa la sentencia.

Se ha dicho, con acertado criterio, que

> ... el litigante es libre de invocar y deliberar en el proceso, si bien no puede imponer sus ideas cuando carece de razón; por eso, el modo como presenta la demanda, inicia sus acciones y vierte sus pretensiones, es algo que el juzgamiento no puede modificar o dirigir, aun cuando sea equivocado el orden de los planteamientos, sin que ello signifique que al momento de resolver el juez deba verse atado por esos planteamientos, ni por sus modalidades de oportunidad y forma.[1531]

Modernamente se tiende a permitir el control de la regularidad de la demanda –no de la pretensión– a partir del análisis objetivo de sus presupuestos, con el fin de evitar el dispendio jurisdiccional que ocasionaría una petición virtualmente inútil o de imposible realización.

En esta dirección se apunta que

> ... resulta "improponible" la demanda toda vez que el objeto jurídico perseguido está excluido de plano por la ley, cuando éste impide implícitamente cualquier decisión al respecto; o la improcedencia derive de la idoneidad, juzgada en abstracto, de los propios hechos en que se funda la demanda (*causa petendi*), los que no son aptos para obtener una sentencia favorable [...]. En estos casos, si el objeto o la causa en que se sustenta la acción o pretensión que porta la demanda son ilícitos o contrarios a la ley o a las buenas costumbres, o en sí se exhiben constitutivamente inhábiles para hacerse audibles, de disponer su sustanciación se daría lugar a un proceso infecundo, que habría nacido frustrado *ab origine*.[1532]

Con la demanda interpuesta nace la obligación de proveimiento del órgano jurisdiccional, sin importar que el escrito fuere ambiguo, imprudente o difuso. Cuando un libelo es oscuro, los jueces tienen la facultad de interpretar para individualizar la naturaleza de la acción de-

1531. CNCiv., Sala C, 24/07/1980, *JA* 1981-I, p. 19, entre otros.

1532. Morello, Mario Augusto, Sosa, Gualberto Lucas, Berizonce, Roberto Omar, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación, op. cit.*, T. IV-B, pp. 116/117.

ducida a fin de actuar correctamente el derecho aplicable; pero si el accionante se coloca en una posición definida expresando con claridad y nítido discernimiento qué es lo que pretende, y cuáles son los medios jurídicos y las vías procesales por las cuales se propone obtener la sentencia que satisfaga sus pretensiones, le está vedado a los jueces apartarse del planteamiento formulado en la demanda, so cariz de interpretarla; y la sentencia a dictarse debe ajustarse a las pretensiones deducidas, sin posibilidad de que el órgano actuante la modifique, amplíe o excluya. Al delimitar su acción, el actor usa de su libertad y a su riesgo.

335.1 Requisitos procesales de la demanda

Por las características habituales que presenta el trámite asignado en prácticamente la totalidad de nuestros ordenamientos procesales, conviene explicar los requisitos de la demanda en orden a las exigencias de postulación y fundabilidad que simultáneamente exige la presentación.

Las aptitudes radican, básicamente, en condiciones que validen el obrar dispuesto con la finalidad de evitar nulidades posteriores o insuficiencias que perturba la continuidad de los actos.

El carácter complejo de la demanda obliga a analizar diversas cuestiones que se deben cubrir para la oficiosidad del trámite. No solo los requerimientos formales, sino también la posibilidad jurídica de la pretensión, la idoneidad de la causa y la justificación en derecho de las razones esgrimidas son, a su turno, los componentes que debe tener una demanda.

Cada elemento ocupa un tramo de los requisitos que asientan una etapa particular en el procedimiento. Estas necesidades se distribuyen en condiciones de los sujetos y del objeto procesal, donde el primero vincula aspectos como la calidad de "parte", la legitimación procesal, la capacidad para obrar, la competencia del órgano, etc.; en tanto que los recaudos objetivos refieren a la pretensión y a las causas que la motivan (*causa petendi*).

a. Requisitos subjetivos: Demandante es aquella persona que promueve una pretensión en un proceso contencioso, o una petición en un procedimiento de trámite voluntario, por la cual solicita ante un juez una declaración judicial que ocupa su interés.

El ejercicio del derecho de demandar supone presentes, en el sujeto que lo hace, una serie de condiciones que refieren a su individualización y a la posibilidad jurídica para comenzar el trámite que activa. Recordemos que, por vía de principio, con la demanda llega la acción, y siendo esta un derecho instalado en la órbita de las garantías fundamentales, se logra y cumple con el solo ejercicio. En cambio, el estudio de la demanda no supone condicionamiento a la acción, sino la necesidad de establecer la aptitud regular del sujeto activo para evitar el dispendio jurisdiccional.

Esas condiciones de la persona demandante significan que ha de tener capacidad procesal para convertirse en parte, e interés suficiente para solicitar la actuación jurisdiccional que tutele su presentación.

Como vemos, en la demanda no interesa ni resulta indispensable exigir iguales aptitudes al demandado, porque ellas no son recaudos útiles para dar vida al proceso, aun cuando obviamente incidan en el resultado final (*v. gr.* si se hubiere demandado a una persona equivocada).

En cambio, si el tenor del proceso fuera la controversia sobre cuestiones de hecho o de derecho, es preciso individualizar al sujeto pasivo (accionado, demandado, ejecutado) con la sola finalidad de formalizar el emplazamiento y posibilitar el ejercicio del derecho de defensa en juicio y, también, para habilitar la competencia del tribunal.

En este sentido, quien pretende está facultado para demandar a quien quiera y le parezca correcto, pero ello es a su exclusivo riesgo. Claro está que esa individualización no tiene extremos sacramentales, pero ostenta sí un mínimo de seguridades a cubrir que prohíbe las enunciaciones genéricas, vagas o imprecisas (*v. gr.* se demanda "a quien resulte propietario", o a "tenedores, poseedores y cualquier ocupante", etc.). Además, como el actor cuenta con las diligencias preliminares para obtener las informaciones indispensables para constituir regularmente un proceso (*v. gr.* art. 323, inc. 1, CPCC que permite exigir declaración jurada sobre hechos relativos a la personalidad) cabe interpretar lógico este recaudo.

El demandante se debe presentar con nombre y apellido, pudiendo informar otras condiciones personales que estime de interés o importancia para acreditar el derecho que peticiona. Este es un paso previo natural porque de su análisis surge el carácter de la actuación y la personalidad de derecho que representa o tiene.

Si se trata de una persona ideal o jurídica, debe instrumentar la legitimación con los documentos que corroboren el derecho a pedir, a cuyo efecto resulta suficiente acompañar el estatuto social y la copia del acta que designa representantes legales.

Son las disposiciones del Código Civil y Comercial las que rigen el tema de identificar a las personas físicas o jurídicas, pero la jurisprudencia ha elastizado algunas cuestiones como permitir que se demande con un seudónimo que no produzca situaciones de confusión.[1533]

En cambio, un nombre de fantasía no es persona física ni jurídica, por lo que mal puede accionar pretendiendo acreditarse de ese modo. Cuando alguien acciona, aunque se presente como dueño de un negocio con un nombre de fantasía, siempre el actor es la persona física, y en base a su nombre se debe caratular. Únicamente adquiere relevancia el nombre de fantasía cuando al mismo tiempo es la denominación de una sociedad de hecho, por cuanto esta sí tiene capacidad para estar en juicio.

En suma, las personas demandadas pueden ser de existencia visible o ideal y, en ambos casos, deben ser individualizadas como corresponde, es decir, con su nombre y apellido, o con su denominación o razón social, haciéndose constar en este último caso de qué clase de entidad se trata, y si es una sociedad, si lo es civil o comercial y de qué tipo. Si no se efectúa tal

1533. En tal sentido, se afirma que la asimilación del seudónimo al nombre de las personas a los efectos del art. 4 de la Ley N° 3975, ha sido admitida por la Corte Suprema cuando aquel tiene adquirida notoriedad suficiente para merecer la protección legal. Así ocurre con el seudónimo del actor –Pelé– que constituye un verdadero sustituto de su nombre auténtico en torno del cual ha desarrollado la actividad por la que adquirió fama, habiéndose extendido de tal modo esa identificación que es sólo a través del seudónimo como se lo individualiza en el conocimiento del público (CSJN, Fallos: 303:1266, "Do Nascimento, Edson A. c. Pistolare, Roberto A. y otros").

identificación la cédula de notificación de la demanda, dirigida a un nombre de fantasía, ha de reputarse nula.
También se exige que el demandante denuncie su *domicilio real* y constituya otro dentro del radio de jurisdicción del juzgado a fines de notificarle con mayor celeridad las providencias que fuesen menester.
Domicilio real es la residencia habitual donde radica una persona con permanencia y habitualidad; mientras que el domicilio legal es el que establecen los artículos 40 a 42 del CPCCN, es decir, el que se indica dentro del radio de jurisdicción del tribunal.
Si no fuere insinuado ningún domicilio (de acuerdo con la naturaleza de la pretensión), se puede cercenar el derecho de defensa en juicio (*v. gr.* el accionado no podría deducir la excepción de arraigo que tiene justamente como finalidad garantizar la eventual responsabilidad inherente a la demanda, cuando el actor no tiene domicilio en el país, o bienes dentro de él), y la posibilidad de control hacia la asignación de competencia.
Sin embargo, el vicio de la demanda no es de grave entidad y se puede subsanar de inmediato (art. 34, inc. 5, ap. b, CPCCN), o dejando espacio para que el demandado interponga la defensa de defecto legal en el modo de proponer la demanda.
Interesa agregar que si el domicilio real no se denuncia, pero surge de documentación fehaciente (*v. gr.* escritura pública, acta judicial, etc.) incorporada al expediente, la omisión no es tal, porque se admite la información indirecta.
Diferente es la situación con la ausencia de *constitución de domicilio legal*. En este caso la falta de domicilio procesal no vicia el procedimiento, pues puede ser suplido en la primera audiencia o presentación, o quedar automáticamente constituido en los estrados del juzgado.
Otros interpretan que

> … el rechazo de la demanda por cuestiones relativas a la constitución de domicilio solo procede en las oportunidades previstas en los arts. 337 y 353 del Código Procesal. En estaciones posteriores

del proceso la única sanción prevista en la ley es la que establece el artículo 41 del mencionado cuerpo legal.[1534]

Asimismo, cuando se interpone *demanda ante la justicia federal* y la competencia de esta surgiere de extranjería o por distinta vecindad, con la pretensión se deben adjuntar documentos o informaciones que acrediten aquella circunstancia (art. 332, CPCCN). No demostrada la nacionalidad extranjera del recurrente, no puede invocarse el fuero federal, cuya procedencia requiere la prueba de los extremos necesarios para su otorgamiento.[1535]

b. Requisitos objetivos: Estos se dirigen hacia dos cuestiones esenciales. En primer lugar, regulan el objeto de la demanda propiciando que *la cosa demandada se designe con toda exactitud* y que *la petición se produzca en términos claros y positivos*. En segundo término, persiguen concretar la *causa petendi*, es decir, el fundamento, título o razón para pedir.

Este recaudo incide con múltiples repercusiones en otras instituciones procesales, porque a partir de la pretensión se resuelven cuestiones de competencia, estados de litispendencia, congruencia con el objeto demandado, y oportunamente los límites y alcances de la cosa juzgada. La importancia se advierte en la posibilidad de proceder a una acumulación objetiva de acciones o bien demandar en un mismo proceso en razón de acciones conexas por el título, por el objeto o por ambos elementos a la vez, en los que no se autoriza al actor a prescindir del cumplimiento de la carga impuesta por los incisos 3 y 4 del artículo 330 del Código Procesal.

El objeto planteado requiere suficiente *claridad y precisión* para evitar posteriores confusiones y un ejercicio adecuado del derecho de defensa. Por eso, en el momento de indicarle al juez cuáles son las cosas que se piden, deben enumerarse una a una sin poder involucrarlas en el etcétera, por el alcance incompatible que tiene respecto de la claridad y precisión exigida.

1534. CNCom., Sala C, 26/02/1985; en Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, La Ley, 2ª ed., 2006, T. II, p. 21.

1535. CSJN, Fallos: 304:1013.

Si el juzgado incurre en inadvertencia y corre traslado de la demanda, es procedente la defensa de defecto legal cuando no se designa con exactitud la cosa demandada o la exposición de los hechos es ambigua y carece de claridad. La ambigüedad en las expresiones no se puede aclarar con posterioridad a la traba de la litis, porque de lo contrario se favorecería una restitución de plazos inadmisible en beneficio de una de las partes y con flagrante quiebra del principio de igualdad.
El fundamento del artículo 330, incisos 3, 4 y 6 radica en el principio de lealtad y buena fe procesal que obliga a las partes a ser claros en su exposición, evitando ocultamientos. La claridad pensada para limitar el ámbito de actuación del juez conlleva, a su vez, el tipo de sentencia que habrá de dictarse (*v. gr.* de condena, declarativa, constitutiva), sin perjuicio de las facultades jurisdiccionales para denominar adecuadamente el objeto reclamado bajo una figura equivocada. Por ejemplo, puede el accionante nombrar su pretensión como de nulidad de actos jurídicos, y el juzgado resolver en el plano de la simulación.
En cambio, según Devis Echandía:

> … sí es necesario indicar cuál es la acción incoada, en cuanto se refiere al procedimiento que debe seguirse, es decir, ordinario o abreviado o ejecutivo, etc.; pero el juez no queda obligado a seguir un trámite inadecuado y debe disponer de oficio el que corresponda. Este requisito emana concreto, y responde a un mismo tiempo al principio de la contradicción o audiencia bilateral, porque solo así es posible la defensa del demandado en igualdad de condiciones.[1536]

Cuando la pretensión consiste en dar sumas de dinero, el demandante debe precisar la cuantía, a excepción que le fuese imposible conocerla o liquidarla por las circunstancias del caso. Por implicancia, se admite la demanda de monto indeterminado, permitiendo que el tribunal resuelva sobre la pretensión material para fijar posteriormente el valor del proceso.[1537]

1536. Devis Echandía, Hernando, *Teoría General del Proceso*, Buenos Aires, Universidad, 1984, T. II, p. 470.

1537. En los supuestos en los cuales la víctima presenta una lesión o agravamiento desconocida al momento de demandar y que incuestionablemente guarda relación causal con el hecho ilícito, corresponde apartarse del precepto contenido en el inc. 3 del

Con relación a los *hechos* cabe destacar su importancia al vertebrar la causa o fundamento de la pretensión.

La exposición de las circunstancias que ordenaron la cuestión fáctica puede limitarse a la somera descripción acerca de lo que refuerza el vínculo entre los hechos y el derecho. Según esta posición, denominada *teoría de la individualización*, basta con indicar el encuadre jurídico que funda el contenido de la pretensión, sin necesidad de ofrecer una explicación puntual y circunstanciada de los hechos. Es el caso típico de las demandas ejecutivas donde la solidez aparente del título, sumada a las condiciones de liquidez y vencimiento que se verifiquen, son suficientes para completar el recaudo.

En otra dimensión actúa la llamada *teoría de la sustanciación*, que requiere una exposición completa de las circunstancias que generan la *causa petendi*, expuestos clara y concretamente. Constituye una carga relacionada con la regularidad formal de la demanda y genera inmediatas consecuencias en el ámbito del material fáctico que el demandado debe reconocer, admitir o negar, "bajo apercibimiento de estarse por el reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos" (art. 356, CPCC). De igual modo, señala cuáles son las

art. 330 del Cód. Proc. (CNCiv., Sala A, "C., M. N. c. Mayo S. A. de Transporte Automotor", 17/02/1995, *LL* 1995-D-45; *DJ*, 1995-2-1259). También, si la cosa demandada es una obligación de valor que se traduce en una suma de dinero, resulta imprescindible que el actor indique siquiera aproximadamente el valor o entidad de las partidas que pretende, admitiéndose sólo la excusa en supuestos excepcionales (CNCiv., Sala A, "Nayar, Jorge R. R. c. Rosso, Isabel S.", 31/10/1995, *LL* 1996-B-331). Es más, la cosa demandada con toda exactitud, rige incluso para los intereses, pues ellos forman parte del contenido del juicio. Así, no corresponde el pago de aquello cuando la parte interesada no los ha reclamado expresamente ya que resultarían vulneradas las garantías protegidas por la Constitución Nacional (CNCiv., Sala K, "Mittelman de Madenes, Dorita c. Laurencina, Hugo A.", 10/06/1997, *LL* 1998-A-432). La indeterminación, no obstante, a veces se atenúa con el presupuesto de la estimación provisoria, que significa dar un valor aproximado al tiempo de promover la demanda. Empero los límites de la condena han de estar impuestos por esta petición, no debiendo exceder en gran medida el monto del capital, aun cuando se lo supedite a "lo que en más o en menos" resulte de la prueba. Así lo entiende, por ejemplo, la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires cuando pone de relieve que si a fin de determinar la indemnización por daños y perjuicios, se opta por establecer la suma relacionada con determinada época para luego actualizarla, la cifra reajustada no puede exceder el reclamo de la demanda, debiendo además explicitarse las pautas de actualización tenidas en cuenta (*DJBA*, 119-685).

cuestiones que habrán de probarse, y la situación que, bajo el principio de la congruencia, deber atender el juez en su pronunciamiento definitivo.

La *fundamentación* clara y precisa impone, además, explicar los hechos en forma circunstanciada, porque a tenor del principio de preclusión, la demanda no se puede modificar o transformar con otros hechos que el demandado no pueda conocer oportunamente, esto es, al tiempo de notificarle.

Este principio, no obstante, reconoce atenuaciones según el tipo de pretensión incoada. En efecto, si bien para que la demanda prospere es indispensable que el actor invoque todos los hechos constitutivos del derecho que pretende, esta obligación se encuadra en la flexibilidad de las formas, pues en caso contrario, se caería en un anacrónico ritualismo. Así, por ejemplo, no es necesario especificar en la demanda o reconvención todos y cada uno de los hechos que sustentan la acción de divorcio, siendo suficiente citar algunos a título de ejemplo y que sirvan de guía para valorar la conducta imputada.

Esta norma debe ser armonizada con la contenida en el artículo 331, que faculta al actor a modificar la demanda antes de notificarla, atribución que no puede ser suprimida so pretexto del ejercicio de las facultades ordenadoras del proceso. Asimismo, no obstante que una buena técnica en la redacción del escrito de demanda conduce a que se dé cumplimiento a la teoría de la sustanciación al exponer los hechos, si de la prueba documental acompañada surge una serie de datos que se interrelacionan con los que fueran vertidos en el capítulo pertinente –en el caso, la factura incorporada contenía el detalle de todos los daños sufridos y que hacían a la pretensión deducida– se consideró que hace a la carga procesal que pesa sobre la demandada expedirse respecto de los documentos agregados con la demanda.[1538]

La causa de la pretensión consiste en invocar una concreta situación de hecho a la cual el actor asigna una determinada con-

1538. Morello, Mario Augusto; Sosa, Gualberto Lucas y Berizonce, Roberto Omar, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación*, *op. cit.*, T. IV-B, p. 21.

secuencia jurídica, son los hechos afirmados en la medida de su idoneidad para producir un determinado efecto jurídico.

c. Otros requisitos: en cualquier caso, la deducción de una demanda supone el empeño del letrado en su preparación, especialmente referido al objeto que se pide, el fundamento que lo inspira y las formas como se presenta.

Ya hemos visto que los principios procesales urgen en las partes el respeto hacia la legalidad de las formas, entre las que se encuentran la redacción de los escritos judiciales y los materiales que, habitualmente, son de usos admitidos. De alguna manera esta formalidad necesita de cierta adecuación con los tiempos que atravesamos. En este sentido, alguna jurisprudencia reitera que las demandas mimeografiadas (o fotocopiadas) no responden a la seriedad y compromiso que se impone a los justiciables.

Se tiene dicho que

> … el relato que se hace en la demanda utilizando un formulario impreso, pone al descubierto que no ha mediado una debida preocupación por cumplimentar cuidadosamente un acto procesal de tanta trascendencia, como es aquel que tiene la calidad de introductorio en la instancia. Todo aquello que es seriado, y donde por una comodidad, que no se concilia con un celo profesional adecuado, se limita a llenar claros, quita entidad a la labor del abogado, a la par que desmerece el ejercicio profesional, a lo que se aduna que no satisface la carga procesal de la doctrina o teoría de la sustanciación, que requiere una explicación suficientemente explícita de los hechos que dan sustento a la litis, y no una exposición genérica de los hechos que no alcanzan a delinear la pretensión.[1539]

Sin embargo, esta conducta puede dividir las atenciones según el aspecto exterior de la demanda (*v. gr.* prolijidad, papelería utilizada, etc.) y por el contenido intrínseco que ella porta. En el primer sentido la corrección proviene de los principios ya estudiados y la fundamentación mediante los requisitos materiales que debe cubrir la pretensión. No siempre la

1539. Cám. 2ª, Sala I, La Plata, causa B-51.017 reg int. 70/82, en Morello, Mario Augusto; Sosa, Gualberto Lucas y Berizonce, Roberto Omar, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación, op. cit.*, T. IV-B, p. 31.

utilización de antecedentes que dan vida a lo que denominamos demandas seriadas son fruto de una especulación con el tiempo y el ahorro de esfuerzos, sino el parangón de un hecho que se reitera y permite la continuidad de razones.
Se agregan a estos recaudos formales los que provienen de exigencias fiscales como el pago de la tasa de justicia al tiempo de iniciar el pleito; con la aclaración de que si falta el tributo no podrán continuar las acciones cursadas, lo que equivale a un serio agravio al acceso a la justicia en virtud de la paralización consecuente de una norma fiscal que puede reclamar su integración por incidente sin necesidad de incurrir en semejante desatino.

335.2 Requisitos sustanciales de la demanda

En verdad no podemos hablar, propiamente, de requisitos sustanciales de la demanda, porque esta es un típico acto procesal que no mezcla sus intereses y exigencias con el derecho de fondo. Sin embargo, puede ocurrir que el déficit en presentar el motivo que la fundamenta o el acopio de documentación que desde el inicio debe llevar, provoquen la interrupción del fin que la razona, dando por concluido el proceso, allí mismo, por la extinción del derecho de fondo que debió resguardarse.

La demanda se vuelve inadmisible, entonces, por razones sustanciales o por la ausencia de presupuestos procesales o de algunos requisitos de forma.

El punto de arranque interroga ¿qué deben hacer los jueces cuando se encuentran con una demanda cuya pretensión, lejos de estar fundada, carece de una lógica sustentación?, ¿Deben darle trámite y derivar al demandado la carga de rebatir el contenido? o ¿pueden denegarla liminarmente? Si así lo hicieran ¿vulnerarían el derecho de defensa en juicio?, o lo que sería peor, ¿estarían privando de tutela jurisdiccional a una acción que, irrazonable, errónea, maliciosa o no, puede encontrar una conclusión diferente a la estimada *ab initio* por el habitual *corsi y riccorsi* que transita el proceso?

En estos términos se plantea el problema enfrentado. Su situación es diversa del rechazo *in limine* que previenen las normas procesales, y distinta también de la defensa que se esgrime ante una demanda

de oscuro libelo. El conflicto radica en lo que se ha dado en llamar la *improponibilidad objetiva de la pretensión*, y como ella se inserta en el acto de postulación, va de suyo la trascendencia que adquiere para validar la causa y continuar la instancia incoada.

a. La demanda improponible

Desde que Guasp desarrolló la teoría de la pretensión renovando las precisiones que Rosenberg y Carnelutti habían expresado sobre la misma, el objeto del proceso encontró un nuevo cuadrante. No se va a relacionar ya con la razón, ni con el interés de quien la actúa, sino que se entenderá como una declaración de voluntad por la cual se solicita la actuación de un órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración. Este reclamo que se dirige frente a otro individuo y ante el juez será la pretensión.

La búsqueda del reconocimiento del derecho a través de la pretensión determina entonces la importancia de los presupuestos procesales que condicionan el éxito final a obtener en un pronunciamiento favorable. Dada la trascendencia del acto que se invoca y la magnitud de los efectos que portan la pretensión, esta debe perfilarse y dibujarse en sus consecuencias como un acto "objetivamente proponible", pues de lo contrario la demanda será improcedente o inadmisible según el vicio extrínseco que la afecta.

Cuando la carencia sea de fundamentación, será conveniente interpretar el no dar curso a la postulación como un efecto de la pretensión "objetivamente improponible". En cambio, si el déficit se apunta en las condiciones de procedibilidad, el magistrado tendrá las vías atribuidas por el rechazo *in limine* (arts. 337 CPCC).

Señalan Morello y Berizonce que este liminar deslinde de esferas de actuación puede encontrar su razón de ser en la afirmación que el juez puede –debe– analizar por sí, no solo el contenido meramente extrínseco del acto constitutivo que pone en marcha la jurisdicción sino –más aún– asumir un concreto contralor de la concurrencia de los presupuestos procesales, es decir de los *requisitos de procedibilidad* de la pretensión (admisibilidad extrínseca). Así, en cuanto a los *sujetos*, (competencia; legitimación *ad processum* de las partes); al *objeto* (si fuere

idóneo –objeto inmediato– con relación al tipo de proceso en que la pretensión se dedujo) y a la causa (por defecto de fundamentación).[1540]

La *improponibilidad objetiva* de una pretensión atiende a la ausencia absoluta de fundamentos, a aquel interés que jurídicamente no es digno de protección y que le impone al juez un examen anticipado de la pertinencia sustancial, toda vez que si lo deriva a la sentencia de mérito, corre el serio riesgo de provocar un dispendio jurisdiccional por haber tramitado un pleito carente de la mínima motivación en derecho.

Precisamente, como esta "denegación de justicia" a través del efecto de la "improponibilidad" se da en la "antesala de la litis" prediciendo el conocimiento y fallando en definitiva, resulta conveniente diferenciar el encuadre asignado a una y otra figura.

Sólo en aquellos procesos que necesitan demostrar fundadamente la causa de pedir y sustanciar los hechos en que se asienta, reciben el control de la "improponibilidad objetiva". En cambio, en aquellos juicios de conocimiento que no requieren la concurrencia de determinados requisitos sustanciales y que se sostienen en la mera individualización de los presupuestos básicos de su accionar (expuestos en forma superficial y basados en el soporte de su verosimilitud), la operatividad del principio se contrarresta por la limitación que existe respecto del mérito de la causa (*v. gr.* proceso de declaración de incapacidad, alimentos, proceso ejecutivo, etc.).

Estos últimos atraviesan un juicio de admisibilidad tipificado en el encuadre previsto por el ordenamiento adjetivo, y su apartamiento de las reglas formalizadas ocasiona el eventual rechazo *in limine*.

Podría derivarse entonces que, como lo entienden Sagesse y Pérez Cortes que

> ... el rechazo inicial de la pretensión surge por la *falta de interés procesal* [...], sin embargo, tal conclusión es errada pues la ineptitud referida se dirige hacia la fundamentación y no a los meros requisitos de procedencia o admisibilidad. El interés –se considere o no como un presupuesto de la acción– puede relacionarse con la idoneidad para representar un derecho subjetivo que se pone en juego, es decir que para que haya "interés de actuar" es necesario que el actor formule una pretensión adecuada a la satisfacción del interés contenido en el derecho subjetivo material. El

1540. Morello, Mario Augusto y Berizonce, Roberto Omar, "Improponibilidad objetiva de la demanda", en XI Congreso Nacional de Derecho Procesal, La Plata, 1981.

> interés procesal, por lo tanto, se traduce en un pedido idóneo para provocar la actuación jurisdiccional del Estado.[1541]

Por ello la principal atención a prestar converge en el objeto del proceso; es decir que corresponde deducir si la *causa petendi* guarda aptitud razonable para poner en marcha la jurisdicción. Claramente, Morello y Berizonce indican que

> … si el objeto o la causa en que se sustenta la acción o pretensión que porta la demanda son ilícitos o contrarios a la ley y las buenas costumbres, o en sí se exhiben constitutivamente inhábiles para hacerse audibles, de disponerse su sustanciación se daría lugar a un proceso infecundo que habría nacido frustrado *ab origine* […] "así, si se demandara –entre nosotros– el reconocimiento judicial de reclamos que se abastecen en el corretaje matrimonial; o esponsales de futuro; o en sociedades ilícitas o prohibidas; o bien aludiendo a la causa de pedir, si la nulidad de matrimonio se promoviera por quienes no son cónyuges por no estar unidos en matrimonio, o la adopción por quienes no están legalmente legitimados como adoptantes. Circunstancias que obstan, todas, a la posibilidad jurídica de obtener siquiera un pronunciamiento sobre el mérito de la causa, o que, por su inatendibilidad abstracta impiden su acogimiento favorable".[1542]

La natural conclusión del encuadre será, en suma, la que surja del estudio objetivo de la pretensión. Si esta encontrara un error apuntado en la forma de presentación "vicios extrínsecos", la facultad de saneamiento y ordenación que ponderan las aptitudes del pretorio impondrá la corrección o compostura del objeto peticionado. En cambio, si la patología que arrastra la pretensión guarda tal entidad que puede predecirse la inutilidad de su sustanciación, la actitud jurisdiccional no puede ser otra que el rechazo liminar a esa postulación manifiestamente inoficiosa.

Ahora bien, toda pretensión expuesta en una demanda necesita examinarse previamente para habilitar la marcha jurisdiccional. Así, surgen imprescindibles algunas etapas o juicios previos de admisibilidad que se dirigen a corresponder *v. gr.* la competencia, las formas extrínsecas, el tipo de proceso a asignar, etcétera. Son secuencias de un

1541. Sagesse - Pérez Cortés, "La excepción previa de falta manifiesta de legitimación para obrar y la ausencia del interés procesal", *JA* 1968-II, p. 778.

1542. Morello, Mario Augusto, Sosa, Gualberto Lucas, Berizonce, Roberto Omar, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación, op. cit.*, T. IV-B, p. 107.

mismo procedimiento que aún no se ha sustanciado pues el debido proceso debe conformarse inicialmente, a riesgo de soportar nulidades posteriores. En estas etapas previas, el juez determina la habilidad (es decir un ajuste a las reglas de la competencia), la regularidad (procedencia y admisibilidad formal) y el fundamento (ámbito de la idoneidad).

En los dos primeros pasos estudia la aptitud formal para encauzar la demanda; en el restante atiende la posibilidad de dar una respuesta favorable a la pretensión (en el sentido de darle curso). El paralelo entre fundamento y sustanciación se razona en la conveniencia de sujetar el objeto del proceso a todo aquello que fuera lícito y permitido.

En consecuencia, cuando la inidoneidad deriva del objeto o de la causa de la pretensión, se descalifica el andamiento por la improponibilidad objetiva que luce.

Redenti enseña que esta cancelación inicial equivale al "defecto de jurisdicción":

> Si del examen preliminar de la demanda resulta, de modo claro y evidente, que la pretensión deducida por su objeto o por su causa, es de aquellas a cuyo respecto la ley, sea por previsión expresa, sea por prohibición que emerge claramente de su sistema, no consiente se emita la providencia que la ampare, debe operarse su rechazo *in limine* por cuanto, en puridad, se carece de jurisdicción para dictar el prohibimiento pretendido.[1543]

Finalmente, cabe recordar que el principio de autoridad del juez, como tercero director de la contienda, y el nuevo rumbo que marca la socialización y publicidad del proceso, indican los resortes a partir de los cuales se encuentra el fundamento de la potestad de rechazar sin más trámite una pretensión manifiestamente improponible.

El servicio efectivo de la justicia, a través de una magistratura atenta, conlleva la facultad de contrarrestar todo ejercicio abusivo del derecho que, mostrado en apariencia ajustado a principios sustantivos, en realidad somete una aspiración absolutamente alejada de resguardo normativo y carente de tutela jurisdiccional.

Empero, el derecho a la jurisdicción y a la audiencia le impone al juez la regla de fundamentar la decisión, demostrar objetivamente el vicio que hace inadmisible la pretensión expuesta y justificar en derecho la causa normativa que obstaculiza el andamiento.

1543. Redenti, Enrico, *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ejea, 1957, T. I, p. 31.

La duda, la apariencia formal del derecho y todo motivo de prevención que tenga el juez para operar de oficio la repulsa jurisdiccional orientan la gestión procesal, sin perder de vista la posibilidad de corrección toda vez que, advertida la carencia de cualidad, no debe tolerarse saneamiento ni convalidación de lo que es objetivamente improponible.

b. El rechazo *in limine* litis

La facultad de proveer el rechazo *in limine* litis de la demanda debe ejercerse con suma prudencia, cuando sea manifiesta la violación de las reglas de formalización de la demanda, a punto tal que su gravedad impida construir un requerimiento revestido del grado mínimo de seriedad que debe tener toda actuación ante la justicia; tal criterio restrictivo se aplica por cuanto el rechazo de oficio cercena el derecho de acción vinculado con el derecho constitucional de petición.

Sin embargo, la repulsa inmediata de la demanda incoada no es habitual en el marco estricto que pretende aplicar la disposición procesal, porque de algún modo, entra en colisión con la prudencia que el mismo ordenamiento le pide al juez en el artículo 34, inciso 5, apartado b). Por eso, la facultad enunciada con carácter general en el artículo 337 del ordenamiento ritual, es ejercitable cuando existan violaciones a las reglas que gobiernan el régimen de la demanda de que se trate, es decir cuando ella no se ajusta a los recaudos formales estatuidos; lo cual deriva, a su vez, al deber indicado por el artículo 34, inciso 5, en particular el de señalar antes de dar trámite a cualquier petición, los defectos u omisiones de que adolezca.

El examen de la admisibilidad de la demanda importa la verificación de sus requisitos formales, independientemente de las razones de fondo lo cual constituye un deber del juez al tiempo de la presentación de la misma. De igual modo, esta facultad para rechazar de oficio las demandas que no se ajustan a las reglas establecidas se refiere, en principio, al cumplimiento de las fijadas en el artículo 330, también, y en forma excepcional, debe admitirse tal facultad en el caso de inadmisibilidad evidente de la demanda.

También es factible repudiar la demanda que no coincide con el objeto denunciado en el formulario de mediación que establece la Ley N° 26589, de obligatorio acatamiento en la Ciudad Autónoma de Buenos

Aires. En este aspecto, si fracasada la mediación, el contenido de la demanda no se adecua a los límites determinados en el formulario previsto en dicha ley el tribunal deberá intimar al actor a que efectúe el ajuste correspondiente, o rechazarla *in limine* en los términos del artículo 337 del Código Procesal por carecer de objeto jurídicamente proponible.[1544]

La posibilidad de rechazar la demanda alcanza, únicamente, al trámite que se cancela, pero no se puede privar al acto de los efectos procesales y materiales que ha determinado con la sola interposición. De allí se aclara que el rechazo de oficio de la demanda previsto se refiere al escrito o corporación de la misma, por lo que si con posterioridad a ella se subsanó la omisión, no hay razón para mantener la repulsa del escrito inicial.[1545]

c. La demanda ambigua

El código procesal verbaliza en varias oportunidades el significado de la precisión. En el artículo 330, los incisos 3 y 4 establecen la obligación de designar la cosa demandada *con toda exactitud y explicar claramente los hechos* que fundan el reclamo, destacando en el inciso 6 que la petición debe hacerse en *términos claros y positivos*, para finalizar la norma indicando que "la demanda deberá *precisar* el monto reclamado...". Existe una notada preocupación en el legislador por destacar la importancia de la "claridad".

Recuerda Liebman que la cognición del juez tiene por necesidad dos objetivos diversos: la declaración de certeza de los hechos y la aplicación del derecho. Claro está que para arribar a una conclusión razonada necesita contar con un escrito expuesto comprensiblemente, para que en su tarea de intelección no termine desenvolviendo un sofisma sino una demanda que por sus fundamentos admita la recepción jurisdiccional.[1546]

Ello es así en una doble intención: por un lado, para evitar la inutilidad del dispendio jurisdiccional que significa la tramitación de una demanda carente de convicciones firmes que se asienten en los

1544. CNCiv., Sala H, "Milisenda y Crespín L. c. Lambre, O.", 23/09/1997, *LL* 1998-B-95.

1545. C. Fed. La Plata, Sala III, "Sindicato Único de Trabajadores de Edificios de Renta y Horizontal c. Consorcio de Propietarios Lavalle 448 - Quilmes", 17/08/1999, *LL* 2000-D-681.

1546. Liebman, Enrico Tullio, *Manual de Derecho Procesal Civil* (traducción de Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, Ejea, 1980, p. 87.

presupuestos de hecho y de derecho presuntamente razonados. Por otro, ante la posibilidad cierta de provocar una actuación procesal inidónea, intencionada a un fin desleal, contrario al espíritu de moralidad que alienta el proceso, entorpecer en el oscurantismo una demanda inmotivada que arrastra o persigue propósitos contrarios a la buena fe.

Pero también queda atrapada en el medio de estas alternativas una secuencia importante de actos que, sin revestir ambos extremos, esboza actitudes de poca firmeza, de error conceptual, de culpa, de poca meditación, de evidente ligereza, etc.: es el campo de la ambigüedad o la vaguedad intencionada, llevada al plano de la experimentación para conocer sus resultados por y en el proceso.

Supongamos la demanda que reclama un derecho de propiedad amparada solamente en un título de posesión pero que relata hechos y se fundamenta como si el derecho exigido y que se tiene (presuntamente) fuera el primero. O aquel que, luego de entablada la acción y trabada la litis, pretende corregir el error inicial de la pretensión con nuevos enfoques que desvirtúan o se ponen en contradicción con los actos iniciales.

Estos son clásicos supuestos de ambigüedad en la demanda, de ahí que el sistema adjetivo prevenga estos desvaríos, sea a través del rechazo *in limine* o por medio de la defensa de *oscuro libelo*.

La demanda ambigua puede ser, a su vez, provocada o negligente (culpa). La primera lleva implícita la voluntad de rehusar la verdad, amparando su situación de derecho en un sofisma. Es una demanda disfrazada que esconde una situación que puede perjudicar a quien la intenta (*v. gr.* demanda entablada por quien ha sido agente embestidor y culpable en un accidente de tránsito que reclama ante el damnificado, invirtiendo la responsabilidad en los hechos). Este es un ocultamiento malicioso, por lo que la ambigüedad, más que una deslealtad procesal, es una burla a la justicia.

En cambio la pretensión expuesta con ligereza, en una actitud irreflexiva o imprudente, merita las consecuencias de un obrar culposo que derivará en consecuencias dañinas y de responsabilidad creada según los perjuicios que ocasione con la promoción errónea de una demanda a la que, quizás, se haya creído con derecho a incoar.

Ambos casos encuentran en las sanciones de temeridad, malicia, rechazo *in limine* o multas procesales, las conclusiones de sus

circunstancias, pudiendo también emparentarse con figuras tales como el dolo o la estafa procesal, o la malicia procesal respectivamente.

En cuanto a las situaciones intermedias, cabe observar la aventurera actitud que asumen las partes o sus letrados con ciertos pasajes del proceso. Se asiste cada vez con mayor recrudecimiento al espectáculo de ver cómo se espera una decisión jurisdiccional favorable a una petición sin coherencia, o absurda, o descolocada del contexto procedimental por la etapa que se atraviesa, etc., pues así, basándose en el principio de que "todo lo que no está escrito está permitido", la sicología del imprudente convierte el proceso en un juego de "chicanas".

A este respecto, las mayores potestades del juez, como director del proceso tendrán que ser suficientes para desalentar estas cualidades del aventurero procesal. De todas formas, la solemnidad requerida por el código no significa un apego desmedido a la técnica de exposición pues lo cierto es que esas exigencias de la ley, como otras formalidades procesales, no tienen otra finalidad que la de asegurar la defensa de los derechos y mantener la igualdad de los litigantes.

336. Documentación que debe acompañar la demanda

Los documentos que deben ingresar simultáneamente con la demanda pertenecen a dos grupos bien diferenciados. Unos responden al *derecho de postulación*, que se relaciona con la capacidad procesal, la legitimación y la personería.

Cuadra atender que la falta de presentación de los instrumentos que justifiquen la personería constituye inobservancia de una exigencia formal que no apareja la devolución del escrito, ni por ende, la caducidad del derecho que se ha pretendido ejercitar con esa deficiente presentación, mientras no medie una intimación destinada a obtener el cumplimiento de ese recaudo procesal.

Cuando estudiamos cómo se forma la calidad de "parte", se indicó la necesidad de acreditar el carácter que se actúa, qué significa, demostrar que se tiene legitimación para obrar. En este sentido también se exige certificar la representación o personalidad de procuradores o apoderados, a quienes de oficio, a petición de parte, podrá intimarse la presentación del testimonio original de su personería.

La circunstancia de obrar en ejercicio de un derecho que no es propio obliga a comparecer justificando la representación invocada, ocasionando la omisión el derecho del demandado para deducir la defensa de falta de personería.

Excepcionalmente y, en general por razones de urgencia, la acreditación del poder se puede realizar posteriormente. Así lo previene el artículo 48 del ordenamiento en cita, aunque conviene aclarar que el beneficio que esta norma acuerda alcanza a los supuestos del mandato conferido que no se pudo presentar en término, como al poder que no se llegó a otorgar, porque lo que se trata de superar es la indefensión en que podría colocarse al litigante en los casos urgentes o perentorios.

Una vez admitida la personería del representante, o aceptado que quien pidió por otra está realmente habilitado para hacerlo, ninguna duda hay en cuanto a la improcedencia de llamar a juicio al representado con el fin de integrar la litis, ya que está trabada, precisamente por él, aunque a través de una persona que por la ley o un contrato está facultado para obligarlo.

Los demás documentos hacen a la *fundabilidad* o *pertinencia* de la demanda, y son los que corroboran el derecho a una sentencia favorable; es decir que se trata de la prueba instrumental preconstituida que representa el o los actos que integran la relación que en la demanda se invoca y que motiva el nacimiento del derecho material (*v. gr.* contrato, negocio jurídico, testamento, etc.).

La exigencia de simultaneidad con el acto introductorio de la pretensión obedece a razones que prioriza el principio de bilateralidad y contradicción, más cuanto corresponde al de moralidad procesal. En tanto la prueba documental resulta comúnmente conocida antes del conflicto y obra en poder de las partes, justo es encontrar en el requisito de acompañamiento con la demanda una exigencia que reposa en elementales razones de lealtad, probidad y buena fe.

De este modo, quien recurre a la jurisdicción debe cumplir estos recaudos documentales: a) acompañar toda la instrumental que obre en su poder; b) individualizar el lugar donde se encuentra aquella otra que no tiene a su disposición; c) si fueren documentos extraviados, tendrá que definirlos expresamente permitiendo que la contraria pueda expedirse sobre ellos.

Según Alsina (aun cuando considera inapropiada esa división), la documental puede dividirse en *instrumentos que fundan el derecho invocado* (*v. gr.* título de propiedad en una demanda de reivindicación; boleto de compraventa inmobiliaria en un proceso de escrituración, etc.); y *documentos que justifican la demanda*, que podrían presentarse en el período de prueba (*v. gr.* partidas de nacimiento en una acción de reconocimiento de paternidad; contrato social cuando la demanda no se funda en el mismo, etc.).[1547]

En verdad, el orden adjetivo no efectúa distinciones y cuando refiere a "toda la documental que obre en poder de las partes" está señalando un criterio, una regla del trámite que, como tal, no es de orden público y por ello incide en la posibilidad de admitir documentos extemporáneos a título excepcional y por causas bien justificadas.

Por ejemplo, el artículo 335 del Código Procesal nacional dice que: "Después de interpuesta la demanda, no se admitirán al actor sino documentos de fecha posterior o anteriores, bajo juramento o afirmación de no haber antes tenido conocimiento de ellos".

La facultad de agregar prueba documental una vez que la demanda se ha interpuesto tiene estas posibilidades: a) Incorporar los documentos omitidos que se vinculan con los hechos constitutivos de la pretensión, mientras la demanda no se haya notificado; b) agregar aquellos que sean de fecha posterior a la del cargo que recibe la demanda, y c) acompañar la que sea de fecha anterior, sobre la cual quien la pretenda en su favor, deberá afirmar que no tenía conocimiento de ella y que así lo declara bajo juramento (se entiende que es como promesa de fiel cumplimiento al principio de lealtad, probidad y buena fe, sin perjuicio del contenido moral que supone). Este último, en realidad, no tiene condiciones para agregarlos, es decir que no están sujetos a ningún plazo desde que quien los presenta los traiga a la causa.

El traslado a la contraparte es obligatorio, porque si el juez decide repeler de inmediato la documentación que se adjunta, excede sus facultades. En este sentido se ha dicho que configura prejuzgamiento la apreciación del juez respecto de la irrelevancia de la incorporación de prueba documental ofrecida por la actora en los términos del

1547. Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, *op. cit.*, T. III, pp. 46/48.

artículo 335, ya que implica emitir un juicio sobre el valor probatorio de la documental acompañada antes de la etapa procesal oportuna.[1548]

También puede suceder que con la demanda no se hayan acompañado los manuscritos ni individualizado el lugar donde se encontraban, sin que ello lo haga pasible de la figura impeditiva que se analiza. La excepción estaría dada en el hecho de poder ser conocida la prueba documental, cuando el conocimiento de su existencia y titularidad surge del expediente administrativo y de las acciones iniciadas por expropiación inversa y amparo por mora agregadas a esta causa, lo que torna el requisito en un ritualismo excesivo, que en la especie sería frustratorio del derecho de fondo.

337. Transformación o cambio de la demanda

La demanda en el sistema escriturario tiene un enorme valor expositivo porque además de portar la pretensión deja en claro quiénes son los sujetos que trabarán eventualmente la relación procesal; cuál será el objeto o finalidad perseguida y la causa que la motiva.

Por otra parte, como dice Fairén Guillén "... para que pueda recaer una sentencia de fondo, se precisa que la cuestión esté fácticamente substanciada y jurídicamente individualizada".[1549]

Determinadas las cuestiones, cualquier alteración en la demanda incide en el sujeto pasivo, ya sea porque entorpece la preparación de su defensa; porque toma el sentido de la postulación y repercute en la resistencia prevista; porque en la eventualidad de ser los sujetos activos los que cambian el interés puede variar; etc. Por eso, y con el fin de evitar estas dificultades notorias en el ejercicio del derecho de defensa, la transformación de la demanda con libertad se limita hasta el momento en que sea notificada. Hasta aquí, la mudanza en la pretensión, o en la causa de pedir, o en las personas contra quienes la demanda se dirige, no tienen cortapisas especiales, aun cuando la innovación sea absoluta.

1548. CNFed. Civ. y Com., Sala II, "Córdoba, Héctor H. y otros c. Caja Nac. de Ahorro y Seguro (e.l.)", 25/09/2003, *DJ* 2004/04/07-890.

1549. Fairén Guillén, Víctor, *La transformación de la demanda en el proceso civil*, Santiago de Compostela, Porto, 1949, p. 73.

En consecuencia, una vez comunicada la pretensión, la demanda no puede alterar ninguno de sus componentes objetivos, sea por modificación de la base fáctica que la sustenta, sea por el objeto inmediato o mediato; sin importar que en el escrito de postulación se haya reservado el derecho de cambio, pues los derechos no se reservan, sino que se ejercitan.

Transformar es alterar el carácter o la condición anterior, mientras que cambio es canjear una pretensión por otra, en consecuencia, con las limitaciones indicadas ellas podrán o no realizarse.

337.1 El cambio de demandados

Analizada la oportunidad prevista para dar un giro en los componentes de la demanda sin alterar el derecho de defensa de la otra parte, parece lógico suponer que un cambio en el sujeto pasivo sería solo transformación de la demanda cuando ingresa otro legitimado, a la par del accionado inicial. En tanto que si fuese otro el demandado, no habría transformación propiamente, sino renuncia de la pretensión para deducir una nueva con efectos independientes. En el primer caso, es posible hablar de cambio o transformación; en el segundo solo existe cambio de la demanda.

Carlo Carli apuntaba que

> … una demanda se transforma cuando a pesar de la alteración de sus elementos esenciales o accesorios conserva los efectos materiales y procesales de la interposición de la demanda, mientras que el cambio de la demanda es la sustitución de una demanda por otra y en la generalidad de los casos implicaría el desistimiento de la anterior.[1550]

Otros, creen que siendo el concepto de parte un elemento esencial de la demanda, su cambio por la incorporación de una nueva (parte), sin salida de la originaria, o para actuar junto a la primera, también entraña una transformación de aquella. No habría diferencias profundas porque en rigor, la existencia de dos manifestaciones sucesivas de voluntad, desistimiento y presentación de una nueva demanda, no quiebra la pureza teórica del cambio o transformación, que aquí tam-

1550. Carli, Carlo, *La demanda civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1974, p. 108.

bién se da como para que la técnica procesal extienda ese supuesto al marco de la transformación.[1551]

Entendemos que tampoco sería un supuesto de modificación, porque el cambio del sujeto pasivo importa una atención diferente en el tema de la competencia, la proponibilidad objetiva y subjetiva, entre otros consecuentes directos de la elección del demandado.

De todos modos, si fuese incorporación de partes, es viable el criterio de Morello porque:

> ... el consentimiento expreso o tácito al cambio del demandado, el resguardo constitucional defensivo de la otra parte y el sistema preclusivo, hacen que, sin perjuicio de la flexibilidad razonable que le acuerden los jueces, en cada hipótesis en concreto el criterio de admisión sea estricto.[1552]

Recuérdese que cuando se agregan legitimados pasivos como demandados principales después de haberse sustanciado la demanda, ello solo es posible como intervención de terceros contra quienes existe una eventual acción de regreso; o con la integración de la litis con aquellos a quienes la sentencia podría alcanzar.

337.2 Modificación de la demanda

El problema aparece con el párrafo primero del artículo 331 del Código Procesal de la Nación cuando dice que "el actor podrá modificar la demanda antes que esta sea notificada".

Modificar supone un concepto restringido de *transformar*, porque en este se agrega la posibilidad del *cambio*. Es decir, no hay modificación cuando la demanda se altera totalmente en sus elementos, porque eso en realidad es un cambio. Por su parte, la transformación puede ser *cuantitativa* (ampliación o reducción del monto reclamado) o *cualitativa* (cuando incide en el objeto o causa de pedir).

La diferencia es importante, porque respetando la preceptiva procesal, tanto como los principios generales del proceso como el de eventualidad, preclusión y consumación de los actos, presentada una demanda el único vínculo que nace inmediatamente es con el juez,

1551. Morello, Mario Augusto; Sosa, Gualberto Lucas y Berizonce, Roberto Omar, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación, op. cit.*, T. IV-B, p. 81.

1552. Ibídem, p. 82.

quien asume el deber de proveimiento. Pero como la instancia (de instar) responde al interés de la parte –por vía de principio–, hasta que notifica la demanda puede transformar o cambiar sus propósitos. Es una decisión voluntaria que no tiene consecuencias procesales que graviten en relación al demandado.

338. Otras modificaciones en la demanda

En el curso del proceso pueden suscitarse modificaciones en las circunstancias que dieron vida a la demanda que, por su gravitación en el interés de las partes, deciden la suerte de algunos elementos que identifican la pretensión.

Con relación a los *sujetos*, puede tener lugar la simple sucesión de la parte (transmitiendo los derechos al sucesor) o por la incorporación de sujetos en calidad de demandados. El primero no es un supuesto de transformación porque no repercute en la pretensión, en cambio puede serlo en el restante.

La muerte de una de las partes obliga a sus herederos a continuar el proceso bajo apercibimiento de proseguirlo en ausencia y con los efectos de la rebeldía. En lo inmediato produce la suspensión del proceso, pero no su extinción, toda vez que el heredero no solo sucede en los bienes y deudas del causante, sino que continúa su persona y aunque hay un cambio físico, en realidad hay unidad jurídica, de manera que no se puede decir que la relación procesal haya sido alterada. En consecuencia, reintegrada la relación procesal con la intervención de los herederos, al ocupar estos el mismo lugar que el causante, los actos por ellos cumplidos quedan firmes y tendrá en adelante las mismas facultades y deberes que a aquel le correspondían.

La *sustitución de parte* trae como consecuencia para quien se presenta asumir adhesivamente la misma posición que ocupaba el litigante primitivo. Pero es preciso recordar que, en principio, es ineficaz la cesión de derechos litigiosos, sin la conformidad de la contraria, ya que trabada la relación jurídica procesal, ningún contradictor puede desprenderse de su calidad de parte sustituyendo contractualmente en otra persona su carácter procesal.

Como afirma Podetti,[1553] en la sucesión procesal a título singular, producida por la cesión de derechos litigiosos, si la conformidad del colitigante no se produce, el sucesor (cesionario) asume el carácter de coadyuvante y se verifica la hipótesis en la cual el cedente deja de defender en el proceso un interés propio, para en adelante sostener el de su cesionario, es decir un interés ajeno.

La modificación del objeto se vincula con la "cosa demandada", circunstancia que obliga a ponderar el *thema decidendum* inicial para evitar la manipulación inadecuada del objeto litigioso, con el riesgo de vulnerar el principio de congruencia y la garantía de defensa en juicio. Es un supuesto distinto de la ampliación de la demanda, que enseguida veremos, porque se trata de proteger el adecuado equilibrio entre la pretensión y la resistencia, y entre dichos controvertidos y razonabilidad de la sentencia.

Por ejemplo, si el demandante pretende, luego de trabada la litis en el juicio de consignación, dar en pago arrendamientos que pertenecen a períodos anteriores a la fecha de incoar la demanda, tal actitud no traduce una "ampliación" de esta, sino una indudable modificación que importa variar la *causa petendi*; lo que se hace más evidente si se tiene en cuenta que la contraparte fundamenta el pedido de rechazo de la acción en la falta de pago con el requisito de integralidad del mismo.[1554]

Con la modificación de la pretensión se distingue en que, mientras en el caso anterior el objeto se mantiene pero varía el petitorio, en esta ocasión cambia el hecho constitutivo que califica lo pedido y el encuadre con la relación jurídica que se invoca.

Señala Véscovi que el criterio general admitido es que no pueden modificarse los hechos formativos de la relación procesal, estos son, los relevantes. Es decir que se distingue el hecho jurídico de los hechos simples que se invocan para justificarlos (*v. gr.* indicada como fundada una causal para divorciarse –adulterio– el juez no se puede apartar de ese marco, aun cuando se introduzca otra motivación luego de contestada la demanda).[1555]

1553. Podetti, José Ramiro, *Tratado de la tercería*, Buenos Aires, Ediar, 2004, p. 443.

1554. Morello, Mario Augusto; Sosa, Gualberto Lucas y Berizonce, Roberto Omar, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación, op. cit.*, T. IV-B, p. 89.

1555. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. IV, p. 93.

La regla sería que se pueden agregar nuevos hechos, relativos a la misma actuación jurídica, pero no diversos que suponen la modificación de la demanda.

Otros supuestos de modificación se dan en la *corrección de errores materiales*, sin que tenga para ello obstáculos el actor que aún no notificó su demanda. El podrá introducir enmiendas o aclaraciones en el error incurrido en esas condiciones. Esta modalidad no resulta posible una vez comunicada la acción, pero ello debe entenderse como aplicable cuando lo alterado en la demanda incoada pueda resentir las posibilidades de defensa y contestación a la demanda; mas no, en tanto se indique su disposición para resguardar un aspecto formal, o un probable perjuicio, cuando del análisis del caso no resulte derecho que se resienta ni lesión que se produzca.

En este sentido, es viable enmendar la petición, aunque se haya notificado la demanda, cuando el acto se dirige a subsanar un error material con el objeto de que el juicio prosiga contra quien resulta verdadero legitimado.

339. Ampliación de la demanda

Más que la demanda en sí misma, lo que se puede ampliar es la pretensión cuando la cuantía peticionada se debe incrementar por el vencimiento sucesivo de nuevos plazos o cuotas de la misma obligación reclamada (*v. gr.* arriendos en un contrato de locación). También se puede ampliar cuando aparecen *hechos nuevos* que inciden directamente sobre lo pedido al comienzo.

En el primer caso nos encontramos con una apertura cuantitativa que modifica el monto peticionado. En el restante, la variación está en los hechos calificativos de la pretensión.

Podría interpretarse, que la ampliación de la demanda se da solo en ambos supuestos; sin embargo, la ampliación es una especie de la transformación que, en la diversidad de expresiones como se muestra, permite observar que existen ampliaciones tanto cuando se aumenta o recorta la cuantía reclamada, como cuando se ingresan otras peticiones a las solicitadas liminarmente; como, asimismo,

cuando se incrementan los objetos procesales con temas que podrían dar cabida a procesos distintos.[1556]

La ampliación, genéricamente entendida, responde a la conveniencia de concentrar actos procesales que propicien la plena vigencia del principio de economía; por ello, en algunos casos, se consideran comunes a la ampliación los trámites que la hayan precedido, sustanciando los nuevos, únicamente, con un traslado a la otra parte.

La transformación de la demanda por ampliación puede darse en los siguientes casos:

a. *Con la acumulación inicial de pretensiones*, en las características que explicamos más adelante.
b. *Ampliando la cuantía o reduciendo el monto pedido inicialmente* (transformación cuantitativa), sin que ello signifique ir contra el principio de preclusión y consumación de los actos procesales, dado que no influye en el derecho de fondo que cada litigante sustenta en su posición jurídica.
c. *Con la aparición de hechos nuevos* posteriores a la contestación de la demanda o reconvención que llegaren a conocimiento de las partes. Alegar un hecho nuevo significa incorporar al proceso nuevos datos fácticos que, sin alterar ninguno de los elementos constitutivos de la pretensión, tiende a confirmar, complementar o desvirtuar su causa. De allí que el hecho o hechos nuevos invocados ante la alzada (al fundar el recurso de apelación), aparte de que deben relacionarse con la cuestión controvertida y ser conducentes, en ningún caso puede causar el cambio de la pretensión, o dar pie para formar otra distinta, pues ello significaría conferir a la segunda instancia el carácter de un nuevo juicio, modalidad que es ajena a nuestra legislación.

339.1 Acumulación de pretensiones en la demanda

Acumular pretensiones significa introducir simultáneamente en una sola demanda varias peticiones (objetos o finalidades) contra uno o varios demandados.

1556. Ramos Méndez, Francisco, *Derecho Procesal Civil*, Barcelona, Bosch, 4° ed., T. I, p. 444.

Palacio explica que puede ser *originaria* o *sucesiva*, según la proposición se realice desde el comienzo del proceso o, durante su transcurso. En este último caso hay que distinguir la *acumulación por inserción*, que se opera cuando la pretensión se incorpora a un litigio pendiente para satisfacer otra, de la *acumulación por reunión*, que tiene lugar cuando, existiendo diversas pretensiones que se han instaurado en distintos procesos, estos se funden en uno solo.[1557]

La *acumulación originaria* se encuentra prevista en el artículo 87 del Código Procesal de la Nación en estos términos:

> Antes de la notificación de la demanda, el actor podrá acumular todas las acciones que tuviese contra una misma parte, siempre que: 1. No sean contrarias entre sí, de modo que por la elección de una quede excluida la otra; 2. Correspondan a la competencia del mismo juez; 3. Puedan sustanciarse por los mismos trámites.

Los fundamentos que legitiman esta acumulación objetiva consisten en garantizar la vigencia del principio de economía procesal, posibilitando que se resuelvan en un solo proceso diversas cuestiones, permitiendo la concentración para una mejor prestación de la función jurisdiccional. La reunión en un solo proceso de distintas pretensiones (no de acciones como nomina el Código) es facultativa y reconoce otras factibilidades.

El proceso común y simultáneo puede sustanciarse entre varios actores (litisconsorcio activo) y varios demandados (litisconsorcio pasivo), en cuyo caso la acumulación pierde su carácter objetivo para ser subjetivo.

A su vez, la acumulación puede ser producto de una necesidad subjetiva para dar regularidad al trámite e integración con todos los legitimados, hablándose entonces del *litisconsorcio necesario*. En estos casos, la pretensión es única y los sujetos pasivos son varios. No interesa la relación material que vincula a las partes sino la conexidad que determina la pretensión respecto a todos los demandados. La sentencia los afectará por igual.

En este terreno también se muestra a la intervención de terceros, como un aspecto de la *acumulación subjetiva*.

Finalmente, la *acumulación por reunión* sostiene la presencia de varios procesos que tramitando separadamente se vinculan para posibi-

1557. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. IV, p. 448.

litar el dictado de una sola y única sentencia. Como se aprecia, siendo un supuesto de acumulación, la finalidad es otra y se basa en razones de seguridad jurídica tendientes a evitar la hipótesis de sentencias contradictorias y el consiguiente escándalo jurídico.

339.2 El proceso acumulativo impropio

El proceso así formado suele denominarse "acumulativo"[1558] revistiendo las características siguientes: el actor puede (es decir que constituye presupuesto la instancia de parte) formular sucesivamente, antes de notificar la demanda, diversas pretensiones contra el demandado, con el único requisito de ser compatible entre ellas (*v. gr.* disolución de la sociedad de hecho, liquidación, rendición de cuentas y cobro de pesos). Este recaudo atiende una cuestión material y otra de orden procesal. La primera se refiere a la conveniencia de incoar pretensiones contra una misma persona evitando el desgaste jurisdiccional en tantos procesos como intereses se persigan. La compatibilidad material no guarda vínculo con la conexidad entre los objetos, sino, tan solo, en la subsistencia independiente sin que entre ellas se repelan. Asimismo, pueden las pretensiones complementarse, o ser subsidiarias o condicionales (*v. gr.* cumplimiento y/o resolución de contrato con daños y perjuicios).

Por su parte, la compatibilidad procesal exige la unidad en la competencia, es decir, que el juez interviniente pueda conocer en todas y cada una de las pretensiones acumuladas. El trámite procedimental que corresponde asignar a cada pretensión debe ser el mismo porque de lo contrario no existe la posibilidad del proceso único y simultáneo.

Ahora bien, si no se dan estos supuestos, el criterio que impera es el principio de prevención para la competencia y el dispositivo para la parte, de manera que interviene el juez que intervino primero, y el trámite se ordena a petición del interesado.

339.3 La acumulación subjetiva impropia

Dice el artículo 88 del Código Procesal de la Nación que "... podrán varias partes demandar o ser demandadas en un mismo proceso

1558. Teitelbaum, Jaime, *El proceso acumulativo civil*, Montevideo, Fernández, 1973, p. 127 y ss.

cuando las acciones sean conexas por el título, o por el objeto, o por ambos elementos a la vez".

Este punto reconoce una larga discusión doctrinaria que pone las opiniones en interpretaciones opuestas. Por un lado, Alsina sostiene que "... la denominada acumulación subjetiva impropia tiene como presupuesto la existencia de varias relaciones jurídicas sustanciales con elementos comunes a los distintos sujetos, derivando una conexidad jurídica entre las distintas pretensiones".[1559]

En cambio Palacio la observa como un supuesto de intervención de terceros –adhesiva litisconsorcial– prevista en el artículo 90, inciso 2 del Código Procesal.[1560]

Toda esta problemática contrae implicancias con el régimen jurídico de la solidaridad de las obligaciones; que impacta asimismo en el *litisconsorcio cuasi necesario* o eventualmente *necesario*.[1561]

En la práctica, la incorporación de un nuevo sujeto a la relación procesal una vez trabada la litis importa un cambio de demanda y, por ende, solo resulta admisible cuando la misma no hubiese sido notificada. Es una facultad de actor que depende exclusivamente de su voluntad, él puede elegir entre hacer varios procesos, o entablar la demanda contra varios legitimados pasivos con intereses simultáneos, independientes o comunes. Pero, tratándose de un litisconsorcio facultativo, no puede el demandado quebrantar el principio de libertad que tiene el actor para demandar a quien estime conveniente.

En esta modalidad, los sujetos que integran el litisconsorcio mantienen autonomía, de modo tal que deben ser considerados en sus relaciones con la contraparte como litigantes distintos y los actos de uno no perjudican a los demás.

No obstante, si bien es cierto que los recursos interpuestos solo benefician a quienes los opusieron, tal postulado admite excepciones que se vinculan con el tenor de las defensas introducidas en los agravios. De tal modo, si estas contienen fundamentos de carácter general o comunes, porque atañen a la esencia de la relación jurídica, y fueron

1559. Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, op. cit.*, T. III, p. 546.

1560. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. I, p. 454.

1561. Carreras del Rincón, Juan, *La solidaridad de las obligaciones desde una óptica procesal*, Barcelona, Bosch, 1990, p. 15.

estimadas en el fallo de la alzada, los efectos de la revocatoria del fallo de primera instancia afectan a un extremo en que se halla interesado un codeudor que no ha apelado la sentencia, repercutiendo el éxito del litisconsorte recurrente sobre el inactivo.[1562]

339.4 Transformación cuantitativa

La demanda iniciada puede ampliarse cuantitativamente siempre que la relación jurídica (obligación) que motiva el reclamo adicional sea la misma, y por ella, hubieran vencido nuevos plazos o cuotas posteriores a la promoción del juicio y anteriores a la sentencia.

La transformación en realidad es un aumento del monto reclamado que exige identidad de la causa obligacional, e impone límites temporales para su petición. Así, mientras la movilidad del objeto pretendido se verifica en todo tiempo anterior a la notificación de la demanda, la ampliación de las sumas reclamadas está pensada para supuestos posteriores a la comunicación y anteriores al llamado de autos para dictar sentencia.

Como se observó anteriormente, las actuaciones cumplidas hasta la ampliación no se reproducen, de manera que el traslado de la nueva pretensión no permite al demandado negar la obligación que pudo reconocer con anterioridad, pues solo debe referirse al reconocimiento del monto aumentado.

En el juicio ejecutivo se sigue el mismo temperamento. Dice el artículo 540 del CPCCN que

> Cuando durante el juicio ejecutivo y antes de pronunciarse la sentencia, venciere algún nuevo plazo de la obligación en cuya virtud se procede, a pedido del actor podrá ampliarse la ejecución por su importe, sin que el procedimiento retrotraiga, y considerándose comunes a la ampliación los trámites que la hayan precedido. En cada caso de ampliación deber cumplirse con la intimación de pago.

Supuesto distinto de transformación de la demanda por el monto se da cuando el actor reduce o limita, una vez notificada la pretensión, la cuantía de su reclamo. En estos casos conviene relacionar el hecho

1562. CNCiv., Sala A, "Sosa, José R. c. Estacionamiento Ayacucho 1132 SRL", 07/08/1996, *LL* 1998-D-918, *J. Agrup.*, caso 12.945.

que precede la conducta para deducir la consecuencia pertinente. Por ejemplo, si el demandado admite hasta cierto límite el monto del reclamo por estimar que en el exceso promedia "pluspetición inexcusable", la reducción que hipotéticamente hiciera el actor conlleva el desistimiento parcial de la acción que requiere del consentimiento del oponente y la probable sanción en costas. Otras veces, puede quedar en los supuestos de desistimiento con las consecuencias que el acto importa.

340. Hechos nuevos

La dinámica de los hechos, la intensidad en los cambios de la vida social, imponen transformaciones permanentes que demuestran, de alguna manera, la inconveniencia de marcar a los hechos expuestos en la demanda, un tiempo preclusivo y de imposible regreso. Es obvio que los hechos constitutivos de una relación procesal se nutren de acontecimientos que, si bien se relacionan como un hilo conductor, son permeables a las mutaciones que les incide la vida misma y, como tales, pueden trascender en las situaciones conducentes para la solución del conflicto.

Sin embargo, la inclusión de esas novedosas manifestaciones de la realidad no pueden llevarse al proceso en cualquier tiempo, porque en nuestro sistema procesal rige el principio de preclusión que supone recorrer etapas determinadas que avanzan el procedimiento sin dar posibilidad de retorno.[1563]

Excepcionalmente, entonces, pueden ingresar a la causa hechos nuevos, siempre que ellos reúnan las condiciones necesarias para integrar el proceso aportando un elemento más en la conducción hacia la verdad. Esta incorporación, según reza el artículo 365 del Código Procesal de la Nación, las partes "… podrán alegarlo hasta cinco días después de notificada la audiencia prevista en el artículo 360 del presente Código, acompañando la prueba documental y ofreciendo las demás de las que intenten valerse".

1563. El principio opuesto se llama "unidad de vista", por el cual se quiere patentizar que, aun cuando el procedimiento da lugar a varias audiencias, todas ellas constituyen una unidad, porque el objeto principal es formar la convicción del juez cualquiera sea el momento en que las partes aporten el material del conocimiento (Defeo, Raúl Celestino, "El hecho nuevo en primera y segunda instancia en el nuevo código procesal", *JUS. Revista jurídica de la provincia de Buenos Aires*, N 13-14, p. 306).

Además, el hecho nuevo debe vincularse estrechamente con los términos en que el proceso se ha planteado; de otro modo, se alteraría la *litiscontestatio*, sin perjuicio de tolerar con su admisión una burda maniobra de temeridad y malicia procesal. Por ello, en el escrito donde se denuncia el hecho nuevo, han de mencionarse circunstanciadamente las características fácticas que establecen su nexo con las situaciones que discute el proceso.

Empero, se ha observado que es posible introducir como hechos nuevos, hechos simples o motivos que interesan a la litis:

> … en tanto puedan servir para probar o contradecir la "afirmación de la existencia de la relación jurídica", el "hecho particular que en el ámbito de dicha relación jurídica hace nacer el derecho particular hecho valer", o "la afirmación de la existencia del hecho del que nace el interés en obrar".[1564]

Deducida la novedad, se debe dar traslado a la otra parte, quien podrá o no cuestionar la admisibilidad de la invocación. En el supuesto, caben esperar estas posibilidades a) Si la controversia radica en la calidad del hecho, esto es, que no reúne las características de conducentes, vinculados y para integrar la pretensión, habrá que esperar la audiencia preliminar del artículo 360 del código procesal para que el juez resuelva; b) si la resistencia atiende la oportunidad de alegación, caben iguales conclusiones; c) en cambio si fuera negada la existencia misma del hecho, o la "novedad" de su conocimiento, la cuestión pasa a ser controvertida, y como tal, objeto de prueba.

La articulación de un hecho nuevo en la alzada requiere la relación directa con la cuestión que se ventila; lo que implica que debe ser debidamente concretado, explicando la vinculación que guarda con las pretensiones alegadas en los escritos constitutivos del proceso, y ha de ser útil como factor de solución y susceptible de influir sobre el derecho invocado por las partes.

Es corriente y unívoca la jurisprudencia al señalar que la admisibilidad de un hecho nuevo en la Alzada se encuentra condicionado a que su acaecimiento sea posterior a la oportunidad prevista en el artículo 365, o que haya sido rechazado indebidamente en la instancia anterior, al tiempo que debe relacionarse íntimamente con las cuestiones debatidas.

1564. Kielmanovich, Jorge, "Hechos nuevos (a propósito del art. 365 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)", *LL* 1987-D-878.

Ahora bien, no obstante que con la alegación de un hecho nuevo se incorporan al proceso otros datos fácticos, a través de los mismos no puede alterarse ninguno de los elementos constitutivos de la pretensión, pues simplemente tienden a confirmar, complementar o desvirtuar su causa.

De allí que, en ningún caso pueden constituir la transformación de la pretensión, ni mucho menos la interposición de una pretensión o defensa nueva, desde que solo debe referirse a un nuevo elemento de juicio relativo a la cuestión o cuestiones sobre las que se trabara la litis, ya que no es posible variar los términos de la relación procesal. Lo contrario significaría conferir a la segunda instancia el carácter de un nuevo juicio, modalidad que es ajena a nuestra legislación.

Por lo tanto, hechos nuevos no son ni suponen causas nuevas que modifiquen o transformen la relación jurídica procesal. Si el hecho nuevo no se admite, la decisión judicial es apelable con efecto diferido; mientras que la recepción es inapelable (artículo 366, CPCC).

Conviene particularizar, asimismo, otras situaciones que movilizadas por la praxis contraen ciertas ambigüedades en su interpretación.

Como hemos dicho, la alegación de un hecho nuevo significa incorporación de nuevos datos fácticos que, sin alterar ninguno de los elementos constitutivos de la pretensión, tienden a confirmar, complementar o desvirtuar su causa. De allí que, por ejemplo, no podrán invocarse como hechos recientes la aparición de prueba documental, máxime si esta pudiere estar atrapada en las condiciones de material conocido pero no a disposición de la parte. De todos modos, interesa recordar que, conforme preceptúa el artículo 335 del código ritual, no existen condiciones temporales para agregar documentos posteriores o desconocidos.

Tampoco es un hecho nuevo el dictado de un fallo judicial que modifique la jurisprudencia que funda de la pretensión; en cambio, se ha resuelto que si de las declaraciones de los testigos surgen hechos nuevos corresponde admitirlos eventualmente como tales y tener por recibida la pertinente prueba, e igualmente dar oportunidad a la contraparte para producir la de descargo.[1565]

1565. CNCiv., Sala D, octubre 10/969, *ED* 31-264.

341. Demanda interruptiva de la prescripción

El Código Civil y Comercial concibe la presentación de demandas al único efecto de interrumpir la prescripción. El artículo 2546 dice:

> *Interrupción por petición judicial.* El curso de la prescripción se interrumpe por toda petición del titular del derecho ante autoridad judicial que traduce la intención de no abandonarlo, contra el poseedor, su representante en la posesión, o el deudor, aunque sea defectuosa, realizada por persona incapaz, ante tribunal incompetente, o en el plazo de gracia previsto en el ordenamiento procesal aplicable.

En la jurisprudencia se ha dicho que la demanda se puede deducir antes del vencimiento del plazo de la prescripción al solo efecto de interrumpir esta aun con defectos u omisiones, y puede ampliarse antes de la notificación. Pero, la presentación espontánea del accionado contestándola no importa un cercenamiento de la facultad de ampliarla que otorga el artículo 331 del Código Procesal, pues de otra forma se afectaría injustificadamente el derecho de defensa de la accionante, quien –en el caso– explícitamente puso de manifiesto la sola finalidad de interrumpir la prescripción, con la reserva de ampliarla.[1566]

Criterio que se repite al decir que la presentación espontánea del accionado contestando demanda no importa un cercenamiento a la facultad de ampliar la demanda reconocida por el artículo 331 del Código Procesal, pues esta no está limitada a los supuestos de vencimiento de nuevos plazos o cuotas de la misma obligación o de hechos nuevos, en tanto se trata de un acto procesal unitario que sobre la base de conservar inmutables alguno o algunos elementos esenciales de la anterior, transforma otro u otros.[1567]

342. Demanda y contestación conjunta

Con la demanda y contestación conjunta se persigue simplificar el trámite de emplazamiento y comunicación propiciando un mecanismo, comúnmente llamado demanda bilateral, por el cual actor

1566. CNCiv., Sala C, "Miranda, Rubén F. c. Lobato, Rafael", 27/06/1996, *LL* 1996-E-676.
1567. CNFed. Civ. y Com., Sala I, "Ava Enterprises Inc. c. Empremac SA s/ cese de uso de marca", 18/04/2000, *ED* 190-145.

y accionado, de mutuo acuerdo, presentan simultáneamente al juez la pretensión y su resistencia, ofreciendo toda la prueba en ese acto.

Este régimen especial (en realidad de escasa utilidad en la práctica aun cuando se reconocen sus bondades por la concentración y rapidez de los procedimientos) cuenta con numerosos antecedentes en proyectos procesales reformadores como los de Jofre y Lascano; en el código italiano de 1940 (artículo 415 –Proposición bilateral de la demanda–) y fue incorporado en nuestra legislación adjetiva por la Ley N° 17454 que en su exposición de motivos explicaba:

> Sin perjuicio de reproducir, en lo esencial, las disposiciones del código vigente en cuanto a la forma de la demanda y a la agregación de la prueba instrumental, se ha previsto la posibilidad de que el demandante y el demandado, de común acuerdo, presenten la demanda y su contestación conjuntamente, en un solo escrito, ofreciendo al mismo tiempo toda la prueba. La ventaja de este sistema consiste en que el trámite resulta visiblemente simplificado en la medida en que se suprimen traslados, notificaciones y otras providencias y se otorga carácter preferencial a la fijación de las audiencias de prueba. Sólo quedan excluidas de este régimen las acciones fundadas en el derecho de familia (artículo 336).

La característica de este procedimiento, de marcada preocupación hacia el principio dispositivo, concita empero una contradicción en sus ideales. El carácter contractualista que asume difumina la condición pública del proceso; permite de alguna manera la composición alterada de las reglas del contradictorio dando pie a supuestos de litigios simulados o fraudulentos; planifica el ámbito de la controversia limitando la dirección procesal del juez; priva de libre manifestación a la voluntad de las partes, y, en fin, procura llegar a ventajas receptadas mínimanente por la actitud abogadil, desde que la experiencia demuestra un rechazo implícito a las formas dispuestas que ha convertido al instituto en letra muerta.

De todos modos, las reservas encontradas no agravian la finalidad pensada, porque siempre resta el ejercicio activo de las facultades jurisdiccionales en orden al saneamiento e instrucción procesal.

En el Código Procesal la posibilidad se establece en el actual artículo 336 que dice:

> El demandante y el demandado, de común acuerdo, podrán presentar al juez la demanda y contestación en la forma prevista en los artículos 330

> y 356, ofreciendo la prueba en el mismo escrito. El juez, sin otro trámite, dictará la providencia de autos si la causa fuere de puro derecho. Si hubiese hechos controvertidos, recibirá la causa a prueba y fijará la audiencia preliminar prevista en el artículo 360.

Bajo este régimen se constata su procedencia solamente en procesos controvertidos, no amparando presentaciones que no sean de este carácter. Precisamente por ello, no es clara la fundamentación que pudo llevar a excluir de la norma a las acciones fundadas en el derecho de familia. Por otra parte, el sistema del divorcio por presentación conjunta, de larga y útil expresión judicial, demostraría la conveniencia de aligerar o suprimir la exclusión dispuesta.

Actualmente es un modelo previsto en el artículo 437 del CCyC dentro del régimen del proceso de divorcio (arts. 436 a 438 del código citado).

En síntesis, para que sea viable el supuesto contemplado, es menester la existencia de una cuestión litigiosa. Por ello, cuando esa controversia no se exterioriza, no corresponde homologar la presentación, sino el "rechazo *in limine*".[1568]

1568. El art. 336 que prevé la demanda y contestación conjuntas, no contempla la diferente figura de la demanda y el allanamiento que, al ser una rendición ante la pretensión del actor, excluye *ab initio* todo conflicto a dilucidar. En tal caso al no existir función jurisdiccional por ejercer, cabe desestimar *in limine* el pedido de homologación judicial de lo acordado por las partes. Ello así, toda vez que implicaría agregarle al acuerdo extrajudicial una suerte de plus jurisdiccional, al margen de todo orden legal procesal (CNCom., Sala D, "Max Juda Creaciones S.A. c. Abitbould, David", 13/12/1993, *ED* 164-317).

Capítulo XLIII
Contestación de la demanda

343. La contestación de la demanda ¿carga o facultad?

La demanda se debe notificar por cédula en el domicilio real del demandado. Con ello se pretende cumplir con el artículo 18 de la Constitución Nacional, e implica respeto y subordinación a las garantías del debido proceso legal y al derecho de defensa en juicio. Además, conlleva a que el juez, en los procesos contradictorios, deba velar por el derecho de oír a la parte contraria a quien se dirige la pretensión; principio sintetizado en el famoso brocárdico latino: *audiatur et altera pars* (óigase a la otra parte).

La exigencia es ofrecer la oportunidad de escuchar a la contraparte, por lo que no constituye una carga sino dejar en el demandado la facultad de comparecer. Inclusive puede hacerlo sin defenderse, como sucede cuando se presenta al solo y único efecto de constituir un domicilio procesal que impida la continuidad del proceso en rebeldía o bajo los efectos de la incomparecencia. Si resuelve contestar, las actitudes se pueden resumir en tres opciones: a) *se allana* voluntariamente a la pretensión, sin contradecir; b) *niega* todos y cada uno de los hechos, sin más; y c) *niega* los hechos y ofrece su propia versión.

Con el traslado de la demanda (principio de sustanciación) y con la notificación de ella, con todas las formalidades estipuladas expresamente por la ley bajo sanción de nulidad, se resguarda la bilateralidad y se fomenta el derecho a la contradicción. Pero la importancia que tiene se representa en la exigibilidad que cualquier acto procesal que pueda contener una afectación de los derechos de la contraparte, aunque sea ínfima, pueda ser debatido por el afectado.

344. Reglas de la contestación a la demanda

En el sistema escrito la demanda se contesta por igual medio y conforme a exigencias solemnes del principio de legalidad formal,

que significa seguir un esquema de negaciones absolutas (con el fin de establecer el ámbito de la controversia) y relativas (que dependen del tipo de hechos negados), las que a su vez, deben ser expresas porque no hay negaciones implícitas. Con la contestación se podrá o no ofrecer una versión distinta de los hechos, en cuyo caso tendrán que probarse por quien los afirma.

En otros sistemas, como el inglés (*common law*) la comparecencia a juicio depende del tipo de pretensiones. En el caso de ejecuciones, la ausencia ante el magistrado supone el juicio en rebeldía. Si el derecho (*writ*) que se peticiona es por una suma líquida, de inmediato se ejecuta; si lo es por daños, se calcula enseguida y se manda continuar con la ejecución. El juez tiene poderes muy amplios e incontrovertibles; las solemnidades están despojadas de formalismos porque el litigio se forma como un acto de caballeros, dicho en términos continentales, como si fuera en base a reglas de lealtad y buena fe, donde la mentira se castiga.

Los escritos memorias de las pretensiones, sus argumentos y medios de prueba suelen ser breves y concisos, y la evidencia se toma de las actuaciones, no de los relatos. La denominada "primera demanda" concreta la pretensión y explica la violación al derecho sufrida; en caso de rescisión de contrato se debe probar, además, la causa de la rescisión. La demanda se entrega al demandado quien cuenta con catorce días para contestarla. La defensa debe referirse a cada hecho mencionado especificando sus negativas, admisiones o reconocimientos. Si quiere formular contrademanda debe seguir los pasos anteriores. Tras ello se suscita una audiencia de finalidades múltiples, que frustrada provoca recién la réplica a la demanda. Cuando no hay contestación a la demanda la réplica normalmente consiste en un resumen llamado *traverse* en la que el actor deniega los posibles alegatos del demandado.

En nuestro país, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación tiene en el artículo 356, inciso 1, las reglas que formalizan los pasos de la contestación. La norma dice:

> En la contestación opondrá el demandado todas las excepciones o defensas de que intente valerse. Deberá, además:
>
> 1. Reconocer o negar categóricamente cada uno de los hechos expuestos en la demanda, la autenticidad de los documentos acompañados que se le atribuyeren y la recepción de las cartas y telegramas a él dirigidos cuyas copias se acompañen. Su silencio, sus respuestas

evasivas, o la negativa meramente general podrán estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos a que se refieran. En cuanto a los documentos se los tendrá por reconocidos o recibidos, según el caso.

No estarán sujetos al cumplimiento de la carga mencionada en el párrafo precedente, el Defensor oficial y el demandado que interviniere en el proceso como sucesor a título universal de quien participó en los hechos o suscribió los documentos o recibió las cartas o telegramas, quienes podrán reservar su respuesta definitiva para después de producida la prueba.

2. Especificar con claridad los hechos que alegare como fundamento de su defensa.
3. Observar, en lo aplicable, los requisitos prescritos en el artículo 330.

344.1 Reconocer o negar

Una de las posibilidades que tiene el demandado al contestar la demanda es reconocer expresamente el derecho que la pretensión reclama, en cuyo caso se podrá allanar, presentarse sin debatir, o simplemente, dar al escrito de comparecimiento la formalidad necesaria para tener un domicilio legal constituido y convertirse en parte.

Otra alternativa es asumir el carácter de oponente, y enfrentar las afirmaciones del actor ofreciendo una versión propia de los hechos; o simplemente negar que ellos hayan ocurrido como se relatan, o desconocerlos sin agregados ni complementos. En estos casos importa definir claramente las nociones de afirmación y controversia, pues sobre ellos gira el problema de la congruencia y, en cuanto aquí interesa, a las cuestiones que se proyectan desde el acto procesal de contestar la demanda.

Recuérdese que la carga impuesta al demandado en el artículo 356, inciso 1, posee carácter fundamental, pues ella precisa el contorno litigioso, determina los puntos que habrán de ser objeto de prueba, y delimita el *thema decidendum* sobre el cual girará la sentencia. Las afirmaciones generalmente están atrapadas dentro de los hechos alegados (constitutivos, modificativos, impeditivos o extintivos), conformando lo que se conoce como "posiciones".

A su vez, ellos comprometen una doble actividad: la del juez, que deberá considerarlos al tiempo de dictar sentencia y la de la parte

que deberá probarlos. Sin embargo, para uno y otro, este hecho puede escaparse de los mencionados compromisos.

En efecto, el juez no está obligado a considerar cada una de las afirmaciones para resolver sobre el *thema decidendum*. Mientras que para las partes, un hecho puede no tener necesidad de prueba por diferentes actitudes.

Según Carnelutti "… la afirmación de un hecho ya afirmado por la contraparte se llama *admisión*, cuya noción, por tanto, se concreta en estos términos: posición como presupuesto de la demanda, de un hecho ya presupuesto en la demanda contraria".[1569]

La admisión expresa representa siempre una causa de exención probatoria, pues no resulta necesario probar lo que el adversario dice en idéntico sentido; mientras que la admisión tácita es relevante por los efectos que al silencio se le otorgan.

La admisión puede ser *simple* y *calificada*. De la primera especie son los actos que aceptan lisa y llanamente el hecho afirmado por la otra parte; y es *calificada* cuando se acepta ese hecho, pero introduciendo en él aclaraciones y explicaciones o atribuyéndoles una configuración jurídica diferente; por ejemplo, frente a la aseveración del demandante que entregó una suma de dinero en préstamo, el accionado puede decir: "es cierto que recibí el dinero, pero no en calidad de préstamo, sino de donación".

La admisión simple y expresa torna innecesaria la prueba respecto a los hechos involucrados; en cambio, la admisión calificada obliga a verificar la versión que se introduce, por constituir un hecho modificativo.

Por otra parte, el hecho admitido consuma dos consecuencias inmediatas: una obliga al juez a tener presente la afirmación bilateral al tiempo de sentenciar; otra, a tenerlo por suficientemente acreditado y sin necesidad de abono alguno.

La *admisión tácita* tiene otras dificultades intrínsecas que provienen del efecto jurídico que al silencio se le asigne.

Otras veces se refiere a *hechos reconocidos*, como aquellos que menciona el artículo 356, inciso 1, cuando quien contesta la demanda no niega concretamente todos y cada uno de los hechos afirmados en la demanda. En este aspecto, la negativa puramente genérica no es apta para ser teni-

1569. Carnelutti, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil*, México, Cárdenas, T. III, 1986, p. 26.

da en cuenta; como hemos dicho anteriormente hay un ritual de formalismos que se deben cumplimentar, los que de ser omitidos, acuerdan al juzgador una facultad que permite tener por reconocidos los hechos pertinentes y lícitos vertidos en la demanda ante el silencio del demandado, sus respuestas evasivas o la negativa meramente genérica.

De todos modos, el reconocimiento no es propio de los hechos, sino del derecho, por eso aquel se vincula a una decisión voluntaria que permite afianzar efectos más severos que la simple admisión. En consecuencia, aun cuando no resulte necesario que el demandado exponga pormenorizada y definitivamente su defensa, ya que nada exige que al tiempo de plantear la nulidad conteste la demanda, sí debe expresar, al menos liminarmente, las defensas que tendría contra su demandante.

344.2 Negativa categórica de cada uno de los hechos

La negación de los hechos debe ser categórica, esto es, sin dubitaciones; acepta los hechos o no, y en tal caso, debe puntualizar cada uno. Por eso, el responde se debe concretar circunstancia por circunstancia, punto a punto. La omisión es fatal, aunque no decisiva.

Las negativas categóricas y circunstanciadas son un requisito solemne, pues la comodidad del demandado podría engendrar el entorpecimiento del proceso lógico que precede a la sentencia, ya que la respuesta vaga o ambigua pone de manifiesto un artificio defensivo. Los hechos que se deben contestar o negar son los afirmados, es decir, los que alega el actor como sucedidos, porque los que se omiten no están en el marco de las obligaciones a responder, sino en los hechos que dispone el demandado para introducirlos.

Es preciso aclarar que los hechos personales del accionado son los únicos que se deben aceptar o desconocer, porque los que se encuentran sugeridos en la demanda como ocurridos respecto al actor no son pasibles de reconocimiento en la medida que se pueden ignorar. En este caso, corresponde no callar dicha circunstancia, sino dejar constancia de la omisión por la causa que corresponda.

En este tramo, el recaudo del artículo 356, inciso 1, citado, no establece consecuencia alguna por el defecto en la contestación; recién con el párrafo siguiente se advierte que se constituye una presunción simple, derivada de ese déficit, pero que no es bastante para acordar la

razón al actor. Por tanto, la falta de contestación de la demanda debe corroborarse por la prueba producida por el actor.

344.3 Autenticidad de documentos y cartas misivas

Así como se impone la carga de reconocer o negar los hechos alegados, también así debe proceder el demandado respecto a los documentos cuya autenticidad se plantea, y de las cartas misivas que se dicen por él recepcionadas.

En el primer caso estamos frente al reconocimiento de firmas en instrumentos donde el accionado haya tenido intervención, pero no de aquellos que emanen del actor o de terceros. El artículo 314 del CCyC dice:

> *Reconocimiento de la firma.* Todo aquel contra quien se presente un instrumento cuya firma se le atribuye debe manifestar si esta le pertenece. Los herederos pueden limitarse a manifestar que ignoran si la firma es o no de su causante. La autenticidad de la firma puede probarse por cualquier medio.
>
> El reconocimiento de la firma importa el reconocimiento del cuerpo del instrumento privado. El instrumento privado reconocido, o declarado auténtico por sentencia, o cuya firma está certificada por escribano, no puede ser impugnado por quienes lo hayan reconocido, excepto por vicios en el acto del reconocimiento. La prueba resultante es indivisible. El documento signado con la impresión digital vale como principio de prueba por escrito y puede ser impugnado en su contenido.

En el caso de cartas misivas dirigidas a terceros, no hay propiamente reconocimiento, pero puede existir admisión. El artículo 318 del CCyC establece respecto a la correspondencia epistolar o por cualquier otro medio empleado para crearla o transmitirla, que puede presentarse como prueba por el destinatario, pero la que es confidencial no puede ser utilizada sin consentimiento del remitente. Los terceros no pueden valerse de la correspondencia sin asentimiento del destinatario, y del remitente si es confidencial.

Por eso el valor probatorio se establece en el artículo 319 con el texto siguiente:

> El valor probatorio de los instrumentos particulares debe ser apreciado por el juez ponderando, entre otras pautas, la congruencia entre lo

sucedido y narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen.

En líneas generales hay que distinguir entre autenticidad documental y atendibilidad de la prueba, pues aunque el demandado no haya hecho ninguna referencia a la falta de idoneidad de los documentos en que el actor basa la acción, el juez debe examinarlos para establecer si dan fundamento suficiente a la demanda; se trata de juzgar si los documentos admitidos tácitamente son idóneos para dar sustento a la pretensión que se hace valer.[1570]

344.4 Silencio, respuestas evasivas, negativa general

Estas son las posibilidades que tiene el demandado cuando responde la demanda. El silencio supone la omisión de pronunciarse expresamente sobre algún hecho o documento que se le atribuye. La respuesta evasiva es la contradicción ambigua, obrepticia u oscura; y la negativa general, es la actitud de descansar en la simple negativa de todos y cada uno de los hechos expuestos en la demanda sin agregar más que ello.

Algunos sostienen que la carga impuesta por el artículo 356 no se satisface solo con la negativa de los hechos afirmados por el demandado reconviniente o por el actor, ya que deben alegarse los hechos que hacen al fundamento de la defensa;[1571] a tal fin se considera la contestación como una carga, donde se deben explicar claramente los hechos eximentes de responsabilidad y el defectuoso cumplimiento de ello trae como consecuencia la credibilidad de la versión de los hechos expuestos en el inicio, en tanto haya elementos de juicio corroborantes. Para seguir esta corriente es preciso corresponder la carga con la obligación que surge del artículo 314 recién mencionado del Código Civil.

La negativa general puede exponer una vaga exteriorización sobre el desconocimiento de los hechos, y si quien lo hace (siguiendo la directiva de contestar la demanda reconociendo o negando) es poco probable que los ignore en razón de las funciones que desempeña, esa

1570. Morello, Mario Augusto; Sosa, Gualberto Lucas y Berizonce, Roberto Omar, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación, op. cit.*, T. IV-B, p. 515.

1571. CNCiv., Sala E, "B., H. c. T., M.", 21/12/1995, *LL* 1996-D-866.

conducta se interpreta contraria al deber de lealtad, probidad y buena fe, así como contradictoria con el imperativo legal del propio interés.

En esta línea, otros argumentan que antes que una carga, es una obligación de quien contesta aclarar todas las circunstancias que explican la situación y relación que invoca la actora. La omisión deliberada no contribuye al ejercicio del derecho de defensa, y por el contrario, esa conducta es susceptible de ser apreciada por el órgano jurisdiccional como una admisión tácita de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos.

No compartimos esta idea. Contestar una demanda no significa tener que dar respuestas. Después de todo, quien afirma debe probar, y aun cuando podamos entender la idea opuesta, no existe un deber de colaboración entre las partes para alcanzar una solución justa; no creemos que se pueda conseguir este resultado cambiando las reglas del contradictorio.

En efecto, el silencio absoluto significa no reconocer ni negar todos o algunos de los hechos afirmados en la demanda. Esos hechos podrán quedar sin controversia, lo que no significa que hayan quedado reconocidos (para serlo, deben tratarse de hechos pertinentes y lícitos).

Las respuestas evasivas tampoco se interpretan como inexplicables, y por tanto, pasibles de las consecuencias legales previstas. En todo caso, la ambigüedad de la contestación (es decir, ni reconocer ni negar) deja inserta la duda sobre los hechos y con iguales posibilidades de admisión si se trata de hechos pertinentes y lícitos.

Finalmente, la negativa genérica, como única manifestación, se castiga con la admisión y el reconocimiento en la medida del tipo de hechos indicados por la ley. Los otros deberán ser objeto de prueba.

344.5 Reconocimiento de la verdad

A tono con lo recién expuesto conviene agregar algo más. La consecuencia del silencio, la respuesta evasiva o meramente general, es la *verdad de los hechos* afirmados; sin embargo, la verdad como deber de las partes no es tan cierta, como sí lo es el principio de comportarse de manera leal, proba y honesta. Se deriva de la regla instalada legalmente que el efecto principal es tener por ciertos y exactos los documentos y las circunstancias alegadas.

Si las partes a través de sus escritos ofrecen una versión de los hechos (tener en cuenta que el artículo 356 acepta la idea del relato

como una versión), ¿puede creerse que esa es la verdad absoluta? ¿Serán, acaso, meras afirmaciones acomodadas a su propia conveniencia?

Es cierto que la función primera que se asigna al proceso es descubrir la verdad, pero también lo es que aspirar tal concreción para un litigio impropio y sofista como el actual resulta imposible o pura utopía; casi una ilusión ambiciosa pensada solamente como teoría aplicable.

La doctrina clásica advirtiendo el desatino procuró encontrar caminos que explicaran la pérdida del rumbo originariamente previsto, creyendo encontrar clases de verdad según el tipo de proceso.

Así, como no era posible aceptar que el proceso penal descubriera otros hechos que no fueran los reales, se pensó que era menester buscar la "verdad material" como única que autorizaba a disponer sobre la libertad de las personas. Mientras que el menor compromiso del proceso civil se conformaba con una "verdad formal", que era producto del resultado de la prueba de los hechos aportados por las partes. Una verdad jurídica, porque se apoyaba en reglas legales antes que en deducciones lógicas.

La búsqueda de la verdad es un problema de la prueba, que muchas veces queda acotada a la confirmación de las versiones aportadas por las partes. Si hay verificación debe partirse de la base de que las alegaciones son afirmaciones ciertas que se deben comprobar en su fehaciencia y autenticidad.

De este modo, el abogado desarrolla el rol principal, al tener que averiguar previamente para afirmar en su demanda la pretensión que promueve y obtener sentencia favorable si confirma el contenido de su postulación.

En suma, no hay verdad porque nunca se sabrá si ella fue la que las partes propusieron; tampoco existe una verdad jurídica, porque es un absurdo en sí mismo; menos aun agregarle el concepto de "objetiva", porque es un atributo de la apreciación y no de la producción de las partes; en consecuencia, la prueba es una actividad destinada a lograr alguna certidumbre sobre los hechos controvertidos.

344.6 Hechos pertinentes y lícitos

Además, el código aclara que la verdad presumida se aplica, únicamente, a los *hechos pertinentes y lícitos* que la demanda refiera, situaciones que obliga a esclarecer el alcance.

En primer término porque la pertinencia de la prueba se vincula con la admisibilidad de la misma; lo que anticipa que no puede lograr un resultado fuera del tiempo oportuno donde la prueba se valora, esto es, en la sentencia.

Luego, cuando referimos a la licitud de los hechos, se comprende que por cuestiones técnicas no se pueden reconocer o admitir hechos ilícitos. En su caso, corresponderá probar cada una de las situaciones vinculadas.

Por tanto, los efectos que siguen del artículo 356, no son más que crear una presunción simple o judicial que debe ser apreciada por el juez en ocasión de dictar sentencia según la naturaleza del proceso y los elementos de convicción que se hubieren aportado, para establecer si el silencio, la respuesta evasiva o meramente general, son o no susceptibles de determinar el acogimiento de la pretensión.

345. La respuesta en expectativa

Cuando el demandado queda ausente, por incertidumbre o incomparecencia del notificado por edictos, y por ende debe recurrirse a la figura del defensor oficial, la ignorancia que este último tiene sobre los hechos planteados le obliga a excusar una respuesta definitiva hasta que la prueba se haya recibido totalmente.

Esta mecánica denominada *respuesta en expectativa* no significa que se elimine la carga de contestar puntual y pormenorizadamente, todos y cada uno de los hechos presentados. Tan solo posterga o aplaza su cometido hasta una etapa suficientemente esclarecedora para adecuar el ejercicio natural de su función. Esto es, equilibrar las posiciones del contradictorio a través de la defensa en juicio.

Precisamente por ser una defensa lo que se debe activar, la posibilidad de un allanamiento es posible, aun cuando sea puramente contingente e hipotético por la altura y circunstancia procesal del trámite.

Las acciones defensivas que puede aplicar el letrado oficial, cuando se trata de cuestiones basadas en hechos personales del ausente son muy limitadas, porque siempre su actuación tiene en miras lo que la otra parte realiza.

Por eso se ha dicho que la liberación al defensor oficial de la carga de reconocer o negar tanto los hechos alegados por el actor, como la

documentación por él acompañada, pudiendo dar su respuesta definitiva una vez producida la prueba, establecida en el artículo 356, inciso 1, se funda en la razonable presunción de que dicho funcionario se halle imposibilitado de emitir una contestación efectiva acerca de los hechos que no le son propios.[1572]

La prueba cumplida hace a los elementos de convicción jugando para la respuesta en expectativa un papel decisivo en orden a las contestaciones que deben aportarse. No se trata de una ventaja para el ausente representado *fictamente*, sino de un equilibrio en la garantía constitucional del debido proceso, lo cual significa que el diferimiento en la contestación a la demanda no agrava la situación del actor.

Sin embargo, la prueba cumplida puede demostrar ciertos aspectos que cambien la razón expuesta en la demanda dando la oportunidad de alegar defensas, excepciones o la misma reconvención, sin que la oportunidad procesal haya precluido.

En efecto, el diferimiento de la respuesta aplaza el contenido de todos los actos consecuentes con ese derecho, de modo tal que, si al tiempo de contestar la demanda se pueden plantear excepciones, o deducir una demanda reconvencional, es evidente que eso puede llevarse a cabo sin limitaciones ni inhibiciones de orden temporal.

Pero esta posibilidad tiene una valla precisa: esa amplitud defensiva debe sostenerse sobre los hechos conocidos a través de la etapa probatoria porque si las reservas que ingresan provienen de situaciones de derecho, habrá perdido la oportunidad para oponerlas, porque el derecho no puede argüirse recién conocido.

Por consiguiente, no puede el funcionario judicial esperar la evaluación de la prueba producida para generar una definitiva respuesta, siendo que al tiempo de conocer en la demanda no advirtió el marco de derecho propuesto.

La vía reconvencional entonces solo puede utilizarse sobre elementos que resultan de la causa, y son bastantes para modificar el reclamo presentado. Si no fuese introducido por esta vía, la sentencia debe pronunciarse, únicamente, sobre las pretensiones de la parte actora, so riesgo de alterar el principio de congruencia.

1572. CNCiv., Sala A, "Goldszier, Víctor J. y otro c. Petasne, Dora M. y otro", 17/03/1998, *LL* 1999D-208.

346. Forma de la contestación

En cuanto a las formas, la contestación debe seguir las reglas de la demanda. La constitución de domicilio legal es ineludible, así como debe quedar claramente configurada la oposición y el categórico rechazo a los argumentos desenvueltos. En el supuesto de que el juez observe deficiencias u omisiones formales, puede requerir su saneamiento (art. 34, inc. 5, ap. b, CPCCN).

Sin embargo, la facultad de los jueces para suplir el erróneo encuadramiento legal efectuado por las partes no puede ser utilizada para alterar los términos constitutivos de la relación procesal trabada con la demanda y su contestación (arts. 330 y 356, CPCCN), que son la piedra angular del juicio en tanto marcan las cuestiones que han de ser objeto de debate y prueba, y precisan la esfera en que habrá de moverse la sentencia (art. 163, inc. 6 del mismo ordenamiento).[1573]

347. Contrademanda

Al contestar la demanda se pueden incorporar hechos distintos que modifican la versión del actor. Con ellos se tienen razones para ejercer la defensa, sin aplicarlos en la promoción de una pretensión particular, por eso constituye una suerte de contrataque, que la doctrina denomina contrademanda.

Si, en cambio, fueran utilizados para deducir una demanda revertida, sería "reconvención", pero entre ambas hay variables y matices que las diferencian.

Véscovi, por ejemplo, sostenía que

> … la reconvención es la demanda que el demandado hace contra el actor en el acto de la contestación. En puridad es una demanda en la que se deduce una nueva pretensión contra el actor por el demandado, por lo que también se le llama contrademanda.[1574]

La contrademanda no tiene por objeto destruir la acción intentada con la pretensión que se responde, sino que persigue la declaración

1573. CNFed. Civ. y Com., Sala II, "Estévez, Ricardo D. c. Argenova S. A.", 24/09/1996, *LL* 1997-B-453.

1574. Véscovi, Enrique, *Código General del Proceso*, Buenos Aires, Abaco, T. III, 1995, p. 413.

o el reconocimiento de un derecho de la misma o distinta naturaleza del que funda la demanda principal.[1575]

Al respecto juegan los principios de la acumulación de procesos, pero mientras en la reconvención es requisito que se reúnan los principios de identidad en sujetos, objeto y causa; en la contrademanda solo son esenciales los dos primeros.

Por otro lado aparece el problema de la respuesta a la contrademanda, la que por el principio de bilateralidad debe permitir contestación; mientras que en la reconvención no es posible un nuevo traslado por aplicarse el impedimento de la *reconventio reconventionis*.

Finalmente, mientras la reconvención se debe plantear en el mismo escrito de contestación de la demanda; la contrademanda admite deducirla fuera de ella.

348. Reconvención

Se denomina reconvención a la demanda que plantea el demandado en ocasión de contestar la pretensión notificada. Obedece a un criterio de oportunidad y de economía procesal, porque aprovecha la instancia abierta para aplicar en ella una reivindicación que, de otro modo, se podría deducir independientemente.

Algunos la interpretan como *mutua petición*, porque:

> … ambas partes se demandan mutuamente en un mismo juicio, tanto que cada una de ellas reúne el doble carácter de actor y demandado y están obligadas a contestar mutuamente ante el juez que conoce de la primera demanda.[1576]

Prieto Castro, fue más preciso al afirmar que "…es una demanda contraria que formula el demandado contra el demandante aprovechando la oportunidad del proceso pendiente iniciado por este".[1577]

1575. Lemmo, Ana María y Lizatovich, Matías "La contestación de demanda como defensa", en Gozaíni, Osvaldo Alfredo (dir.), *Defensas y excepciones*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2007, pp. 45 y ss.

1576. Manresa y Navarro, José María, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada*, Madrid, Reus, 1944, T. III, pp. 214/5.

1577. Prieto Castro y Ferrandiz, Leonardo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Pamplona, Aranzadi, T. I, 1985, p. 338.

En el antiguo derecho español se perseguía el aseguramiento del beneficio público y el de las partes:

> … demostrándose así que reunir las convenciones y mutuas peticiones no era un favor singular dispensado al reo de la primera demanda, para que pudiese introducir la suya ante el juez de su fuero propio que conocía de aquella, sino que igual beneficio alcanzaba al actor para no ser distraído ni molestado con la nueva demanda del reo ante otro juez, aunque fuese el de su propio fuero, obligándole, para atender a la defensa de esta causa, a abandonar la que primeramente había introducido.[1578]

Según Manresa y Navarro:

> … la reconvención ha sido introducida en beneficio público y de los mismos litigantes, pues interesa a la sociedad que se disminuyan los pleitos y a aquellos el obtener la declaración de sus derechos con los menos dispendios e incomodidades posibles.[1579]

Guasp posteriormente dijo que el elemento fundante de la reconvención es el mismo de toda *acumulación*: el mantenimiento de la *armonía y la economía procesales* dentro de los límites queridos por cada derecho positivo.[1580]

Chiovenda sostiene que la razón que justifica su implementación encuentra su límite, según estemos frente a pretensiones conexas (reconvención conexa) o disímiles (reconvención inconexa), dado que aquí:

> … si se admitiese a todo demandado aprovecharse del juicio pendiente para reconvenir al actor con cualquier pretensión imaginable, se vendría a favorecer la condición del demandado más de lo exigido por los derechos de defensa, obstaculizando al mismo tiempo la libertad de obrar del actor, el cual, al momento de presentar una demanda no estaría en condiciones de medir las consecuencias de su actuar, y prever los límites de las futuras discusiones, por lo que las razones de economía procesal, alegadas hasta resultan atentatorias contra el mencionado principio.[1581]

1578. Acedo y Rico, Juan (Conde de la Cañada), *Instituciones prácticas de los juicios civiles*, Madrid, 1794, Parte I, pp. 61 y ss.

1579. Manresa y Navarro, José María, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada, op. cit.*, T. III, p. 215.

1580. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 260.

1581. Chiovenda, José, *Principios de derecho procesal civil, op. cit.*, p. 710.

De no plantearse la reconvención, el derecho se conserva porque es independiente y autónomo del que se reclama en el juicio donde se lo emplaza. Por eso no es una contrademanda, que en sentido técnico supone dar una versión diferente sobre los mismos hechos determinando así que las consecuencias sean distintas.[1582]

Es necesario que la voluntad del reconviniente esté enderezada a plantear un nuevo objeto litigioso, diferente y opuesto al que fundamenta la demanda, para que se configure la promoción de una acción autónoma e independiente. Reconvenir es algo más que contrademandar; esta acción solo está referida al mismo conflicto de intereses, a una misma litis, mientras que aquella puede constituir una litis distinta.

La admisión de la reconvención no es posible cuando carece de relación jurídica con la acción principal, circunstancia que constituiría un factor perturbador de la ordenada sustanciación de los procesos. Por eso, la posibilidad de admitir la reconvención está sujeta a las normas que rigen la acumulación de acciones, pues debe mediar compatibilidad entre las respectivas relaciones sustanciales.

348.1 Clasificación

Hemos de seguir a Torres Traba[1583] en la prolija clasificación de las distintas clases de reconvención existentes, donde si bien algunos tipos no figuran regulados por nuestra legislación, su estudio resulta útil para conocer sus modalidades en otros regímenes jurídicos, análisis que enriquece y contribuye al perfeccionamiento del mismo.

Existe una clasificación general de la reconvención que se basa en la relación jurídica que el proceso desarrolla. De ese modo la reconvención es *conexa e inconexa*.

a. Reconvención conexa: Es aquella que tiene un nexo causal con la demanda que contesta, que proviene del título que la funda o de la relación jurídica que las partes entablaron oportunamente. Asimismo, la conexidad se puede dar como

1582. Morello, Mario Augusto; Sosa, Gualberto Lucas y Berizonce, Roberto Omar, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación*, *op. cit.*, T. IV-B, p. 540.

1583. Torres Traba, José María, "La reconvención", en Gozaíni, Osvaldo Alfredo (dir.), *Defensas y excepciones*, *op. cit.*, p. 77 y ss.

derivaciones del título invocado o porque se refiera a otra relación jurídica diferente de la que sirve de base al actor, pero alegada en autos por este.[1584]

La demanda no tiene que fundamentarse en el mismo título o relación jurídica toda vez que le basta con que dicho título o relación jurídica sea deducida en juicio con motivo en la pretensión. Ejemplo de ello es el supuesto que ante el derecho de propiedad, uno ejercite una acción reivindicatoria y otro una declaración de deslinde y amojonamiento.[1585]

Por otro lado, también se habla de conexidad cuando de la relación jurídica controversial se derive para ambas partes una variedad de derechos que sean coexistentes y no excluyentes. Para Chiovenda, la conexión con el título del demandante puede adoptar cuatro formas:

1. Identidad del derecho y diversidad de demandas;
2. Variedad de los derechos, coexistentes y no excluyentes, pero unidad de la relación jurídica en que ambos se fundan;
3. Variedad de derechos y variedad de relaciones jurídicas;
4. Variedad de demandas que se excluyan, pero no en una pura relación de afirmación y negación, siendo ejemplo de lo expuesto, el demandado para el pago de una renta o para la entrega de la cosa arrendada o para la restitución de un depósito, opone su derecho de propietario o usufructuario de la cosa arrendada; el demandado por reivindicación reconviene afirmando que es propietario.[1586]

1584. Carnelli, Lorenzo, *La reconvención en el derecho argentino*, Buenos Aires, La Ley, T. 24, p. 151. Agrega el autor "... que este tipo de reconvención se origina en Francia quien fue más restrictiva en aceptar pura y simplemente el sistema reconvencional del derecho canónico pues invadía los fueros jurisdiccional propios de los Sres. Feudales. En este sentido, explicaba que predomina en el derecho común durante siglos, la Coutume de París, que en 1510 excluía por su artículo 75 a la reconvención, y que reformada en 1580, dispuso por su art. 106, que 'la reconvención no tiene lugar si no depende de la acción, y cuando la demanda reconvencional sea la respuesta contradictoria de la acción intentada primeramente'. Más tarde el derecho canónico despliega su influjo, y flexibiliza el criterio descripto".

1585. Gutiérrez Sanz, María Rosa, *La reconvención en el proceso civil español*, Barcelona, Bosch, 1993, pp. 63/64.

1586. Chiovenda, Giusseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1941, T. II, p. 127.

Este es el esquema que adopta nuestro Código Procesal nacional al sancionar la Ley Nº 24432, que incorporó al segundo párrafo del artículo 357: "La reconvención será admisible si las pretensiones en ella deducidas derivaren de la misma relación jurídica o fueren conexas con las invocadas en la demanda."
En la provincia de Buenos Aires, en cambio, rige el sistema de la reconvención inconexa para el proceso ordinario.

b. Reconvención inconexa. Se produce cuando el demandado incorpora al proceso una pretensión contra el demandante sin que entre ambas exista otra conexión que la subjetiva. Este sistema proviene de la legislación española a la cual adherimos en el Código Procesal nacional antes de su reforma por Ley N° 22434, código que había tomado el modelo de las Leyes de Enjuiciamiento Civil españolas de 1855 y 1881.
En la actualidad tiende a su expiración, tras la sanción de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (1/2000) que en el artículo 406 adopta el sistema de la reconvención conexa.

Algún sector de la doctrina española[1587] defiende esta línea con los siguientes argumentos:

a. Que la no exigencia de la reconvención no presenta problemas mientras no entre en pugna con la pretensión primitiva. En este sentido si en el marco de un proceso judicial sobre deslinde en una finca, el demandado reconviene pidiendo una declaración negativa de servidumbre sobre la cual es el propietario, ambos procesos podrían tramitarse en forma simultánea. Las distintas actualizaciones a la Ley de Enjuiciamiento Civil, anteriores a la reforma de 2000, no entendieron como un problema la reconvención inconexa,[1588] sino conservar una tradición que en la práctica no resultaba un problema. La doctrina jurisprudencial española, también se había mostrado favorable en la adopción de la reconvención inconexa, siempre y cuando, la acumulación desorbitada de acciones no persiga dilatar sino facilitar el desarrollo del proceso.[1589]

1587. Gutiérrez Sanz, María Rosa, *La reconvención en el proceso civil español, op. cit.*, p. 65 y ss.

1588. Profesores de Derecho Procesal, *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. II, Madrid, 1974, p. 47.

1589. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1940 (RA 5638).

b. El segundo argumento que se invoca, tiene en cuenta que si el actor puede con la demanda acumular toda clase de pretensiones, sin requerir conexidad, nada justifica que no pueda hacerlo el demandado.

c. El tercer fundamento resulta de que la conexidad es un requisito superfluo a los fines de la economía procesal, bastando la existencia del nexo jurídico entre el Tribunal y las partes. Es decir, la conexión subjetiva se considera suficiente a los fines de sustanciar las pretensiones.

Las razones que determinaron la existencia de la reconvención inconexa se deben, básicamente, a que antiguamente resultaba difícil acudir a los tribunales, por la escasez de comunicaciones, y a que su funcionamiento no era permanentemente, además de la variada existencia de jurisdicciones que trataban de excluirse unas de otras, resultando lógico entonces, que se aprovechara un proceso pendiente para plantear otro contrario al demandante (criterio sostenido fuertemente por el derecho canónico de la época).

Nuestra realidad judicial actual presenta y vive circunstancias totalmente distintas, por lo que debe evaluarse hasta qué punto la incorporación de cualquier nueva pretensión ordena o más bien altera el funcionamiento de proceso.

Si el objetivo que se persigue con este instituto es el de la economía procesal, la reconvención debe regularse bajo aquellos criterios que la lleven a un desenvolvimiento más rápido y fácil, a cuyos efectos debe ser conexa con la acción principal o bien constituirse como un medio de defensa empleado contra esta, pues de otro modo solo se conseguirá dilatar el proceso.[1590]

La doctrina nacional se orienta en considerar que debe establecerse un límite a su ejercicio, admitiéndose la reconvención solamente cuando la acción deducida en ella derive de la misma relación jurídica o sea conexa con la demanda,[1591] pues lo

1590. Kisch, Wilhem, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1932, p. 314.

1591. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. VI, p. 180; Colombo, Carlos José, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, T. III, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1969, p. 310; Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*,

contrario vendría a estorbar su trámite y no se justificaría entonces su inserción en el mismo juicio promovido por el actor. También la jurisprudencia entiende que la admisión de la reconvención no es posible cuando aquella carece de relación jurídica con la acción principal, circunstancia que constituiría un factor perturbador de la ordenada sustanciación de los procesos.[1592]

c. Reconvención eventual. Entre los distintos principios procesales que dirigen al proceso civil, el *principio de eventualidad* persigue requerir a las partes que todos los actos de postulación, ataque y defensa respondan a las etapas correspondientes del proceso, recordando al efecto que bajo el imperio de la preclusión, lo que no se hace en tiempo hábil y pertinente queda impedido de plantearse en lo sucesivo.[1593]

Razones de economía procesal aconsejan en determinados supuestos el planteo eventual de pretensiones. La acumulación eventual de pretensiones se produce cuando el actor ejercita una acción para el supuesto que no prospere la primera interpuesta, todo ello valiéndose del instituto de la acumulación de acciones. Dicha pretensión puede sustanciarse o bien porque la primera instaurada es rechazada, o en razón de que habiéndose admitido resulta imposible su cumplimiento y ejecución.

Estas mismas consideraciones se llevan al instituto de la reconvención, donde el demandado incorpora la pretensión para el supuesto de que sean rechazadas las excepciones planteadas. Únicamente de no prosperar las mismas, deberá el juez sustanciar la reconvención incorporada.

Nuestro sistema procesal, no permite tal supuesto, que si ha tenido acepción en algunos fallos de la jurisprudencia española,[1594] en razón de llevar adelante la sustanciación

op. cit., T. III, p. 207; Morello, Mario Augusto; Sosa, Gualberto Lucas; Berizonce, Roberto Omar, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación*, *op. cit.*, T. IV, p. 448.

1592. CNCiv., Sala C, "Pérez, Fabián c. Addadian, Susana", 12/10/1995, *LL* 1996-A-728; *DJ* 1996-1-1138.

1593. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Elementos de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 155.

1594. Lo expuesto encuentra sustento en algunos fallos del Tribunal Supremo de España, donde se han admitido las demandas reconvencionales con carácter eventual,

simultánea de las pretensiones instauradas, constituyendo un verdadero obstáculo para el avance del proceso consentir tal posibilidad.

Este tipo de reconvención funciona solo en el supuesto de que prospere la demanda, por ende el juez no puede entender en ella si es desestimada, dado que en este caso incurriría en la violación al principio de la congruencia, por examinar y decidir cuestiones reconvencionales solo pedidas en forma subsidiaria.[1595]

Otra clasificación puede darse en razón de los sujetos procesales, pudiendo hablar de *reconvención total y parcial*, según se reconvenga a todos los demandantes o a alguno/s.

348.2 Requisitos procesales

Como la reconvención se trata de una demanda contra quien demanda, valga el juego de palabras, los requisitos procesales y sustanciales de admisión y procedencia son los que se aplican para las pretensiones deducidas en juicio. De este modo, exige legitimación en la causa, que significa reclamar por derechos propios y ante quien tiene obligación de responder por ellos (el actor); excepcionalmente la reconvención se plantea contra terceros, como se verá más adelante.

La oportunidad es concurrente con el tiempo para contestar la demanda, y las formas son las que señala el artículo 330 (cfr. art. 356 inc. 3, CPCC).

Los recaudos específicos que se han de abastecer son:

a. *Proceso con demanda notificada*, pues de otro modo (salvo la notificación espontánea) el demandado se constituiría en actor. No se puede reconvenir cuando la instancia abierta proviene de medidas preparatorias o de la notificación de una medida cautelar ordenada como preventiva.

así en STS de 18 de diciembre de 1908 "… No precisa una declaración expresa sobre la desestimación de la reclamación formulada, si esta lo fue con carácter subsidiario para el caso de darse lugar a la demanda y esta no se estimó…", 8 de noviembre de 1934. "… No es preciso hacer una declaración expresa respecto de la reconvención si esta se alegó con carácter subsidiario para el caso de que prosperase la demanda entablada y esta fue desestimada…", 11 de junio de 1926 y 1 de marzo de 1927.

1595. Sentencia Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1956 (RA 3176).

b. La *competencia* corresponde al juez que interviene en la demanda principal, porque la acumulación que propicia la reconvención se guía por la regla de la inserción de pretensiones (art. 87, inc. 2, CPCC).
   Por ejemplo, no es procedente el trámite conjunto de la demanda que persigue el desalojo de un inmueble y la reconvención mediante la cual el demandado pretende la devolución de sumas de dinero que alega haber abonado en concepto de gastos originados en el contrato de comodato que invoca como causa de su ocupación, pues la reconvención carece de relación jurídica con la acción principal.[1596]
c. Los *trámites deben ser los mismos*, es decir que la reconvención debe adaptarse al proceso donde tramita la demanda, sin poder alterar el tipo de procedimiento asignado. La compatibilidad de los trámites responde a las reglas propias de la acumulación objetiva y a razones de orden procesal.
d. Por último se requiere que medie, que significa establecer un vínculo donde la pretensión principal como *conexidad o nexo de interdependencia* y la demanda reconvencional se vinculan, permitiendo que se dicte una única sentencia.

Por eso, la carga de especificación del objeto pretendido, no solo en la demanda sino también en la reconvención, impone precisar la petición en términos claros y positivos, tanto en lo principal como en lo accesorio, sin que lo último tenga que seguir necesariamente la suerte de lo primero.

Estos requisitos se sistematizan en el punto siguiente.

348.3 Requisitos de admisibilidad y competencia

La doctrina sistematiza las condiciones de admisibilidad de la reconvención, siguiendo los siguientes parámetros: a) Simultaneidad de las pretensiones, b) Unidad de Competencia, c) Unidad Jurídica y d) Unidad de Trámite.[1597]

1596. CNCiv., Sala C, "Villar, Pilar c. Politeo, Fanny O.", 13/06/1996, *LL* 1997-A-350.

1597. Torres Traba, José María, "La reconvención", en *Defensas y excepciones, op. cit.*, p. 111 y ss.

a. Simultaneidad de las pretensiones: La reconvención procede solamente con demanda formal instaurada, y siempre que el proceso incoado admita en su trámite la vía reconvencional. Supuesto especial es el caso de una demanda portadora de algún vicio que la torna ineficaz o que esté impugnada por deficiencia en los presupuestos procesales, en este caso, siendo la reconvención independiente y autónoma, tiene un valor propio que resulta improcedente su rechazo. Distinto es el supuesto de los códigos donde la oposición de excepciones suspendía el plazo para contestar la demanda, en atención a que hacía desaparecer la pendencia de la litis,[1598] situación indispensable para permitir que se incorpore la reconvención.
La redacción de los artículos exige que la reconvención deba presentarse en el *mismo escrito* de contestación a la demanda; pero, si la presentación se efectúa al mismo tiempo en escritos separados, es perfectamente admisible, toda vez que lo que el código persigue es la simultaneidad y no la concentración formal.
b. Unidad de Competencia. Ya señalamos que por el principio de unidad de competencia, la reconvención que se introduce debe corresponder a la competencia del juez que interviene en el proceso principal.[1599]
Prieto Castro dice que "... la reconvención solo puede derogar las reglas de la competencia territorial; y por ello es inadmisible cuando el Tribunal es incompetente por el objeto o el valor".[1600]

1598. Carli, Carlo, *La demanda civil, op. cit.*, p. 290.

1599. Se ha resuelto que "Es admisible la reconvención planteada con fundamento en un contrato celebrado entre los mismos sujetos procesales de la causa –en el caso, se reconvino la demanda de resarcimiento de daños causados por la resolución de un contrato de locación de obra– toda vez que se cumplen los requisitos exigidos para la acumulación objetiva, esto es que la competencia de la contrademanda corresponda al mismo juez que conoce en la acción 'principal' –art. 87 inc. 2, Código Procesal– y que las pretensiones sean sustanciables bajo el mismo trámite –inc. 3–" (CNCom., Sala D; "Laboratorios IMA S.A. c. Microcontrol S.R.L", 19/06/2002, *La Ley*, 2003/01/14.).

1600. Existen algunos fallos que aplican el criterio expuesto así "... Dado que tanto el demandado al deducir su reconvención, como los actores al contestarla, omitieron todo planteo acerca de la incompetencia del juez Nacional de Primera Instancia en lo Civil interviniente, ha quedado configurada una prórroga tácita de la competencia en los términos del art. 2 del Cód. Procesal, posible por versar el caso sobre un asunto

En razón de la materia la regla es absoluta, solamente es procedente la reconvención si el juez es competente *ratione materiae*, salvo pretensiones de naturaleza civil y comercial, donde recordemos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 188, inciso 2, CPCC, no se consideran distintas.

En los supuestos de competencia territorial rige el *forum reconventionis*, siendo juez competente para conocer de la reconvención aquel ante el cual el actor haya deducido su demanda, por lo que resulta improcedente que el mismo se excepcione por incompetencia. Rige aquí la máxima elaborada por Paulus de que *el actor está obligado a responder allí donde acciona*.[1601]

La competencia por valor procede ante el juez de la acción, si la demanda reconvencional está dentro de su órbita o es inferior a ella; si la excediere, las dos acciones pasarán al juez superior.[1602]

Un supuesto particular lo constituye el fuero de atracción, donde si bien debe preservarse la competencia del fuero atrayente, cierto sector de la doctrina[1603] opina que el mismo no debe ser considerado como una regla inflexible e inquebrantable, debiendo ceder ante la reconvención, cuando la pretensión de esta sea conexa con la demanda o pueda dar lugar a que la sentencia que se dicte produzca cosa juzgada respecto de la otra. Existe aquí una fijación de la competencia del juez (*perpetuatio jurisdicionis*).

c. Unidad Jurídica: Las dos grandes líneas que surcan los sistemas legislativos, como son, el de la reconvención inconexa o de carácter amplio y el de la conexa, de carácter restringido, se muestran en los ordenamientos procesales de Argentina. El Código

exclusivamente patrimonial y carece de sustento legal la incompetencia declarada por dicho juez Nacional, en oportunidad previa al dictado de la sentencia, que debe continuar entendiendo en la causa". Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN, "Bulo, Juana L. c. Arechavala, Juan M.", 05/06/1984, *ED* del 19/9/84, p. 1).

1601. Dice este pasaje *"Qui non cogitur in aliquo loco incidium pati, si ipse Amat, cogitur excipere acciones et ad eundem iudicem mitti". Paulus libro tertio ad Plautium.*

1602. La Ley de Enjuiciamiento Civil española ha resuelto en su artículo 406 que "... podrá ejercitarse mediante reconvención la acción conexa que, por razón de la cuantía, hubiere de ventilarse en juicio verbal...".

1603. Díaz, Clemente Aníbal, *Instituciones de derecho procesal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968, T. II, p. 817, nota 162.

Procesal Civil y Comercial de la Nación, después de la reforma de la Ley N° 22434, se inclinó por el sistema de la reconvención conexa; no así el código de la provincia de Buenos Aires, que todavía sostiene la inconexidad para los procesos ordinarios.

En el medio se propicia, pero sin disminuir su inclinación hacia la conexidad de las pretensiones, aplicar el *principio de implicancia o de compatibilidad*, mediante el cual se entiende que la reconvención es procedente en la medida en que se resguarde con ello la continencia de la causa.

Existe incompatibilidad cuando se afecta la continencia de la causa o bien cuando el juez debe dictar sentencia sobre pretensiones que tienen diferente objeto, por las diferencias de las relaciones jurídicas que invocan.

Sin perjuicio de ello la jurisprudencia provincial ha sostenido en algunos fallos que para los procesos ordinarios basta con que se cumplan los requisitos propios de la acumulación de acciones, es decir, que las actuaciones no sean contrarias entre sí, se ejerciten bajo los mismos trámites y pertenezcan a la misma materia.[1604]

Otros institutos del código resuelven iguales inconvenientes, como sucede con la *acumulación de los procesos*. Lo mismo se aplica en la reconvención inconexa, donde aun tratándose de la misma materia, partes iguales y un mismo tipo de proceso, la actividad del litigio en la práctica manifiesta las innumerables dificultades que presenta el trámite de pretensiones diversas en un mismo proceso, y además que deben resolverse por única sentencia.

1604. C. Civil 1ª, San Isidro, "Pinto, Manuel c/Mercau s/ Simulación", 08/10/1991. Asimismo ha sostenido que "En el proceso ordinario, la reconvención no está sujeta a los estrechos límites de conexidad impuestos en el caso del juicio sumario. Así es admisible deducir en un ordinario una reconvención que esté sujeta al trámite del proceso sumario o viceversa, siempre que la decisión a dictarse respecto de una de las pretensiones pueda producir efectos de cosa juzgada con relación a la otra. En tal caso, corresponde al juez determinar el trámite que debe imprimirse a la causa". Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay, sala civil y comercial (CApel. Concepción del Uruguay, Sala Civil y Com., "Bravo Ciriaco y otra c. Bravo, Mario C." 12/02/1996, *LL* 1996-E-671 [referencia: 39.112-S]).

Las pretensiones incorporadas deben ser conexas, y esta conexidad surge de la propia relación jurídica en controversia, por lo que un sistema adecuado es aquel que admite la reconvención, únicamente cuando su rechazo pudiere afectar la *continencia de la causa* (teoría de la implicancia o compatibilidad).

d. La unidad en el trámite. Este es otro de los requisitos necesarios para lograr la acumulación de pretensiones por inserción, de la cual es la reconvención su fiel ejemplo; y ello porque también aquí pueden verse afectadas reglas específicas del procedimiento reglado para la acción principal.
Si por la reconvención se entorpece el desarrollo del proceso principal, la misma debe ser rechazada (pretensión principal debatida bajo el proceso sumarísimo y reconvención de naturaleza ordinaria), salvo que el reconviniente resuelva renunciar al tipo de procedimiento aplicable, en cuyo caso son otros los factores que habrá que analizar (misma materia, conexidad con la relación jurídica controversial).
La reconvención es admisible siempre que pueda tramitarse juntamente con la demanda (*simultaneus processus*), por lo que se impide en principio la heterogeneidad procedimental.[1605]

348.4 Efectos de la reconvención

A partir del momento que se deduce la reconvención se producen los siguientes efectos:

a. Se crea una *litispendencia particular*, propia e independiente, porque se trata de una verdadera demanda. En consecuencia, es admisible que contra ella se planteen defensas y excepciones de litispendencia y cosa juzgada.
b. Se formaliza una *acumulación objetiva de acciones*, que se ventilan por los mismos trámites y en las condiciones establecidas en el artículo 87 del CPCCN.
c. Las pretensiones se vinculan y *tienen tratamiento conjunto*, resolviéndose en una sentencia única.
d. Cuando media reconvención, el *impulso del procedimiento* corresponde en forma concurrente a ambos contendientes.

1605. Carli, Carlo, *La demanda civil, op. cit.*, p. 295.

Este último es uno de los temas más espinosos. El artículo 318 del régimen procesal de la Nación prescribe en su párrafo segundo que la caducidad de la instancia principal comprende la reconvención y los incidentes; pero la de estos no afecta la instancia principal.

Esta es una redacción confusa porque es contradictoria con el sentido que tiene la reconvención como demanda *autónoma, independiente*, que aprovechando la apertura de la instancia y por razones de economía procesal, incorpora una *nueva pretensión procesal* en el juicio para su tratamiento y resolución; la cual, no obstante, queda subsumida en el impulso en la actividad de la parte actora.

Para un sector de la doctrina, no resulta extraña la decisión si tenemos presente que el sistema adjetivo ha pecado siempre en sostener una extremada adhesión al principio dispositivo, en donde los sujetos procesales, en vez de constituirse en *justas partes*, con igualdad de oportunidades en el proceso, se transforman en ajedrecistas de normas, donde el que mejor escribe y maneja las herramientas procesales resulta el vencedor del pleito. Esto se testimonia con la reconvención, que pareciera encontrarse subordinada, como en la redacción del artículo en comentario, a la pretensión principal, regla jurídica a nuestro criterio inconstitucional, por violar el principio de igualdad ante la ley y de defensa en juicio.[1606]

Para nosotros, en cambio, la unidad de vista impide dar autonomía al procedimiento. Lo que son autónomas son las pretensiones, pero el trámite es conjunto. De manera que si hay abandono del actor e inactividad del reconviniente lo curioso es que desaparece el demandado como sujeto beneficiado (hipotéticamente) por la perención. Pero lo cierto es que el descuido por mantener viva la instancia le permite al juez, de oficio o a pedido de cualquiera de las partes, declarar la caducidad cuando han transcurrido los plazos destinados al impulso del trámite.

1606. Torres Traba, José María, "La reconvención", en Gozaíni, Osvaldo Alfredo (dir.), *Defensas y excepciones, op. cit.*, p. 117.

La jurisprudencia tiene resuelto que la instancia es indivisible, visto lo cual la caducidad de la instancia afecta tanto a la demanda como a la reconvención, toda vez que a ambas partes les corresponde impulsar el procedimiento.[1607]

No obstante, se advierte que si quien peticiona solicita expresamente que se declare la caducidad de la instancia solo respecto de la demanda (o al revés), su requerimiento es autocontradictorio y debe ser interpretado, como todo lo referente a la perención, en el sentido más favorable a la subsistencia de las acciones, esto es denegando la petición.[1608]

Así algunos más dicen que debido a la falta de influencia entre la instancia principal y la reconvencional, es posible escindirlas en orden a la declaración de caducidad por separado de cada una de ellas; salvo que no pueda discernirse inequívocamente si las diligencias probatorias se refieren exclusivamente a los hechos que fundan la reconvención o a los controvertidos mediante la contestación de la demanda.[1609]

348.5 La reconvención contra terceros

En principio, la reconvención no se puede plantear contra terceros, salvo que ellos puedan ser considerados litisconsortes voluntarios o necesarios del actor que se reconviene y con quien tienen relación por el objeto de la demanda. La Corte acepta este criterio, cuando sostiene que el demandado reconviniente puede solicitar la citación de terceros al proceso a que hace referencia el artículo 94 del Código Procesal en el escrito de reconvención.[1610]

1607. "Es criterio seguido por diversas salas del fuero civil que la caducidad de la instancia comprende a la reconvención (art. 318, párr. 2, Cód. Procesal), imponiéndose las costas al actor y reconviniente, respectivamente" (CNCiv., Sala C, "Cooperativa de Trabajo Vigilancia y Seguridad Privada c. Mac Ewan, Susana", 02/10/1990).

1608. CNCiv., Sala B, "F., E. c. A. L., J.J.", 28/10/1977, *LL* 1979-B-695, *J. Agrup.*, caso 3635.

1609. CNCom., Sala E, "Aloise, Nicolás c. Onda Hofferle Gmbh & Co." 23/10/1997.

1610. Del voto de la mayoría (CSJN, "Inversiones y Servicios SA c. Estado Nacional Argentino", 19/08/1999, *ED* 187-619). De este modo, sería improcedente la acción de reivindicación iniciada mediante reconvención, si la litis no ha sido integrada con todos aquellos que pudieran ser ocupantes del bien cuyo título emane de la accionante (CNCiv., Sala C, "Scappino S. A., Domingo c. Rubinstein, Nora G. y otros", 29/08/1995, *LL* 1997-D-842 [39.661-S]).

En cambio sería inadmisible la reconvención respecto de terceros, cuando con ello se da lugar a una provocación o intervención coactiva, que como tal sería contraria al principio dispositivo que gobierna el proceso y que faculta al actor a demandar a quien le parece y a su solo riesgo. Asimismo, tal reconvención daría a aquellos la oportunidad de contrademandar a otras personas, desvirtuando los principios del procedimiento.

Sin embargo, el litisconsorcio necesario constituye una excepción al principio según el cual no puede deducirse reconvención respecto de terceros. Por eso se afirma que la reconvención deberá ser opuesta por todos los demandados y frente a todos los actores, aceptándose de uno de los demandados contra todos o alguno de los actores, siempre y cuando con ello no se obstaculice el normal desenvolvimiento del proceso[1611] (*v. gr.* en el caso de obligaciones solidarias o indivisibles).

Hay casos donde existe imposibilidad práctica, como sucede con la actuación del Defensor de Pobres y Ausentes, que en virtud del artículo 118 del Reglamento para la Justicia Nacional en lo Civil, no tiene más facultades que de representación y defensa, de modo que no puede asumir en nombre de su representado el ejercicio de acciones personalísimas, como la reconvención por causales subjetivos de divorcio, que se encuentran exclusivamente en cabeza de los cónyuges.[1612]

348.6 Reconvención por compensación

Cuando entre actor y demandado existen créditos que el primero reclama, el segundo puede oponer como reconvención, aquel derecho creditorio líquido que tenga contra el demandante.

Para ello, los escritos de demanda y reconvención deben contener, como requisito esencial, la precisión del monto reclamado aunque más no sea en forma aproximada, pues la absoluta indeterminación de ese aspecto violenta los principios dispositivo y de congruencia que rigen el contradictorio, impidiendo al sujeto pasivo de la pretensión tomar adecuado conocimiento de sus términos, lo cual importa una afectación al derecho a la defensa en juicio (art. 18, CN).

1611. Carli, Carlo, *La demanda civil, op. cit.*, p. 298.

1612. CNCiv., Sala M, "O., J. C. c. T., M.", 24/10/1997, *LL* 1998-C-730.

Borda[1613] divide la compensación en diversas clases:

a. *Compensación Legal:* definida en el artículo 818 del Código Civil (hoy derogado) es la forma más típica y la que mayor importancia práctica tiene en el mundo de los negocios jurídicos.
b. *Compensación voluntaria:* aquella que las partes acuerdan libremente por contrato.
c. *Compensación judicial:* es la que interesa en esta parte que resulta de la sentencia judicial que acoge parcial o totalmente la demanda y la reconvención y las compensa hasta la suma menor reconocida. Resulta admisible este supuesto incluso cuando no se den los requisitos de la compensación legal, generalmente la falta de liquidez.
d. *Compensación facultativa:* de igual importancia que la anterior por tratarse de una especie que produce similares efectos que la compensación legal. Se da cuando una de las partes en el proceso puede oponer la compensación, no así la otra.

Mediante este instituto el demandado opone la compensación del crédito y reclama el excedente, si lo hubiere, ante el mismo juez y en el mismo proceso (*eadem iudex* y *simultaneus processus*) dando lugar a la llamada *compensación reconvencional*.

No es una compensación, estrictamente referida, porque el que opone compensación confiesa el crédito del actor, mientras que la reconvención es independiente de la negativa o reconocimiento de aquel. Además, en la reconvención el demandado se convierte en actor y este en demandado, mientras que en la compensación la condición jurídica procesal de las partes no varía. También, el que compensa no puede hacerlo por más cantidad que aquella que se le reclama, y si su crédito es mayor únicamente podrá reclamar el excedente por vía de reconvención. Finalmente, en la compensación el actor nunca puede resultar condenado, mientras que en la reconvención puede serlo si se reclama cantidad mayor.

La reconvención compensatoria permite al demandado en un proceso de conocimiento por cobro de pesos, que invoca a su favor un crédito ilíquido contra el actor, contrademandarlo para que se lo reconozca y liquide sin necesidad de pagar previamente la deuda que se le

1613. Borda, Guillermo Antonio, *Tratado de Derecho Civil-Obligaciones*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, T. I, 1994, p. 630 y ss.

reclama. Se puede operar así la compensación judicial para la cual se requiere ineludiblemente el planteo reconvencional.[1614]

Siguiendo el lineamiento trazado:

> Cuando la procedencia de la compensación legal se halla excluida en razón de no reunir el requisito de liquidez el crédito del demandado, éste debe recurrir forzosamente a la vía reconvencional, ya que en tal hipótesis la compensación solo puede oponerse judicialmente mediante el pronunciamiento de la sentencia que declare la existencia del crédito opuesto al invocado por el actor y condene al recíproco pago de ambos.[1615]

Ahora bien si la sentencia hace lugar a la demanda y reconvención, y uno de los créditos no fuere líquido, corresponde su liquidación por vía de proceso sumarísimo, por lo que no podrán ambos créditos compensarse, pues falta la condición de liquidez exigible para la procedencia de la compensación legal y judicial.

En líneas generales será procedente plantear la excepción de compensación cuando los créditos sean líquidos, debiendo el juez compensar hasta el monto del que sea menor, pero si el monto por el cual se opone la compensación es mayor, y lo que se pretende es cobrar el excedente, deberá indefectiblemente plantearse la reconvención compensacional.

De más está decir que si opto por la compensación, nada impide que posteriormente promueva el correspondiente proceso para requerir el cobro del excedente.

348.7 El procedimiento en la reconvención

La autonomía que tiene el derecho a postular la reconvención, que es en definitiva una facultad de quien se cree con derecho a tener pretensiones propias respecto al mismo objeto que la demanda le plantea, se advierte en el procedimiento reglado para su trámite, donde queda en claro que:

a. *La reconvención se deduce en forma conjunta con la contestación de la demanda,* debiendo ser clara y concreta. Esto significa que debe tener autosuficiencia y no quede oculta en su propia ambigüedad o condicionada con otras defensas o excepciones.

1614. CNCiv., Sala C, "Bisaccia, Alejandro A. c. Confalonieri, José y otro", 21/12/1982, *LL* 1983-B-155.

1615. CNCiv., Sala E, "S., R. c. Ibarra, Alicia S.", 15/07/2004, *DJ* 2005/01/12, 87.

La carga de especificación del objeto pretendido, tanto en la demanda como en la reconvención, impone precisar la petición en términos claros y positivos tanto respecto de las pretensiones principales como de las accesorias.

Este acto se produce en una sola oportunidad, que como los demás plazos y términos procesales, tiene carácter perentorio y preclusivo. La regla que veda las réplicas o dúplicas a las contestaciones de demanda o reconvención, lejos de afectar la igualdad de las partes, tiende a protegerla, toda vez que preserva el buen orden del proceso. Ello implica modos y oportunidades preclusivas para que las partes ejerzan el derecho de contradicción y de defensa en juicio.

Lo que se pierde es la posibilidad de articular la reconvención cuando no se deduce con la contestación de la demanda, porque el derecho subjetivo se mantiene intacto por ser potestativo de la parte y disponible para utilizarlo en la oportunidad que estime más oportuno.

Este es un criterio amplio que facilita el derecho de defensa en juicio, y no constriñe a las partes accionadas a tener que aplicarlo solamente cuando es demandado, con el apercibimiento de perder el derecho y la acción hacia el futuro, como sucede en otros ordenamientos procesales.

En fin, para determinar los efectos de la falta de contestación de la reconvención, los artículos 357 y 358 del Código Procesal remiten a lo dispuesto en el artículo 356 del mismo cuerpo legal, creándose una presunción simple o judicial que debe ser apreciada por el juez en ocasión de dictar sentencia según la naturaleza del proceso y los elementos de convicción que se hubieren aportado, para establecer si el silencio –en este caso del actor reconvenido– era o no susceptible de determinar el acogimiento de la pretensión.[1616]

b. *La reconvención es admisible si la relación jurídica es la misma o se vincula por conexidad*. En tal sentido, si bien el artículo 357 del Código Procesal establece como requisito de admisibilidad de la reconvención que las pretensiones deducidas deriven de la

1616. CNCiv., Sala A, "N., M. A. c. B., S. E.", 19/03/1999, *LL* 1999-E-537; *DJ* 1999-3-675.

misma relación jurídica o sean conexas con las invocadas en la demanda, sin determinar expresamente el trámite a seguir, no procede cuando las reglas procesales son diversas o el conocimiento que se imprime para una u otra causa es distinta. Los puntos sobre los cuales no ha mediado reconvención expresa del demandado no deben integrar el pronunciamiento de fondo, toda vez que los mismos han sido consentidos al quedar firme y amparada con el principio de la preclusión procesal la declaración de puro derecho.[1617]

c. *Los documentos* que aporta el demandado pueden ser o no parte del fundamento de la reconvención. En el primer caso, se integran al traslado que se le corre al actor para que conteste la pretensión reconvencional; pero en el segundo caso, la notificación es por cinco (5) días, toda vez que se trata de prueba instrumental que se puede introducir en el marco del artículo 334 (hechos invocados como contrademanda) y con las condiciones del artículo 335 (documentos posteriores o desconocidos), ambos del Código Procesal.

d. *Notificación.* La reconvención se debe notificar por cédula o actuación notarial al domicilio constituido, y en la persona de los apoderados.

Al contestarse el traslado, el actor debe concentrar su atención únicamente en el planteo reconvencional, sin poder realizar dúplicas respecto a los dichos o afirmaciones que correspondan a la contestación de la demanda, propiamente dicha. Recuérdese que no existe la posibilidad de réplicas en nuestro sistema escrito, de modo tal que, si ello ocurriera, el juez podrá mandar que se testen los términos inoficiosos que se han manifestado por exceso.

Cabe aclarar que con relación a los documentos que acompañe el traslado, hay que hacer una diferencia. Si corresponden a simple aporte probatorio de carácter instrumental que se vincula en los términos del artículo 334, el responde se debe concretar en el término de cinco días; pero si integran el con-

1617. CNCiv., Sala K, "F. de S., A. L. c. F., L.", 09/08/1999, *LL* 2000-D-703, con nota de Federico R. Highton.

tenido fundante de la demanda reconvencional, el término de contestación sobre su autenticidad o recepción coincide con el acordado para contestar la reconvención.

e. *Resoluciones posteriores:* Una vez que se contesta la reconvención, corresponde alguna de las siguientes resoluciones: i) Si con la contestación a la reconvención, se alegan nuevos hechos o se agregan documentos vinculados con aquella que, a pesar de estar en conexidad con la pretensión principal, no se acompañaron al plantear la demanda; corresponde correr vista al reconviniente a los fines de reconocer la autenticidad de la prueba instrumental y, en su caso, para que ofrezca prueba documental relacionada con esos nuevos hechos. ii) Si la reconvención queda sin respuesta, concierne aplicar los efectos y consecuencias del artículo 356, inciso 1 CPCC, aunque no procede la declaración de rebeldía como es obvio. iii) Si con la contestación de la demanda o la reconvención se hubieran articulado excepciones de previo y especial pronunciamiento, el juez deberá resolver al respecto y considerar si son manifiestas y se resuelven de inmediato; si debe acordar un plazo para el saneamiento del vicio denunciado; o si posterga para cuando dicte sentencia definitiva la decisión respectiva. iv) Si de la lectura de los escritos constitutivos del proceso surge que no hay discrepancia entre las partes respecto a la forma como suceden los hechos, aunque difieren en la calificación jurídica, no existe propiamente controversia, en cuyo caso, la cuestión se declara como de puro derecho. De esta resolución se corre un traslado a las partes, por su orden, y una vez que queda firme, el expediente puede dictar la providencia de autos para dictar sentencia. v) En cambio, si existen hechos alegados por las partes donde no exista conformidad entre ellas sobre la producción como ocurrieron, se advierte la necesidad de abrir el proceso a prueba, con el fin de dar a cada parte la oportunidad de verificar la verdad de sus dichos.

348.8 La *reconventio reconventionis*

Se llama *reconventio reconventionis* al aprovechamiento de la instancia abierta para articular, conjuntamente con la contestación de

la reconvención, un argumento nuevo que vinculado con la causa de origen, inserta una pretensión contra el reconviniente. No es una contrademanda porque los hechos son los mismos, a diferencia de esta que usa la vía abierta para defenderse con hechos a probar sin que ellos importen una demanda concreta.

Sí podría fundarse en la acumulación de acciones, aunque la posibilidad concreta no está prevista en nuestras leyes procesales. No obstante, la jurisprudencia lo admite en casos excepcionales, argumentando que, de obstruirlo, podrían dejar en una manifiesta desventaja procesal al actor, vulnerando tanto su derecho constitucional de igualdad ante la ley, la garantía de defensa en juicio, así como el principio de economía procesal.[1618]

La reconvención de la reconvención no solo fue aceptada en los procesos de divorcio, sino también cuando se demandó por consignación de las cuotas pactadas como precio de la compraventa y el demandado reconvino por resolución del mismo, dando lugar a una nueva pretensión de escrituración, al haber consignado la última cuota y en virtud de que su derecho a pedirlo tras haber cumplido la prestación.[1619]

En su lugar, la *reconventio reconventionis* no debería admitirse si la parte actora tuvo posibilidad de prever los hechos y derechos que sustentan ahora la nueva pretensión, resultando lógica y previsible la circunstancia de que lo reconvinieran.[1620]

En nuestra opinión, la doble reconvención, o *reconventio reconventionis*, como se la conoce por la doctrina, debe resolver dos conflictos principales, y algunas proyecciones de orden procesal.

Los primeros suceden con el *principio dispositivo* y el de *preclusión*. Vale decir, el actor promueve la demanda e inserta sus pretensiones, dando lugar a la contradicción sobre los hechos que provoca; y eventualmente a la necesidad de defenderse contra una reconvención. Con este marco, se cierra la *litiscontestatio* y se concretan los hechos constitutivos que serán objeto de la prueba.

1618. Ponce, Carlos Raúl, "Reconvención a la Reconvención, 'Reconventio-reconventionis'", *Revista de Derecho Procesal - Demanda y Reconvención*, N° 1, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 121.

1619. CNCiv., Sala C, *LL* 135-1158.

1620. Ponce, Carlos Raúl, "Reconvención a la Reconvención, 'Reconventio-reconventionis'", *op. cit.*, p. 128.

La idea es evitar sorpresas, y trabajar en la dialéctica del procedimiento con la seguridad sobre cuáles son las pretensiones, y dónde están los argumentos de la resistencia. Como se advierte, el tema central es la bilateralidad y el derecho de defensa.

Ahora bien, las proyecciones adjetivas de dichos principios no son inflexibles, y si el procedimiento es secuencial y progresivo, no se advierte de qué manera quede una de las partes afectado en su derecho de defensa, si de cada petición o propuesta se le ofrece la oportunidad de réplica o contestación.

Es cierto que el principio de preclusión procura impedir la serie indefinida de replanteos, pero también lo es que el régimen procesal admite la acumulación objetiva de acciones. El hecho de poner un límite en la notificación de la demanda no es obstáculo.

En efecto, ya vimos que existe la posibilidad de reconvenir si la demandada reconvino, cuando el marco de los hechos es congruente con la pretensión o las pretensiones de contenido material. Es decir, cuando entre ellas no se excluyen (por ejemplo, si demandó por resolución de contrato, se reconvino por derecho de retención, no se podría duplicar la reconvención por rescisión del acuerdo contractual) y pueden tener el mismo procedimiento.

En alguna causa se dijo que

> En otro orden, la decisión de permitir que el actor –que en su momento silenció la exposición de causales subjetivas, optando por requerir únicamente que se declarara la separación de su esposa– ante la actitud de esta –ajustada plenamente al derecho que le acuerda la ley– de reconvenir por divorcio vincular, reconvenga por las causales subjetivas que en un momento creyó innecesario o no quiso exponer, no puede ser tildada de arbitraria, ya que traduce la voluntad del tribunal de permitir la mayor amplitud de debate y prueba, para en su momento resolver en justicia en un asunto de tanta trascendencia como son todos los vinculados al derecho de familia.[1621]

En consecuencia, compartimos la probabilidad de sustanciar un proceso de pretensiones, réplicas y dúplica, con la única limitación de la congruencia objetiva y subjetiva, es decir, manteniendo el conflicto con las partes presentadas y con la unidad de circunstancias que se desencadenan de un mismo hecho.

1621. Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, "M.,O.E. c./L.L.V. s/ Separación de hecho - tenencia - régimen de visitas y alimentos", 17/11/2005.

Capítulo XLIV
Defensas y excepciones

349. Posibilidades

Contra el progreso de la demanda se pueden oponer *defensas* dirigidas a destruir las razones de la pretensión; y *excepciones* que señalan defectos en los presupuestos formales de admisión.

En el Código Procesal, antes de la reforma que introduce la Ley N° 25488, se podía establecer una diferencia entre excepciones y defensas, según el momento previsto para su articulación; mientras las primeras se debían proponer en los primeros diez (10) días del término para contestar la demanda ordinaria; las otras, como estaban relacionadas con el fondo del problema, iban acompañando la contestación.

Actualmente, defensas y excepciones se deducen en un solo acto y en forma conjunta con el responde de la demanda o reconvención, de modo tal que las condiciones de procedencia formal y sustancial de la pretensión son simultáneas.

En el plano teórico, el capítulo se inserta dentro de los llamados "presupuestos procesales" y corresponde a las condiciones de hecho o de derecho que debe acreditar un proceso a fines de verificar su regularidad formal y su existencia jurídica.

Tienen finalidades diferentes cuando atacan la constitución formal de la litis, tratando de evitar que se trabe la contienda entre partes que no acreditan suficientemente las solemnidades de admisibilidad o las condiciones metodológicas impuestas por las formas. Por eso, deben analizarse de inmediato para impedir que el procedimiento sucumba a consecuencia de los vicios que se denuncien. En cambio, si los presupuestos articulados versan sobre los requisitos materiales (en esencia, la fundamentación y el sustento de derecho), la decisión se puede derivar al tiempo de dictar sentencia de fondo, toda vez que el objeto de ella coincide con el tiempo para resolver la defensa articulada.

Aun así hay situaciones intermedias, donde se encuentran sentencias debidamente fundadas que resuelven excepciones y defensas al mismo tiempo (*v. gr.* las cuestiones de legitimación que no son manifiestas).

Agrupadas en orden a sus objetivos, se pueden dividir en: a) presupuestos referidos a condiciones procesales: competencia del órgano jurisdiccional; sujetos procesales, es decir, un actor que reclama y un demandado que resiste; demanda proponible y fundada; y representación suficiente; b) presupuestos relacionados con la validez de la relación jurídica que se pretende establecer con el proceso: legitimación, interés suficiente y capacidad.

350. Clasificación

Excepciones y defensas se pueden clasificar de acuerdo con la finalidad que persiguen:

Excepciones procesales son las que se relacionan con la falta de presupuestos de existencia y regularidad del proceso. *Defensas* se llaman las oposiciones que realiza el demandado al progreso sustancial del proceso. *Excepciones sustanciales* son las que, basándose en un presupuesto procesal del que carece la pretensión, se deduce como fundamento para cancelar de manera definitiva el proceso iniciado.

Del primer grupo son la incompetencia, falta de personería y defecto legal en el modo de proponer la demanda; al siguiente pertenecen la cosa juzgada, transacción, conciliación y el desistimiento del derecho; mientras que del último sector son la prescripción, la falta de legitimación manifiesta para obrar y las defensas temporarias, como los días de llanto y luto.[1622]

Por los efectos que producen en la continuidad del proceso, se dividen en:

Perentorias, es decir que cancelan los efectos jurídicos pretendidos, impidiendo la prosecución del proceso. Pertenecen a este grupo la falta manifiesta de legitimación para obrar, prescripción, cosa juzgada, transacción, conciliación y desistimiento del derecho.

1622. Fenochietto, Carlos Eduardo, *Código Procesal Civil y Comercial de la la Nación, comentado anotado y concordado con los códigos provinciales, op. cit.*, T. 2, p. 359.

Dilatorias, o aquellas que equivalen a una paralización momentánea del proceso hasta que se revise el déficit denunciado para su corrección. Son de esta categoría la incompetencia, falta de personería, litispendencia, defecto legal, arraigo y las defensas temporarias como el beneficio de excusión, beneficio de competencia, etc.

351. Requisitos de admisión y procedencia

Las excepciones y defensas se deben articular en forma expresa y sin quedar expuestas en forma condicional o subsidiaria de otros hechos que se relacionen con los argumentos desenvueltos al contestar la demanda. Vale decir que no pueden ser inferidas, pues se interponen expresamente y fundadas.

Asimismo, todas las que se intenten oponer deben presentarse en un mismo escrito, sin que ninguna de ellas quede subordinada a otra, de manera que su sustentación debe resultar autónoma y autosuficiente.

351.1 Plazo

Como se dijo, la reforma que hizo la Ley N° 25488 establece que se han de interponer en forma conjunta con la contestación de la demanda o la reconvención en el juicio ordinario. De este modo, el Código Procesal dispone una ampliación del plazo al poder ser opuestas sincrónicamente con la contestación.

En trámite sumarísimo, no son admisibles excepciones de previo y especial pronunciamiento, como tampoco se puede reconvenir; sin embargo, es posible interponer defensas de fondo, dentro del plazo otorgado para contestar el emplazamiento.

351.2 Forma

Al ser parte integrante de la instancia, no suponen abrir un incidente que se deba resolver por separado, pues están dirigidas a observar presupuestos procesales que se manifiestan con evidente error o, al menos, resultan insuficientes para proseguir la causa tal como se ha formulado.

351.3 No suspende el plazo para contestar la demanda o la reconvención. Excepciones

Como principio general se establece que la interposición de excepciones no suspenderá el plazo para contestar la demanda, aunque el juego armónico de los artículos 175 y 346 al 354 *bis* del Código Procesal federal permite concluir que las excepciones suspenden el trámite del expediente principal.

Pero esta paralización no afecta los actos procesales que se encuentran con producción pendiente, en particular, la respuesta al emplazamiento a contestar la pretensión o la reconvención. Ello, sin perjuicio de lo que sucede con la interposición de falta de personería, defecto legal en el modo de proponer la demanda y arraigo, donde la suspensión es una consecuencia necesaria del carácter correspondiente a la defensa.

Las excepciones previas difieren estrictamente de los incidentes y, por ende, no resultan aplicables a su respecto las disposiciones del artículo 310, inciso 2 del Código referido. En caso de recusación sin causa los plazos siguen corriendo, de manera que se debe proceder como si fuera ratificada la jurisdicción actuante.

Estas características conducen a pensar que ninguno de estos actos pueden caducar con independencia del principal.

352. La excepción dilatoria de incompetencia

La competencia es de orden público y por eso el principio general es la improrrogabilidad y la imposibilidad de delegación. De tal envergadura es la dimensión del conflicto planteado ante juez incompetente que se considera que el problema concierne al derecho constitucional, desde que el artículo 18 de la Norma Fundamental ordena que toda persona sea juzgada por el juez natural de la causa.

Inclusive, desde nuestros orígenes se afirma que

> La Constitución ha querido que todo hombre tenga su juez propio, emanado de la soberanía de que forma parte, y dotado de poderes suficientes para hacerle justicia, y para acudir ante él cuando sus derechos sean violados. Ha creado la *jurisdicción*, y esta significa la potestad de juzgar dentro de un

límite determinado [...]. Esta es una garantía inherente a todo el que habita el país, y es un anhelo de la Constitución expresado ya en el preámbulo.[1623]

La trascendencia de obrar por quien corresponda se establece como un deber del oficio, impuesto por el artículo 4 del CPCCN: "Toda demanda deberá interponerse ante juez competente, y siempre que de la exposición de los hechos resultare no ser de la competencia del juez ante quien se deduce, deberá dicho juez inhibirse de oficio".

Cuando no se advierte el error, la probable incompetencia trabaja como excepción, cambiando el sentido esencial que se pondera, lo que resulta de alguna manera contradictorio, porque si la competencia precisa se adopta como una garantía, no podría juzgar un juez incompetente, que logra intervenir merced al error de asumir competencia positiva, y gracias a la convalidación de la parte que no deduce la correspondiente excepción. Por eso, excepcionalmente, se admite que la competencia de orden público (*v. gr.* causas que deben tramitar ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en jurisdicción exclusiva y excluyente) pueda declararse en cualquier momento disponiendo la nulidad de todo lo actuado.

En sentido opuesto, la interposición de la excepción de incompetencia denuncia la falta de dicho presupuesto necesario para la regularidad de la instancia. Adviértase que, "...todos los jueces poseen jurisdicción porque tienen el poder de decir y aplicar el derecho".[1624] Sin embargo, "...en todo aquello que no le ha sido atribuido, un juez, aunque sigue teniendo jurisdicción, es incompetente".[1625]

Se trata de una excepción *dilatoria*, porque la interposición paraliza el litigio sin extinguirlo, hasta tanto se revise y corrija el déficit denunciado.[1626] Debe encontrarse precedida por la prueba que le dé sustento, porque sin ella, el juez no puede resolver.

Una vez que se opone la excepción, el juez no puede volver atrás y reconocer la razón que se esgrime. Como se trata de una actuación que

1623. González, Joaquín Víctor, *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Ángel Estrada y Cía., parágr. 182.

1624. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Colección de Análisis Jurisprudencial*, Buenos Aires, La Ley, 2002, p. 37.

1625. Couture, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 71.

1626. Göbel, Karin y Robles, María del Valle, "Excepción de incompetencia", en Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Defensas y excepciones, op. cit.*, p. 151 y ss.

implica una petición contraria a la que resuelve la contraparte, debe sustanciar y resolver de inmediato, admitiéndola o desestimándola.

En este juego de bilateralidad, el tribunal está facultado a requerir dictamen fiscal, sin que ello resulte vinculante. La sentencia de competencia se resuelve como interlocutoria y genera costas.

A veces, cuando la competencia no es clara, quien incoa la pretensión debe acompañar la prueba correspondiente. El Código refiere a tres situaciones distintas: a) cuando se deduce incompetencia por razón de distinta nacionalidad, b) cuando fuere por diferente vecindad, y c) cuando se trata de foro prorrogado por acuerdo entre partes.

Cada caso exige al actor verificar la extranjería del oponente; o el domicilio en distinta jurisdicción; o en su caso, el documento que compruebe el pacto de sometimiento a una jurisdicción determinada.

La Corte ha dicho que, cuando una provincia es parte en un pleito, la competencia originaria de ella procede si a la distinta vecindad de la otra parte se une el carácter civil de la materia en debate.[1627] En este caso, la prueba además de documental debe versar sobre el contenido de la pretensión.

Recuérdese que el objeto de la jurisdicción originaria de la Corte en razón de la distinta vecindad de las partes litigantes con la provincia, no es otro que darles a los particulares garantías para sus reclamaciones, proporcionándoles jueces que se encuentren al abrigo de toda influencia y parcialidad. Por eso es que la determinación de la competencia debe efectuarse mediante el análisis del relato de los hechos efectuado por el actor en el escrito de demanda.

Una vez firme la resolución que desestima la excepción de incompetencia, las partes no podrán argüir la incompetencia en lo sucesivo, ni tampoco podrá ser declarada de oficio.[1628] Esto supone que al rechazar

1627. CSJN, Fallos: 319:241, "Cappa, Amílcar R. c. Caja Nac. de Ahorro y Seguro y Honorable Cámara de Senado de la provincia de Buenos Aires".

1628. El principio por el cual la competencia queda firme e irrevisable una vez resuelta la excepción deducida en tal sentido, no rige respecto a los jueces federales con asiento en las provincias que pueden repasar su competencia en cualquier estado del proceso. Ello es así porque la competencia federal es de excepción y proviene de una enunciación taxativa formulada por la Constitución Nacional, por lo que no puede surgir de la voluntad de las partes (CFed. Rosario, Sala B, "Federación Argentina de Coop. Agrarias y otro c. Municipalidad de Rosario", 18/04/1997, *LL Litoral*, 1998-136).

la excepción de incompetencia queda fijada la del juez *a quo*, debiendo proseguir las actuaciones sin recibir más cuestiones por ese motivo.

Por eso es que la defensa de incompetencia debe ser resuelta en forma previa, ya que solo se dará curso al resto del proceso y se analizarán las otras defensas, así como el ofrecimiento de pruebas, en caso de declarar el tribunal su competencia, lo cual se concilia con los principios de seguridad jurídica y economía procesal que intentan evitar que las dilaciones innecesarias se traduzcan en una privación de justicia.

Ahora bien, solicitado que se deje sin efecto el archivo de las actuaciones en las cuales se declaró la incompetencia del Tribunal para conocer en el proceso en forma originaria en virtud de que la acción interpuesta no estaba alcanzada por el artículo 101 de la Constitución Nacional, no corresponde acceder al pedido, toda vez que la Corte Suprema estaría obligada a establecer cuál es el magistrado que debe entender en el pleito y en esta instancia procesal le está vedado. Esa función solo debe ser ejercida por el Tribunal cuando es llamado a dirimir un conflicto jurisdiccional trabado de acuerdo con la legislación vigente o cuando existe una efectiva privación de justicia.[1629]

En cuanto a la oportunidad, se ha dicho que si en la cuestión de competencia suscitada ante el fuero comercial no se dio intervención alguna a la demandada y, en consecuencia, la primera oportunidad que esta tuvo para expedirse sobre el particular fue al momento de corrérsele traslado de la demanda, al no existir acto concreto en sede civil que implique de su parte consentimiento de la competencia del juez de dicho fuero, resulta oportuna la oposición de la excepción de incompetencia

---

Algunos sostienen que esto no rige en la justicia del trabajo pues, en virtud del carácter de excepción que reviste la competencia laboral, los órganos respectivos están habilitados para declarar su incompetencia en cualquier estado del juicio (del voto del ministro Vázquez) (CSJN, "Roncales, Roberto R. c. Fuerza Aérea Argentina", 27/02/1997, *DT* 1997-B-2470).

1629. CSJN, Fallos: 316:2503, "Ure, Carlos E. c. Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Mercedes". Por su parte, los Estados provinciales pueden prorrogar, bajo determinadas condiciones, la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en favor de la justicia federal de grado. De tal modo, la declaración de incompetencia en razón de las personas resulta prematura hasta tanto no se presente a juicio la única parte que puede invocar el art. 117 de la Constitución Nacional, esto es, la provincia demandada, razón por la cual debe continuar el trámite ante el juez de origen (CSJN, Fallos: 319:1755, "Amoedo, Romina E. y otro c. Estado Nacional –Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano– y otros").

en los términos del artículo 346, sin que puedan alegarse válidamente en su contra los actos procesales cumplidos sin su intervención.[1630]

353. La excepción dilatoria de falta de personería

El artículo 347, inciso 2 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece como excepción dilatoria la *falta de personería* en el demandante y en el demandado o sus representantes. La causa que la propicia es la ausencia de capacidad civil para estar en juicio; o que se carezca de representación suficiente.

En consecuencia, son varias las cuestiones que deben estudiarse. El punto de partida es el significado de la voz "personería"; luego, determinar el alcance de la capacidad civil para estar en juicio, porque la capacidad procesal es distinta de la civil, y pareciera que es a esta a la que debe referirse el código. Finalmente, lo que se interpreta por representación suficiente.

353.1 Concepto de personería

Personero es quien se constituye como procurador para entender o solicitar negocios ajenos. *Personería* es el cargo o ministerio del personero, que en el orden jurídico se relaciona con la *personalidad*, la que a su vez se vincula con la capacidad y la representación legal.

Además, la calidad o la condición (ya veremos a cuál de ellas se refiere la excepción) se articula con la calidad de *parte*, de modo tal que el problema se suscita con *quien pide en su propio nombre* y necesita para ello de capacidad civil para estar en juicio; o de quien lo plantea en *representación de otro*, en cuyo caso habrá que resolver la suficiencia del mandato conferido y su posibilidad de realización jurídica.

1630. CNCiv., Sala A, "Megavisión Producciones S. A. c. Asociación Argentina de Actores", 25/11/1994, *LL* 1995-C-401; *DJ* 1995-2-595. Asimismo, es improcedente el planteo de incompetencia de la justicia en lo comercial de la Capital Federal interpuesto por el Banco de la Nación Argentina con base en que como entidad del Estado solo está sometido a la jurisdicción federal, si no acreditó el interés jurídico en que el litigio se remita a los jueces llamados "federales" cuando la causa está radicada en un tribunal competente para conocer en la materia controvertida (CNCom., Sala D, "Casa Vala S. R. L. c. Banco de la Nación Argentina", 14/07/2000, *LL* 2001-A-667, *J. Agrup.*, caso 15.508).

Las excepciones tienen en cuenta esta diferencia, pues mientras la falta de personería pretende denunciar que no existe capacidad civil para estar en juicio o la insuficiencia de representación; la falta de acción tiene por objeto poner de manifiesto que no media legitimación procesal, es decir, la circunstancia de no ser el actor o el demandado, las personas especialmente habilitadas por la ley para asumir tales calidades con referencia a la concreta materia sobre la que verse el proceso.

No es desconocido que nuestro código adoptó en esta materia, las formas y modalidades de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, donde el concepto se relaciona con la *personalidad*, es decir, con las condiciones necesarias para ser parte. Pero en nuestro sistema puede ocurrir que a pesar de tener capacidad no se pueda adquirir la constitución de "parte" en el proceso. Precisamente, la mayor confusión existente entre legitimación y capacidad es el nexo que se quiere trabar con el concepto de parte, asignándole a este un carácter sustancial, o vinculado con la pertenencia del derecho subjetivo que, en realidad, nada tiene que ver.

En síntesis, la personería tiene dos facetas que no se vinculan entre sí. Por un lado se refiere a la capacidad para constituirse en parte; y por otro, a la representación que asignan quienes son incapaces, o los que teniendo capacidad, invisten a otro en su mandatario.

353.2 Capacidad

Una de las cuestiones más difíciles de conciliar es la relación entre quien plantea una pretensión ante la justicia estatal, y esta le reclama que acredite la titularidad del derecho (*legitimatio ad causam*) para darle entrada al proceso judicial.

Una vez definido el interés que moviliza la presentación ante la jurisdicción, nos encontramos ante un nuevo avatar. No basta ser "dueño" del derecho subjetivo, ni alcanza con fundar adecuadamente el "interés" que se reclama. Para postular es preciso, además, tener capacidad para hacerlo, de manera que por esa aptitud tendrá posibilidades de actuar como lo pretende.

El Código Civil y Comercial confronta actualmente con el esquema procesal que considera como presupuesto la idoneidad para ser sujeto de derechos. El conflicto atraviesa por la capacidad jurídica, toda vez que el modelo civil parte de considerar capaz a toda persona,

mientras que en lo procesal la capacidad se toma como un presupuesto que se habilita desde los dieciocho (18) años y ha de estar unida con el interés y la posibilidad jurídica de intervenir.

Dice Palacio que este tipo de capacidad:

> … supone, por lo tanto, la aptitud legal de ejercer los derechos y de cumplir los deberes inherentes a la calidad de parte o peticionario. De allí que, así como la capacidad para asumir tales calidades constituye un reflejo de la capacidad jurídica genéricamente considerada, la capacidad procesal viene a reeditar, en el ámbito del proceso, los principios que el derecho privado contiene en materia de capacidad de obrar o de hecho.[1631]

El término se clarifica cuando se aprecia que a partir del concepto deben distinguirse dos grandes ámbitos en los cuales se desenvuelve la idea de capacidad: por un lado, lo que se denomina tradicionalmente *capacidad de derecho*, que significa la idoneidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, o bien, capacidad de goce o capacidad de disfrute para ser titular de derechos, según las preferencias de cada uno de los autores que han tratado el tema; por otro lado, se infiere el concepto de capacidad de ejercicio o *capacidad de obrar*, que supone la facultad de poder ejercitar el propio sujeto esos derechos y deberes de los cuales es titular.

El cambio operado en el derecho civil está en que en tiempos del Código de Vélez Sarsfield había incapaces de hecho y de derecho que suplían su inhabilidad procesal con tutores o curadores que actuaban en representación. Actualmente toda persona se entiende con capacidad de disfrute y sin incapacidades plenas, las que se entienden más como inhabilidades que se resuelven con apoyos y con representación legal.

Un ejemplo típico que podríamos señalar se da con la capacidad del menor de edad y su posibilidad de estar en juicio. Si tiene, por ejemplo, dieciséis (16) años y se realiza un tatuaje habría que preguntar si necesita autorización de sus padres para hacerlo, pero él es dueño de su cuerpo y una artística impresa no pondría en riesgo su vida. Luego este tatuaje no tiene aceptación de los padres que deciden demandar al artista en representación de su hijo afectado. Una tendencia podría decir que el dueño del cuerpo es el niño y que tiene en los términos del artículo 26 del CCyC legitimación suficiente para obrar sin la asistencia paternalista de sus padres; otros, con mirada procesal, dirán que

1631. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. III, p. 32.

menores son los que tienen menos de dieciocho (18) años y, en consecuencias, no tienen capacidad procesal.

Por este punto de vista, la legitimación haría a la primera de las configuraciones, en tanto que la calidad de parte, a la restante. Sin embargo ello sería propio, por ejemplo, para el derecho italiano, donde se indica que "tienen capacidad para estar en juicio las personas que tienen el libre ejercicio de los derechos que en él se hacen valer" (art. 75, Código Procesal Civil), de modo tal que coincide la capacidad de derecho material con la capacidad asignada por el derecho procesal. Pero en nuestro sistema tal similitud no es posible, toda vez que la legitimación es un concepto procesal diferente de la legitimación civil.

Ahora bien, si la capacidad procesal no se identifica con la capacidad civil, ¿qué referentes le encontramos en tanto las normas procesales son instrumentales de las que constituyen el derecho de fondo? y de este modo ¿deben articularse con la capacidad civil?

La explicación puede partir de un encuentro en el derecho sustantivo que no se da en el derecho procesal. La capacidad de obrar y la capacidad jurídica son, en el derecho de fondo, aspectos de una misma realidad. Por eso cuando se necesitan ejercitar a través de la pretensión (o la resistencia u oposición) la ley adjetiva pide que se tengan ciertas cualidades con relación a momentos diversos que sufre el proceso.

Ellas asientan, básicamente, en la legitimación *ad processum* que son los presupuestos necesarios para la efectiva constitución de la litis.

De estas cualidades surge el verdadero contexto de la legitimación procesal y se comprende por qué tiene solamente carácter instrumental, sin posibilidad alguna de remitirlo a categorías del derecho de fondo. De todos modos es preciso afirmar que el cumplimiento eficaz del acto procesal exige la capacidad prevista por las normas materiales para cada situación en particular. Con este razonamiento podemos concluir que la capacidad procesal no tiene categoría ni jerarquías propias sino en relación con lo que obtiene del derecho sustancial.

Las reglas han de perfilarse a partir de las disposiciones materiales, y la legitimación dependerá de los demás presupuestos instrumentales, sin perjuicio que sean reservadas ciertas capacidades especiales para el trámite procesal.

En definitiva, si bien la persona puede tener *legitimación* para obrar en una causa, ella misma quizás no tenga la *capacidad* requerida

para estar en juicio. Mientras en la legitimación el tema vincula relaciones entre sujetos, y entre el sujeto con el interés que quiere tutelar; en la capacidad referimos a una aptitud legal señalada a través de disposiciones materiales.

Por eso mismo, también, la legitimación para obrar se plantea como una excepción distinta, comúnmente llamada "falta de acción", que aun teniendo proximidades, es diferente a la que analizamos en este trabajo.

353.3 La capacidad procesal

La excepción dilatoria de falta de capacidad civil para estar en juicio es un aspecto de la falta de personería. Sin embargo, toda la excepción se denomina "falta de personería", pero ella es viable: a) cuando se la funda en la carencia de capacidad civil de los litigantes para estar en juicio, o b) en la insuficiencia de la representación invocada.

Empero, por esta vía no se podrá denunciar la ausencia de legitimación procesal, es decir, la circunstancia de que el actor o el demandado no sean las personas especialmente habilitadas por la ley para asumir tales calidades con referencia a la concreta materia sobre la que versa el proceso. Ello está previsto en el artículo 347, inciso 3 del Código Procesal.

Por tanto, dos son las causales susceptibles de condicionar la admisibilidad de la excepción de falta de personería: la ausencia de capacidad procesal en el actor o en el demandado, y la falta, defecto o insuficiencia de la representación –necesaria o voluntaria– de quienes comparecen al proceso en nombre de aquellos.[1632]

La falta de capacidad es un vicio subsanable, y por lo tanto, puede corregirse el defecto a través de los conferimientos de representación (legal, no voluntaria) o mandato pertinentes. Son impedimentos absolutamente conexos con el derecho material, porque de estas normas se toma la capacidad civil que el código procesal contempla.

1632. Se ha dicho que las causales de admisibilidad de la excepción de falta de personería son la ausencia de capacidad procesal en el actor o el demandado y la falta, defecto o insuficiencia de la representación, necesaria o voluntaria, de quienes comparecen al proceso en nombre de aquellos. Tales extremos no concurren si el ejecutante expresamente aclaró al promover la demanda que, ante la falta de ratificación de la gestión de negocios invocada respecto de los cónyuges que firmaron la escritura, actuaba por derecho propio (CNCiv., Sala A, "Serra, Aurelio y otros c. Bauleo, Natalio", 21/04/1997, *LL* 1997-D-176).

También el juez, de oficio, puede rechazar la demanda por falta de capacidad civil –absoluta o relativa– (art. 34, inc. 5, ap. b, CPCCN), tolerando de la parte el recurso de reposición o la apelación directa o en subsidio. A su vez, el actor puede impugnar por las mismas vías una capacidad mal atribuida a una persona que se la tiene por parte, siendo inhábil para ello.

En todos los supuestos, la decisión no hace cosa juzgada sobre el fondo del problema, sino que posterga la investidura como parte, hasta que se acredite debidamente tal presupuesto de admisión.

353.4 La representación de quienes carecen de capacidad

La falta de capacidad procesal (*rectius:* de postulación) puede suplirse –o integrarse– con el instituto de la representación necesaria. Es el caso típico de los padres que asumen el derecho de pedir ante la incapacidad ocasional de sus hijos menores de edad.

En otros supuestos, quienes no tienen capacidad para estar en juicio confieren representaciones legales a otros que, por ese acto, se constituyen en agentes portadores de la cualidad de postulación (*v. gr.* representantes de las personas jurídicas).

Mientras que la concurrencia al proceso acompañada de un abogado de confianza o conferido por el Estado, no supone casos de integración de la capacidad ausente; tan solo ejemplifica el derecho de representación voluntaria a través de las reglas del mandato o del patrocinio jurídico.

En el medio se ubican situaciones muy particulares que merecen un tratamiento singular, en la medida que no se encuentra alterada la capacidad civil para estar en juicio sino la facultad para disponer del derecho que en el proceso se va a debatir (*v. gr.* caso del concursado o quebrado; e incluso, el caso de los menores adultos que tienen una incapacidad transitoria sujeta, de algún modo, a una condición suspensiva que sucederá con el paso del tiempo).

Por estas características, la representación que vincula a los problemas de legitimación, o más correctamente, a los presupuestos procesales, son de tres tipos:

a. La representación legal que la ley asigna para sustituir la falta transitoria de capacidad civil (*v. gr.* menores de edad, tutores, curadores, asistentes, apoyos, etc.);

b. La representación necesaria que deben aplicar las personas jurídicas debidamente organizadas y reconocidas estatutariamente por los órganos del Estado. Se extiende el modismo para los casos de administradores de masas concursales y hereditarias;
c. La representación voluntaria, en la cual una persona que tiene capacidad para actuar prefiere designar a otro para que en su nombre invoque y desarrolle los actos a que él tiene derecho. Como se advierte, no es un caso de suplencia o integración de una capacidad ausente, sino de formas de presentarse al proceso. Se rige por las normas sustantivas pertinentes y, una vez instalado en el juicio, ha de acreditarse adecuadamente la representación.

Señala Serra Domínguez, a quien seguimos en esta clasificación, que

Las tres clases de representación presentan notas comunes y una esencial diferencia en cuanto a su función:

a. El representante debe ser en todo caso capaz procesalmente, ya que de lo contrario no podría completar en forma alguna la posible incapacidad de su representado.
b. El representado actúa en nombre ajeno un derecho igualmente ajeno. El actuar en nombre ajeno lo diferencia de la parte, y explica que las consecuencias procesales y materiales de su actuación repercutan, salvo supuestos excepcionales, en la persona del representado. Parte es el representado, nunca el representante, quien sin embargo puede asumir determinadas responsabilidades procesales por los actos que realice siempre que le sean personalmente imputados.
c. La principal nota distintiva de las tres clases de representación que justifica su tratamiento separado es que mientras en los dos primeros supuestos, representación legal y necesaria, la representación suple la falta de capacidad procesal del representado y posibilita a éste su presencia en el proceso; en cambio, en la representación voluntaria forzosamente deben existir sujetos capaces procesalmente: la parte representada y el representante instrumental. Ello implica importantes diferencias en el tratamiento procesal de dichas instituciones, ya que mientras el voluntariamente representado puede asumir personalmente la dirección del proceso, removiendo a su representante, la persona jurídica puede cambiar su representante necesario, pero no ponerse en su lugar; y el representado legalmente carece, en

> principio, de facultades para designar a su representante, quien deja de serlo tan pronto el representado adquiere capacidad procesal.[1633]

353.5 La representación legal

La representación de un derecho que no resulta propio se debe demostrar en forma preliminar al otorgamiento del pase al contradictorio. Es decir, el derecho de ser titular de un derecho se debe acreditar; y la representación de ese derecho también, pero de una manera formal. En el otro caso, la verificación es de contenido sustancial. Por eso, uno refiere a la legitimación en la causa y se excepciona por la falta de acción; y otro se vincula con la personería suficiente, y es objeto de la defensa dilatoria que estudiamos.

El artículo 46 del Código Procesal, bajo el rótulo de justificación de la personería, dice:

> La persona que se presente en juicio por un derecho que sea propio, aunque le competa ejercerlo en virtud de una representación legal, deberá acompañar con su primer escrito los documentos que acrediten el carácter que inviste.
> Si se invocare la imposibilidad de presentar el documento, ya otorgado, que justifique la representación y el juez considere atendible las razones que se expresen podrá acordar un plazo de hasta veinte (20) días para que se acompañe dicho documento, bajo apercibimiento de tener por inexistente la representación invocada.
> Los padres que comparezcan en representación de sus hijos, no tendrán obligación de presentar las partidas correspondientes, salvo que el juez a petición de parte o de oficio, los emplazare a presentarlas, bajo apercibimiento del pago de las costas y perjuicios que ocasionaren.

La norma requiere, en su primer párrafo, que se acredite el "carácter", tal como pide por su parte la L.E.C. española. El párrafo siguiente admite la interposición de una causal justificativa en la demora de verificación; y la última parte exonera a los padres (antes también al marido que representaba a su mujer) de toda prueba del

1633. Serra Domínguez, Manuel, "Precisiones en torno a los conceptos de parte, capacidad procesal, representación y legitimación", en *Justicia: revista de derecho procesal*, Barcelona, Bosch, 1987, p. 306.

vínculo a excepción de que surjan dudas en el juez que entiende en la causa, o lo pida la contraparte.

Acreditar significa probar con documentos la representación que se invoca, los que deben ser completos y suficientes. No basta con ser un instrumento público porque –en algunas ocasiones– se deben integrar con actas de directorio, o autorizaciones judiciales extendidas al efecto (*v. gr.* poder de actuación emitido tras otorgar el beneficio de litigar sin gastos proyectado hacia otro proceso).

En los fallos se lee que existe el impedimento procesal de la falta de personería si quien invoca la representación de una de las partes no acompaña los instrumentos que acreditan dicha representación o son ellos insuficientes o defectuosos; trátase de una excepción dilatoria y, por ello, no impide que la pretensión del actor pierda eficacia una vez obviados los defectos de que adolecía. En suma, no afecta al derecho material invocado, postergando solo la oportunidad de un pronunciamiento sobre aquel.[1634]

La capacidad que la norma señala refiere a la aptitud intrínseca del sujeto para obrar dentro del proceso asumiendo por sí, o en representación de otro el interés jurídicamente relevante que otorga la legitimación.

353.6 Efectos de la admisión de la excepción de falta de personería

El efecto de la admisión de la excepción dilatoria de falta de personería –no perentoria–no es el rechazo de la demanda, sino la fijación de un plazo durante el cual la parte vencida en el incidente debe subsanar el defecto de su personería, bajo apercibimiento de tenerla por desistida del proceso, conforme lo establece el artículo 354, inciso 4 del Código Procesal.

Sin embargo, por aplicación del principio procesal que tiene a todas las nulidades como relativas, la falta de personería es subsanable en cualquier tiempo, de modo tal que debe aceptarse la documentación que tiene por objeto acreditar la representación del mandatario. En todo caso, si luego de opuesta la excepción de falta de personería

1634. CNCiv., Sala A, "Consorcio de Propietarios Pueyrredón 1751/53/55 c. Consorcio de Propietarios Pueyrredón 1741/43/45", 18/02/1988, *LL* 1988-D-10.

esta es subsanada, quedará acreditada, pero se le impondrán las costas al que lo hizo tardíamente.[1635]

No obstante, también esta conclusión se debate, pues otros sostienen que corresponde que las costas sean soportadas en el orden causado si la documentación tenida en cuenta para decidir el rechazo de la excepción de falta de personería fue incorporada al proceso con posterioridad a la deducción de aquella defensa, aun cuando los instrumentos mentados sean de fecha anterior a su interposición.[1636]

Debe ser notificada personalmente o por cédula, en los términos del artículo 135 del Código Procesal de la Nación, la resolución que concede un plazo para subsanar el defecto encontrado. La falta de personería es un vicio de la representación y de la capacidad procesal para estar en juicio, situaciones ambas que son posibles de saneamiento y que impiden atraparlas en un concierto demasiado formalista. Por eso, para resolver la excepción de falta de personería se debe estar a los términos del poder otorgado, pero dándole la amplitud suficiente para que el apoderado pueda cumplir en el pleito su cometido con los menores inconvenientes.

En este sentido, la regularidad de la escritura de poder otorgada por un mandatario no requiere la transcripción del documento habilitante si ese mandato consta, a su vez, en el registro del mismo escribano, bastando al respecto la mención del folio y del año del correspondiente protocolo. Ello por cuanto ninguna disposición legal obliga al escribano a detallar con indicación precisa y concreta todos los pormenores de la documentación exhibida.

Ahora bien, la idoneidad de los títulos exhibidos ante el escribano se presume, pero ello no obsta a la procedencia de la excepción de falta de personería si del poder cuya copia obra en autos no surge que los comparecientes estuvieran investidos de la autoridad suficiente para otorgarlo.

El estudio del poder es el límite para desestimar la excepción, teniendo en cuenta que, como todo instrumento público, debe diferenciarse el aspecto formal del contenido intrínseco. En este sentido, no es admisible la excepción de falta de personería deducida en razón de que los poderes traídos "carecen de la firma puesta en cada una de las fojas", ya que,

1635. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Costas Procesales*, Buenos Aires, Ediar, 3ª ed., 2007, T. I, p. 167 y ss.

1636. CNFed. Conten.adm., Sala I, "Giuliani Hnos., S. A.", 23/08/1979, BCNFed., ag. 979, 12, núm. 34.

de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1001 del Código Civil (ver hoy art. 358 y ss., del CCyC), la escritura pública debe ser "autorizada al final por el escribano", en cuya consecuencia la firma del notario corresponde que lo sea únicamente al cierre del acto, y no en todos y cada uno de los folios en que este se instrumenta, a los fines de su efectiva legalización.[1637]

354. La excepción dilatoria de defecto legal en el modo de proponer la demanda

La excepción de defecto legal se apoya en el principio de legalidad de las formas, pero trasciende ese reducto al proyectarse sobre el derecho de defensa del demandado. Por eso, si bien es cierto no se refiere al fondo de la pretensión que se plantea, al quedar limitado en las solemnidades que debe revestir el escrito de demanda cuando no satisface las exigencias

1637. CNCiv., Sala B, "La Salvia, Carlos A. y otro c. Cantalupi, Jorge G. y otro", 15/08/1978, *LL* 1979-A-571 (referencia: 35.006-S). De igual manera, el simple error material de la omisión de una consonante al consignar el apellido del apoderado en el testimonio del poder, cuando además es de difícil escritura, resulta excusable y por tanto no es suficiente para fundar la excepción de falta de personería (CNCiv., Sala B, "Gómez, Rodolfo S. c. Rossi, Juan C. y otro", 10/02/1983, *ED* 106-654).
También se ha dicho que el hecho de que juntamente con la escritura de otorgamiento de poder por parte del consorcio actor no se haya acompañado copia del acta que confiere carácter de administradora a quien invoca su representación, no constituye fundamento para el acogimiento de la excepción de falta de personería, pues de acuerdo al art. 1003 del Código Civil se cumplen las formalidades legales mediante las declaraciones efectuadas por el notario en tal sentido (CNCiv., Sala C, "Consorcio Vidal 2046/48 c. Ekudale S. A.", 08/11/1994, *LL* 1995-B-122; *DJ* 1995-1-934). Además, si de acuerdo con lo dispuesto por el art. 353, inc. 4, la falta de personería es un vicio subsanable, va de suyo que también debe serlo la omisión de cumplir un nuevo recaudo formal como lo es la falta de legalización del poder (CNCiv., Sala E, "Suárez, Rubén A. c. Marsatelli, Rubén D.", 26/08/1981; *ED* 982-282).
También tiene igual resultado cuando las meras diferencias en el nombre de los apoderados, o el error en el número de documento de identidad del mandatario de la actora, carecen de entidad para fundamentar la excepción de falta de personería (CNCiv., Sala F, 1994/05/26, "Krean S. A. c. Yosco, Francisco H.", 26/05/1994, *DJ* 1995-1-316). Finalmente, tratándose de un instrumento público otorgado en el extranjero, sus formas y solemnidades son regidas por las leyes del lugar de origen (arts. 12 y 950, Código Civil), por lo que desde esta perspectiva resulta inadmisible la excepción de la falta de personería invocada si el excepcionante ni siquiera ha invocado que la forma en que el instrumento se expidió hubiera violado las leyes del lugar de celebración (CNFed. Civ. y Com., Sala I, "Información y Publicaciones, S.A. c. Dercoem, S.A.", 25/10/1985, *LL* 1986-B-359; *DJ* 986-II-54).

y solemnidades legales para permitirle un eficaz ejercicio de ese derecho; también lo es que esa oscura o deficiente redacción le impide al accionado contestar adecuadamente la pretensión, al no tener suficientemente expuestos los hechos de la demanda o las pretensiones reclamadas.

La defensa denominada, también, de "oscuro libelo", impide el progreso de una acción que no está fácticamente configurada o de una petición que carece del grado de determinación compatible con la exigencia impuesta al juzgador para resolverla. En tal sentido el objeto preciso de la excepción es denunciar la omisión o la formulación imprecisa o ambigua de los contenidos que se demandan, al punto que sean de tanta gravedad como para afectar el derecho de defensa del demandado, privándolo de la posibilidad de oponerse adecuadamente a la pretensión o dificultándole la eventual producción de la prueba.

Para verificar que ella procede, debe analizarse si objetivamente la demanda puede o no ser contestada, ya que su admisibilidad se encuentra supeditada a que los vicios revistan una gravedad tal que resulte difícil conocer lo que se pretende, creando en el demandado una situación de perplejidad que le impida ejercer su derecho de defensa. Por tanto, es necesario que la omisión u oscuridad de la demanda coloquen al contrario en verdadero estado de indefensión, al no permitirle oponer las defensas adecuadas u ofrecer las pruebas conducentes.

Tal circunstancia no se advierte cuando la demanda es erróneamente encausada, pues esa deficiencia no le impide a la demandada el ejercicio amplio de su derecho de defensa, como se desprende del hecho de haber contestado la demanda.[1638] Del mismo alcance resulta

1638. CSJN, Fallos: 319:1960, "Ponce, María E. c. Provincia de Buenos Aires y otros". Sin embargo, esta orientación no es tan estricta pues la sola posibilidad de responder no inhabilita la excepción. Por eso, la circunstancia de haberse contestado la demanda no es óbice para admitir la excepción de defecto legal, pues si bien se han controvertido los hechos que originan las actuaciones, aquella se funda en la imposibilidad de ejercer el derecho de defensa respecto del crédito reclamado (CSJN, "Empresa Argentina de Construcciones S.A. c. Sandoval, Avelino D. y otro", 18/06/1991, *LL* 1991-E-81; *DJ* 1991-2-892).
En la excepción de defecto legal, es necesario que el defecto coloque al demandado en una situación desventajosa, de inseguridad o falta de certeza en el responde. De tal modo, si la omisión cuantitativa del monto del reclamo no implica para el excepcionante una desventaja, pues el monto definitivo es determinable en la etapa procesal correspondiente, la excepción es improcedente (CNElect., "Apoderado de Partido Política Abierta para la Integridad Social –PAIS– c. Restantes integrantes de la Alianza transitoria FRE.PA.SO", 14/10/1997, *LL* 1998-C-103).

la denegación de la vía ante la mera omisión o errónea invocación de las normas jurídicas en las cuales se funda la demanda.

En suma, con la excepción de defecto legal se pretende el efectivo cumplimiento de las formalidades prescriptas para la interposición de la demanda, de modo de permitir un eficaz ejercicio del derecho de defensa en juicio, tanto como oposición al oscuro libelo, como para impedir el progreso de una acción que no esté fácticamente configurada como corresponde, o de una petición que carece del grado de determinación compatible con la exigencia impuesta al juzgador para resolverla.

La síntesis muestra que esta defensa pretende desentrañar, clara y objetivamente: a) quién demanda; b) a quién se demanda; c) por qué se demanda, y d) qué se demanda. Tal como afirma Benabentos:

> … la parte accionada al no poder responder a algunos de estos interrogantes, por ser manifiesto que el actor no los ha precisado en su escrito, queda en un estado de indefensión tal que se encuentra impedido de articular una respuesta eficaz o, desde otro ángulo, allanarse a la pretensión de la actora, si esa fuera su intención, por no lograr captar lo que el accionante pretende.[1639]

354.1 Cuáles son los defectos

La regla que guía esta defensa es el derecho de defensa en juicio. Cualquier defecto de la demanda que incida en la posibilidad real de contestar, constituye una causa o fundamento para articular la defensa.

Sin embargo, se afirma que la excepción no procede cuando está fundada en la falta de agregación de una copia del poder de los letrados de la parte actora con la cédula de notificación de la demanda, porque tal defecto no coloca al demandado en un verdadero estado de indefensión por imposibilidad de oponer las defensas adecuadas u ofrecer las pruebas conducentes, sino que pudo ejercer ampliamente su derecho de defensa, tal como surge de la contestación de la demanda.[1640]

1639. Benabentos, Omar Abel, *Excepciones procesales*, Rosario, Juris, 1998, p. 106.

1640. CSJN, Fallos: 327:1443, "Etchepar de Bravo, María I. y otros c. Provincia de Tucumán y otros". En otros casos se dice que la falta de indicación en una demanda por cese de uso de marca del monto reclamado en concepto de perjuicio pecuniario y de clientela, no torna procedente la excepción de defecto legal, toda vez que se trata de cuestiones que se vinculan de manera inescindible con las ventas concertadas por el accionado y por tanto desconocidas por el actor (CNFed. Civ. y Com., Sala II, "Palacios, Gustavo A. c. Aroma

Cuando la contestación se practica puede haber convalidación del defecto por aplicación de las reglas procesales de las nulidades, en particular, el artículo 170 del CPCCN. El error (defecto) se instala en cualquiera de los requisitos de la demanda. Puede ser en el actor sin que el vicio afecte la personería, la representación, o la misma legitimación (*v. gr.* cuando se presenta alguien invocando una representación y en la demanda surgen hechos actuados por otro); puede estar en la misma pretensión, ya sea porque no es concreta, o clara (oscuro libelo); o resultar de un relato de circunstancias confuso donde no se advierta el conflicto de intereses alguno; o, como dice cierta doctrina, "... porque la pretensión resulta inentendible debido a la ambigüedad, vaguedad u oscuridad en el modo de redactar la demanda (recordemos que la ley adjetiva califica con el adjetivo 'claridad' el contenido de la demanda)".[1641]

Los defectos deben ser "claros" y "evidentes", porque de otro modo, sería absurdo cuestionar la demanda por el simple cumplimiento de requerimientos formales.

La jurisprudencia sostiene que corresponde rechazar la excepción de defecto legal interpuesta por la demandada, con sustento en una discordancia entre la prueba ofrecida y producida en la diligencia preliminar y el objeto de la demanda, cuando la accionada ha podido ejercer su derecho de defensa pues para que resulte admisible el planteo fundado en el artículo 347, inciso 5 del Código Procesal, los defectos en el modo de proponer la demanda deben revestir cierta gravedad.[1642]

En síntesis, la excepción de defecto legal procede cuando a pesar de la lectura detenida de la demanda no es posible desentrañar la

---

Café S.A.", 12/11/2002, *DJ* 2003-1-403). Por eso también no prospera cuando se opone en un juicio de rendición de cuentas, alegándose desconocimiento de los trabajos o convenios en los que habría intervenido el actor, si no se controvirtió la relación existente entre las partes, aquel acompañó los debidos detalles y profusa documentación y el demandado pudo ejercer su derecho de defensa, pues la citada defensa sólo procede cuando el vicio que se denuncia reviste una gravedad tal que resulta difícil conocer lo que se pretende, creando en el sujeto pasivo una perplejidad que le impide ejercer el citado derecho (CNCiv., Sala A, "Grigera, Ana C. c. Banco Hipotecario", 06/02/2003, DJ 2003-1, 1012).

1641. Arenillas, Carlos Enrique, "La excepción de defecto legal. Derecho y lenguaje", *Doctrina jurídica patagónica*. Disponible en: www.justiniano.com (fecha de consulta: 12/07/2019).

1642. CNCom., Sala B, "Pollich de Lacroix, Renée y otro c. Cosulich Pasajes y Turismo S.A.", 31/10/2000, *JA* 2002-I-801.

cosa demandada, o cuando falta la determinación del monto reclamado o es confusa su estimación, por lo cual el demandado no puede pretender que por medio de esta excepción se decida sobre la fundabilidad de la pretensión.

354.2 Los defectos en la personalidad procesal

Los errores provenientes de la identificación requerida en el artículo 330, inciso 1 del CPCC pueden quedar observados a través de la excepción de defecto legal. No se debe confundir esta defensa con la excepción de falta de personería o de ausencia de capacidad civil para estar en juicio, o con la misma falta de acción. En la especie se trata de conectar la persona que representa al demandante con el déficit que eventualmente encuentra el demandado que debe responder a la pretensión.

Por ejemplo, si el mandatario abogado no indica su matrícula o algún otro de los requisitos de identificación. Es un defecto, es cierto, pero no impide que la acción se conteste. O un tutor que demanda sin acreditar el título que ostenta, porque allí hay que oponer la falta de personería.

Son excepcionales los casos donde el defecto legal puede instalarse en la persona que pide; sin embargo, por vía de hipótesis, en las acciones colectivas alguien puede asumir la representación del grupo y esgrimir (pretender) un derecho resarcitorio que no es compatible con la clase a la que pretende representar.

También Morello *ad alter* apunta observando que, aun cuando en el escrito introductivo de la instancia se utilice una expresión poco recomendable en cuanto a la individualización de los demandados, ya que no cabe emitir pronunciamientos contra personas indeterminadas, si respecto del quejoso no existe tal incertidumbre, surgiendo datos suficientes sobre su designación como demandado y los antecedentes referidos a los hechos litigiosos, no se percibe la inseguridad de la accionada para formular su responde.[1643]

1643. Morello, Mario Augusto; Sosa, Gualberto Lucas y Berizonce, Roberto Omar, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación*, *op. cit.*, T. IV-B, p. 283.

354.3 Los defectos en la pretensión

La demanda puede constituir el denominado "oscuro libelo" cuando no se sabe, a ciencia cierta, cuál es el objeto perseguido. Las situaciones, que pueden ser de distintos matices, van desde aquellas que proponen alternativas incompatibles –*v. gr.* demanda de rescisión y en subsidio el cumplimiento–, reclamos de imposible cumplimiento, pretensiones contrarias a la moral y/o al orden públicos, etc., hasta aquellas que anidan en errores de presentación, como suele ser la indeterminación del monto reclamado.

Se ha dicho, por ejemplo, que la excepción de defecto legal es procedente cuando la demanda no se ajusta a lo previsto en el artículo 330 del Código Procesal, toda vez que se achaca a la parte demandada el incumplimiento de un deber a su cargo –en el caso, se imputa a una obra social la falta o desidia del tratamiento médico recibido por el actor– pero se omite establecer con precisión cuál es el sustento fáctico de la imputación y cuál es la relación de causalidad existente entre dicho incumplimiento y el daño, lo cual imposibilita el adecuado derecho de defensa.[1644] Va de suyo que son pretensiones que consiguen el despacho de sustanciación, sin que el juez actúe conforme le ordena el código en los artículos 337 o 34, inciso 5, ap. b) del ritual.

Respecto al valor pretendido, la cuestión no tiene uniformidad en el criterio a seguir. Mayoritariamente se dice que es procedente la excepción de defecto legal opuesta respecto de una demanda de daños y perjuicios si las constancias de la causa demuestran que el accionante pudo individualizar cuantitativamente los rubros cuyo resarcimiento demanda en tanto acompañó la documentación en la cual constan las sumas de dinero que debió abonar con motivo del evento dañoso, máxime cuando –en el caso– se trata de un reclamo que se sustenta en la propia actividad comercial que desarrolla.[1645]

1644. CNFed. Civ. y Com., Sala I, "Roche, Matías G. c. Instituto Nac. de Serv. Soc. para Jubilados y Pensionados", 17/07/2003, *DJ* 2004/04/07, 851.

1645. CNFed. Cont. Adm., Sala I, "Granja Tres Arroyos S.A. c. Estado nacional y otros", 25/04/2000, *LL* 2001-C-462; *DJ*, 2001-2-393. Sigue esta línea cuando respecto de los daños y perjuicios objeto de reclamo no se ha establecido suma pretendida alguna y no se advierte configurada la situación de excepción mencionada en la última parte del art. 330, ya que el propio demandante ha indicado una pauta referencial (CNCom., Sala A, "Televisión Satelital Codificada S.A. y otro c. Sistema Televisivo Comunitario S.A. (Canal 4

En cambio, algunos sostienen que configura uno de los supuestos en que el ordenamiento adjetivo (art. 330, inc. 6, CPCCN) releva expresamente al actor de la carga de concretar numéricamente el *quantum* del reclamo, la demanda de daños y perjuicios por infracciones marcarias –en el caso, se rechazó la excepción de defecto legal opuesta por el accionado– pues el mismo es de muy difícil concreción y depende de las pruebas que se deba producir en el proceso.[1646]

Similar criterio se adopta con la falta de determinación del *quantum* de la indemnización pretendida –en el caso, por nulidad de compraventa de acciones–, si existen indicios en la demanda que permitirían delimitar su probable cuantía, lo cual descarta toda indefensión y permite contestar la acción.[1647]

Pergamino)", 13/08/2004, *DJ* 2005/01/12, 87). También procede –en el caso, se trata de un juicio ordinario posterior a la ejecución de un saldo deudor en cuenta corriente bancaria– si el actor omitió identificar los rubros impugnados del saldo deudor y la identificación de los cheques que dice librados en infracción a la firma conjunta prevista en las condiciones de apertura de la cuenta corriente (CNCom., Sala B, "Consorcio de Prop. Obligado 1931/35 c. Banco de Crédito Argentino y otros", 18/08/2000, *DJ* 2001-2-1009). De igual manera se admite plantearla, aun cuando se encuentra limitada a uno de los rubros que componen la pretensión indemnizatoria y con prescindencia de que existan otros rubros que no merecieron observación, pues para garantizar el derecho constitucional de la defensa en juicio es necesario no sólo individualizar perfectamente el objeto reclamado sino también las bases o parámetros que permitan alcanzar su cuantía (CNCom., Sala C, "Albi S.R.L. c. Peugeot Citroën Argentina S.A. y otro", 26/03/2004, *DJ* 2004/07/21, 916).

1646. CNFed. Civ y Com., Sala I, "Editora Austral S.A. c. Deyacobbi, Eduardo", 28/02/2002, *LL* 2002-D-515. Por eso se argumenta que es improcedente la excepción de defecto legal fundada en la falta de determinación del monto reclamado en concepto de daño moral, pues la indeterminación del monto que por el rubro se pretende no coloca al sujeto pasivo en situación desventajosa que dificulte la adecuada refutación de los argumentos esgrimidos como fundamento de la acción, pues su cuantificación es de dificultosa estimación por quien lo reclama y está en principio sujeta a la apreciación judicial (CNCom., Sala C, "Piaggio, Jorge A. c. Banco de Galicia y Buenos Aires", 08/02/2000, *LL* 2000-D-856 [referencia: 42.825-S]).

1647. CNCom., Sala E, "Wittman de Mankukian, Ana c. Preiti, Carlos A. y otros", 14/06/2000, *DJ* 2001-2-1009. Lo que no impide atender otras circunstancias. Por ejemplo, cuando se sostiene que la circunstancia de que la actora consignara el monto reclamado en el escrito inicial no justifica las omisiones incurridas en explicar el criterio utilizado para la estimación de dicho importe, de modo tal que se puede apreciar, siquiera con la debida aproximación, el límite de sus pretensiones. Y como dicha parte no se encuentra en la imposibilidad de suministrar tales datos y, por ende, no se configura la hipótesis contemplada en el inc. 6, párr. 2 del art. 330 del Código Procesal, la excepción de defecto legal resulta procedente (CNFed. Civ. y Com., Sala II, "Hilomar, S. A. c. Capitán y/o propietario y/o Armador Buque Taiko", 11/02/1986, *LL* 1986-C-174; *DJ* 1986-2-684).

En suma, la imprecisión sobre los montos reclamados, si bien pueden no afectar el derecho de defensa desde que su procedencia está supeditada a la acreditación de los hechos que construyen los pilares de la pretensión, es cierto también que no pueden ser tan huidizos como para generar incertidumbre y privar al que contesta de tener la posibilidad de asumir otras decisiones (*v. gr.* allanamiento, conciliación, etc.).

En este sentido, si la demanda es para dar cantidades de cosas o sumas de dinero, ellas deben estar precisadas o dar las bases para su liquidación, so riesgo de constituir un defecto legal en el modo de proponer la pretensión.

354.4 Supuestos de improcedencia

La excepción de defecto legal tiene como objetivo preservar el ejercicio pleno del derecho de defensa; por eso, las nulidades relativas del proceso; los vicios intrascendentes; las omisiones involuntarias; entre otras cuestiones de menor importancia, no se tienen en cuenta pese al defecto que tiene la demanda que se interpone.

Insistimos, para que la excepción de defecto legal sea admitida, es necesario que la omisión u oscuridad de la demanda coloquen al contrario en verdadero estado de indefensión, al no permitirle oponer las defensas adecuadas u ofrecer las pruebas conducentes.

No procede cuando la omisión de exponer el derecho en la demanda (art. 330, inc. 5, Código Procesal), y aun su errónea calificación, no impiden determinar –a través de la relación de los hechos– cuál es la acción que se intenta. Ello así, por cuanto la mentada excepción solo puede prosperar cuando los vicios sean de tal gravedad que resulte difícil conocer lo que se pretende, creando en la contraria una perplejidad que le impida ejercer su derecho de defensa.[1648]

Hay supuestos dudosos, por ejemplo, cuando la argumentación se sostiene en la ausencia de documentación en que se funda la demanda, tanto en el conjunto de la prueba instrumental como en las copias que debieron agregarse al correr traslado.

Algunos han dicho que, siendo la prueba documental parte integrante de la demanda, y toda vez que las dudas planteadas por la demandada

1648. CNFed. Civ. y Com., Sala II, "Banco Hipotecario Nacional c. Vivona, Lidia E. y/u otro", 15/04/1983, *LL* 1983-C-605 [referencia: 36.424-S].

se despejan con la lectura de la documentación obrante en el expediente, es improcedente la excepción de defecto legal opuesta.[1649] Mientras que otros siguen el camino del artículo 120 del Código Procesal, y en el caso de que no se acompañen las copias respectivas con la notificación, correspondería suspender el procedimiento hasta que se diera cumplimiento.

En los supuestos en que se omite acompañar tantas copias como partes intervienen en la litis, dada la gravedad de la sanción prevista, no corresponde atenerse a una interpretación literal que puede conducir a consecuencias no queridas por el legislador; el interesado debe pedir la suspensión del término pertinente hasta que sea provisto de las copias necesarias, por ser tal solución la que mejor se adecua a fin de asegurar el derecho de defensa; y desde que no se adoptaron oportunamente las medidas dispuestas por dicha norma, no cabe hacerlo después sin dar oportunidad al presentante de suplir la omisión en que incurrió.[1650] Por ello, para evitar perjuicios que se pueden impedir, resulta apropiado dar oportunidad al presentante de suplir dicha omisión.

La falta de copias obliga a devolver el escrito que se presenta, a excepción de que se articule en el plazo de dos días contados desde la notificación automática (art. 133, CPCCN) la reposición con el cumplimiento simultáneo de la medida. No obstante, si no se han adoptado oportunamente las medidas dispuestas por el artículo comentado, no cabe hacerlo con posterioridad sin dar oportunidad al presentante para suplir la omisión. Cabe observar que la intimación prevista para el supuesto de omitir la presentación de copias de escritos se notifica por ministerio de la ley solo cuando es dictada oportunamente, mientras que en caso de ser dictada posteriormente a la presentación en la que se omitió acompañar las mismas corresponde su notificación por cédula o personalmente.

El impedimento procesal de defecto legal desempeña una doble función: a) la de oponerse al "oscuro libelo", cuando la demanda no es suficientemente clara y, por ende, no permite el adecuado ejercicio del derecho de defensa; y b) la de obstar al progreso de una acción que carece de grado de determinación compatible con la exigencia impuesta al juez de resolverla.

1649. CNFed. Civ. y Com., Sala II, "La Equitativa del Plata, S.A: de seguros c. Capitán y/o armador y/o prop. buque Punta Norte", 11/02/1983, *LL* 1983-D-642 [referencia: 36.459-S].

1650. CNFed. Civ. y Com., Sala I, "La Buenos Aires, Cía. de seguros c. Expreso Gas y/u otros", 12/12/1978, *LL* 1982-C-496 [referencia: 36-143-S].

355. La excepción de arraigo

El arraigo constituye la garantía que debe prestar el actor que no tiene domicilio en el país, ni bienes en esta, cuando el demandado lo opone como defensa, y pretende asegurar el pago de los gastos del proceso frente a la eventualidad de su resultado.

Si bien tiene autonomía y su naturaleza se aproxima a lo cautelar,[1651] el trámite de ella opera como excepción dilatoria, y se debe articular en forma conjunta con la contestación de la demanda o al reconvenir. Es decir, es una carga económica que se plantea como excepción dilatoria, cuando el actor tiene domicilio en el extranjero; se constituye como una caución que se debe prestar con el fin de garantizar el pago de los gastos del proceso frente a la eventualidad de resultar vencido en las pretensiones que demanda.[1652]

La excepción de arraigo integra el segmento de las denominadas excepciones dilatorias de carácter previo, porque en caso de prosperar excluye temporalmente un pronunciamiento sobre el derecho del actor, que incide en la pronta eficacia de la pretensión, aunque no

1651. No obstante su regulación como defensa previa, la excepción de arraigo es, por su naturaleza, una medida cautelar concedida al sujeto pasivo de una demanda, pues cumple una función de garantía por las probables consecuencias derivadas de un resultado adverso al demandante (CNFed. Civ. y Com., Sala II, "Central Impulsora S.A. c. Saenz Briones y Cía. S.A.", 27/06/1996, *LL* 1996-E-354; *DJ* 1996-2-1062). El mismo temperamento sigue el fallo que indica que la excepción de arraigo es una medida cautelar concedida al demandado a fin de protegerlo frente a las probables consecuencias derivadas de un resultado adverso al actor, y por ende, al fijar el monto del depósito para el arraigo deben tenerse en cuenta los hipotéticos gastos y honorarios que puedan ocasionarse a la parte demandada con motivo de la promoción del juicio (CNFed. Civ. y Com., Sala II, "Grupo Pi Mabe S.A. de CV c. Laboratorios Bagó S.A.", 11/02/2003, *LL* 2003-F-1042).

1652. Aunque a veces suele equipararse el arraigo a la *cautio iudicatum solvi* del derecho romano, corresponde recordar que esta última era una fianza exigible generalmente al demandado. Tal lo que ocurría por ejemplo en el caso de las pretensiones reales, en las que debía garantizar la restitución de la cosa demandada para el supuesto de mediar sentencia condenatoria, evitando de tal manera que el actor tomase posesión de aquella mediante un interdicto (*quem fundum, quam hereditatem y quem usufructum*); en la hipótesis de pretenderse evitar la ejecución sobre los bienes cuando el acreedor iniciaba el procedimiento de ejecución de sentencia y el deudor alegaba la invalidez o el cumplimiento de esta; etc. Véase también, CNCiv., Sala D, 29/04/1982, *LL* 1982-C-376; CNCiv., Sala D, "Torgano c/ Constructora", 16/03/1978, donde se ha sostenido que el arraigo cumple las funciones del embargo pues funciona como una garantía a favor del demandado por eventuales consecuencias adversas a la pretensión del actor.

impide que sea satisfecha una vez eliminados los defectos de que adolecía. Vale decir que esta excepción no tiene por objeto destruir la acción intentada, sino solamente retardar la entrada en el juicio.

Es cierto que es de apreciación restrictiva, en cuanto importaría una lesión al derecho a tener un proceso y a ser oído sin restricciones. La prueba incumbe a quien la deduce, quien ha de demostrar los hechos configurativos de esta medida. Para ello es menester que se acredite la ausencia total de radicación en el país, porque existe en el caso de las personas jurídicas, establecimientos locales que sin figurar como sucursales admiten la fijación de domicilio conocido y, en consecuencia, la improcedencia del arraigo.

Pero también se afirma que, aun encontrándose radicado en el extranjero, si hay bienes inmuebles en el territorio nacional que garanticen suficientemente el problema de las costas procesales, la defensa no procede.

También, para analizar si la defensa es pertinente, se debe analizar concretamente la ausencia de radicación en territorio nacional. Por eso será improcedente la excepción de arraigo planteada por una provincia en una acción de cobro de pesos seguido por una entidad financiera con bienes y domicilio en el país con mandato otorgado para su gestión por una persona jurídica domiciliada en la República Oriental del Uruguay, pues siendo que el Convenio sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos en vigor entre ambos países establece que los domiciliados en uno de los Estados parte gozan ante los tribunales del otro del mismo trato al que tienen derecho quienes en él se domicilian, no corresponde imponer a quien tiene su domicilio en Uruguay la obligación de garantizar los gastos causídicos que ocasione a la otra parte la tramitación del juicio.[1653]

El arraigo se extingue, y procede en consecuencia la cancelación de la garantía prestada, en el supuesto de que el actor traslade su do-

1653. CSJN, "Banco del Sol c. Provincia de Misiones", 31/10/2002, *LL* 2003-B-729. De este encuadre, la Corte ratifica que las sociedades anónimas que ejercen su actividad en una provincia se hallan en las mismas condiciones normales en que se puede encontrar un vecino de igual provincia, ya que la actuación constante en una localidad, el conocimiento de las circunstancias personales y especiales del lugar, la ponderación de los intereses próximos en debate, son los elementos de juicio que conforman el arraigo suficiente de una sociedad en determinada provincia y que tornen inútil su amparo ante el fuero federal (del dictamen del procurador fiscal que la Corte hace suyo) (CSJN, "Espejo, José M. c. Caja de Seguros de Vida S.A.", 10/04/2001, *LL* 2001-F-747; *DJ* 2001-3-721).

micilio al lugar donde tramita el proceso, o si este, por desplazamiento de la competencia, se radica en el lugar del domicilio del actor. La caución debe considerarse subsistente, por el contrario, en el caso de que el actor ceda sus derechos a quien no tiene la carga de arraigar.[1654]

355.1 Cumplimiento de la medida

El monto del arraigo debe ser limitado a una suma congruente con el valor económico del juicio, pues la eventual responsabilidad del actor por el pago de las costas guardará relación con dicho valor. La garantía que se persigue debe ser suficiente para cubrir los gastos y honorarios.

La caución puede ser *real o personal*; en el primer supuesto, a su vez, se podrá constituir en depósito de dinero, títulos o valores; o dando a embargo bienes personales, o constituyendo una prenda o hipoteca; o mediante el afianzamiento con un seguro de caución, o bien, acudiendo a los servicios de un tercero que preste fianza en su nombre. Por su parte, la caución personal se admite en casos excepcionales, y algunos hasta proponen que pueda ser prestada por el letrado patrocinante,[1655] lo que nos resulta incompatible con la finalidad perseguida.

En esta línea, se afirma que corresponde rechazar la caución interpuesta ante una excepción de arraigo, si el actor integró bonos de consolidación de deudas en pesos de la provincia de Buenos Aires, toda vez que los títulos deben mantener constante su poder adquisitivo y el actor no negó en debida forma las expresiones del demandado relativas a que los papeles no cotizan y son prácticamente imposibles de colocar.[1656]

1654. La circunstancia de que el actor haya cedido sus derechos y acciones a una persona que tiene el domicilio que la ley exige para excluir el arraigo, no es fundamento para disponer la cesación del arraigo, ya que el cedente continúa siendo responsable por las eventuales costas que puedan sobrevenir en el caso de rechazarse la demanda (Cam. 2ª CC, La Plata, Sala I, *J.A.* 949-IV-712).

1655. De Gregorio Lavie, Julio, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Ediar, T. 2, 1987, p. 114.

1656. CNFed. Civ. y Com., Sala II, "Salemattie, Alberto y otros c. Comisión Nac. de Valores y otros", 18/12/2003, *DJ* 2004/05/19-176.

355.2 Improcedencia

La excepción de arraigo no es procedente cuando la acción deducida ante un órgano judicial ajeno al domicilio no es autónoma sino subordinada a otra que hace que la relación procesal existente entre accionante y accionado se mantenga sin alteraciones.

Ello ocurre si la demanda es consecuencia de otra anterior, como en el caso, en el cual la acción de daños y perjuicios fue introducida mediante reconvención en el juicio de consignación de alquileres.[1657]

El arraigo no procede en varios supuestos más que la jurisprudencia admite. Si el actor ha obtenido el beneficio de litigar sin gastos; si se ha prorrogado o convenido expresamente la competencia; en un pedido de quiebra, cuando no se trata de una acción por cobro de crédito individual; en el supuesto de reconvención, aunque en algunos casos se ha distinguido si ella opera como una suerte de defensa frente al ataque del adversario, de aquellos en los que la acción de quien reconviene constituye un ataque autónomo, para admitirlo así en este último.[1658]

355.3 Acuerdos internacionales

La eximición de prestar arraigo está contenida en el artículo 17 de la "Convención sobre Procedimiento Civil" de La Haya (Ley N° 23502), y comprende no solo a las personas físicas, sino también a las personas jurídicas sometidas al régimen jurídico de un Estado contratante, ya sea por su lugar de constitución o su domicilio legal.

1657. CNCiv., Sala A, "Hofman, Jorge G. c. González, Luisa, suc.", 21/05/1996. Y también es improcedente, pese a que el actor no tenga domicilio o bienes inmuebles en la República, si ha sido llevado a accionar en la extraña jurisdicción debido a la conducta contractual o procesal previa de la contraparte, pues el pacto que establece la jurisdicción opera como causal eximente de la carga de arraigar (CNCom., Sala A, "Man Sun Weawing Factory Ltda. c. Duratox S.A.", 13/07/2001, *JA* 2002-II-758). Tampoco puede prosperar la excepción de arraigo si al interponerla ni siquiera se menciona que el demandante no tiene domicilio en el país, extremo que no sólo debe ser alegado sino probado por el excepcionante, y tampoco se niega ni pone en tela de juicio el domicilio real en este capital denunciado por el actor en la demanda (CNCiv., Sala K, "Bernaus, José F. c. Bonci, Romeo O.", 31/08/1995, *LL* 1996-A-176).

1658. Godoy Berrocal, María Elena, "Excepción de arraigo", en Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Defensas y excepciones*, *op. cit.*, p. 327 y ss.

Es cierto que la citada norma hace referencia a los "nacionales de un Estado contratante", pero también lo es que no existe razón para acotar la cuestión a las personas físicas y resulta evidente el fin de la disposición de equiparar a ese efecto dichas sociedades con las constituidas o domiciliadas en el país.

La excepción de arraigo no solo resulta manifiestamente inadmisible en un juicio de alimentos, en atención a la sumariedad que caracteriza a este proceso, sino que, además, el instituto ha perdido en la República Argentina virtualidad respecto de los países signatarios de la Convención sobre Procedimiento Civil adoptado en La Haya.

La Corte sostiene que, los agravios del recurrente relativos a la aplicación de la Convención sobre Procedimiento Civil del 1° de marzo de 1954, que exime a los nacionales de los Estados adherentes de la necesidad de prestar arraigo, suscitan cuestión federal que habilita la instancia extraordinaria, si el sentenciante obvió –en el caso, con sustento en que el planteo no se articuló en la instancia anterior– la norma legal aplicable al caso, que era susceptible de ser determinada en virtud del principio *iura novit curia*.[1659]

356. La excepción perentoria de falta de acción

La naturaleza de esta excepción es en cierto modo contradictoria con el desenvolvimiento de la teoría de la acción y esencialmente, con las aptitudes necesarias para convertirse en parte en una contienda judicial.

Ello porque la finalidad de la defensa es relacionar la demanda con la persona que ejercita el derecho de acción. La idea es que solamente quien posea "acción" tendría "aptitud para obrar" y estar así legitimado para abrir un proceso judicial. Con este enclave, estar legitimado para actuar significaría tanto como tener una situación individual que permite contar con una expectativa cierta a la sentencia; de este modo se evidencia la íntima relación entre legitimación y pretensión.

En sentido inverso, la *sine actionis agit* (falta de acción) solo puede alegarse ante la ausencia de esa integración adecuada entre partes, es decir, a la controversia debida entre quienes son o debieran ser "partes legítimas".

1659. CSJN, "S., J. F. R. c. M., S.", 15/05/2001, *LL* 2001-E-732.

En consecuencia, la principal característica de la "falta de acción" es la inexistencia de calidad o aptitud para poder reclamar una sentencia favorable. De modo tal, que es menester establecer concretamente cuál es la calidad del actor demandante: si es efectivamente titular de la relación jurídica que esgrime y si ello le da posibilidad cierta de pretender una sentencia favorable a su petición.

Cuando no se tiene aptitud, o se carece de capacidad para estar en juicio, o existe un conflicto de legitimación, corresponde alegarlo mediante la excepción de falta de acción. En prieta síntesis: el objeto perseguido por la excepción de falta de acción (*sine actionis agit*) es la extinción de la pretensión de quien demandó.[1660]

Ya recordamos que para el demandado, la legitimación asume dos aspectos esenciales. Por un lado, que sea identificada en forma adecuada y correcta la persona que deduce la pretensión; y por otro, que sea esta persona quien deba enfrentar el derecho alegado y cuente con posibilidades reales de ser oída. El primer aspecto se refiere a la legitimación *ad causam* del actor; el otro, a la legitimación del sujeto pasivo, aunque este derecho sea únicamente proyección del principio de bilateralidad y no signifique que por contestar tenga ya legitimación en la causa. Ese derecho a ser parte obliga a tener que llamar directamente al proceso judicial a toda persona legitimada para ello, por poseer derechos e intereses legítimos, para convertirse en parte procesal, y ejercitar el derecho de defensa contradictoria si le conviene.

El concepto de parte completa la idea, es decir, aquella que incoa la demanda y tiene derecho a obtener una sentencia sobre las pretensiones que presenta; ante aquel que puede ser efectivamente condenado. Por tanto, las cuestiones de legitimación están sostenidas en el principio de legalidad, y como tales, son temas constitucionales al estar afincadas en el acceso a la justicia, y en el derecho de defensa en juicio.

En síntesis, se trata de afianzar la idea de que la legitimación para obrar –activa y pasiva– no puede ser negada *a priori* por vincular el derecho de pedir con el derecho o interés a que se le reconozca una cuestión de derecho material. Debe tener prioridad el derecho de acceso a

1660. Montaldo Maiocchi, Valeria, "Falta de legitimación para obrar", en Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Defensas y excepciones, op. cit.*, p. 199 y ss.

la justicia y el derecho a sustanciar un proceso que contenga suficientes expectativas para llegar a una sentencia justa e igualitaria.

En la jurisprudencia este reclamo no es tan contundente. En efecto, es cierto que la Corte ha ampliado las fronteras de la legitimación y que en algunos supuestos revocó la resolución que admitió la excepción de falta de legitimación activa opuesta por quien consideraba que el daño reclamado no era personal ni directo, o que estaba representado por quien carecía de facultades suficientes.

En esta línea se sigue el criterio y se afirma que procede dejar sin efecto la decisión que hace lugar a la falta de legitimación deducida por la empresa prestadora del servicio de energía eléctrica ante la demanda entablada por quien afirmó haber sufrido un daño como consecuencia de un corte del servicio de suministro de energía eléctrica ocurrido en la vivienda de un familiar mientras se encontraban en el lugar, pues se trata de quien persigue la reparación de un daño propio y puede por ende reclamar en carácter de damnificado directo.[1661]

La idea fue que la mayor o menor probabilidad de prosperar que pudiera tener la demanda, con la consecuente atribución de responsabilidad para el demandado –en el caso, empresa prestadora del servicio de energía eléctrica a quien se le reclama la reparación del daño causado por un corte de luz– no puede servir de sustento a la excepción de falta de legitimación activa ya que la fundabilidad de la pretensión constituye un asunto extraño al ámbito de la dicha defensa.

También se dice que corresponde rechazar la excepción de falta de legitimación activa planteada por el Estado en una causa donde se discute la vigencia de leyes previsionales –en el caso, régimen previsional de magistrados y funcionarios del Poder Judicial– pues si bien el actor no ha cumplido en la actualidad con los requisitos para acogerse al beneficio jubilatorio, al encontrarse sujeto a los descuentos de aportes previsionales, posee un derecho subjetivo actual jurídicamente protegido el cual permite que la ley lo habilite para asumir tal calidad.[1662]

1661. CNFed. Civ. y Com., Sala II, "Drzevoko, Luisa y otros c. Edesur S.A.", 26/11/2002, *DJ* 2003/03/26, 741; *DJ* 2003-1-741.

1662. CNFed. Cont. Adm., Sala V, "Canero, Hermindo F. c. Estado Nacional", 20/03/2000, *LL* 2000-E-369; *DJ* 2000-3-733.

356.1 La legitimación pasiva como excepción

Uno de los principales requisitos de la demanda consiste en individualizar a las partes. Si ello no se cumple adecuadamente, el sujeto pasivo de la relación que se pretende trabar puede articular las defensas de defecto legal en el modo de proponer la demanda, o bien, la excepción de falta de legitimación pasiva.

Estrictamente, se procura que debatan la cuestión litigiosa aquellas personas idóneas o habilitadas por la ley para hacerlo; circunstancia no siempre de fácil esclarecimiento, pues acceden en el caso posibilidades distintas.

Ellas son:

a. Que ni el actor ni el demandado sean los titulares de la relación jurídica sustancial que argumenta la pretensión, con prescindencia de su fundabilidad;

   Por este camino transitan los fallos que dicen: si bien el artículo 136 de la Constitución de la Provincia de Santiago del Estero prescribe que el Defensor del Pueblo "tiene legitimación procesal", ello no significa que los jueces no deban examinar, en cada caso, si corresponde asignar a aquel el carácter de titular de la relación jurídica en que sustenta la pretensión, como es exigible en todo proceso judicial.[1663]

   Resulta ajeno a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación entender en un proceso en el que se reclama por los daños sufridos por una persona que mientras se encontraba a bordo de un tren fue alcanzada por un proyectil, donde se amplió la demanda contra una provincia que había sido citada como tercero a juicio por la demandada con la sola invocación genérica del poder de policía de seguridad, pues no reviste el carácter de titular de la relación jurídica en que se sustenta la pretensión, no tiene un interés directo en el pleito y no es parte sustancia en la litis (del dictamen del procurador general que la Corte hace suyo).[1664]

1663. CSJN, Fallos: 326:663, "Defensor del Pueblo de la Provincia de Santiago del Estero c. Provincia de Tucumán y otro".

1664. CSJN, Fallos: 326:608, "Ferreyra, Osvaldo A. c. Transportes Metropolitanos General Roca S.A.y otros".

Corresponde rechazar *in limine* la demanda incoada por un sindicato en representación de todos los trabajadores esgrimiendo derechos individuales de cada uno de ellos y solicitando la entrega de acciones, bonos de participación en las ganancias y demás compensaciones correspondientes al Programa de Propiedad Participada, pues al no ser titular de la relación jurídica sustancial, debió acreditar la representación legal o el consentimiento de sus afiliados a fin de justificar su intervención.[1665]

El demandado que opone la falta de legitimación pasiva con fundamento en que él no es titular de la relación jurídica objeto del pleito sino que actuó en representación de una sociedad, tiene la inexcusable carga de probar la existencia de dicha persona jurídica así como la representación que invoca.[1666]

b. Que tratándose de un sustituto procesal, no sea titular del derecho objeto de la contienda.

La excepción de falta de legitimación para obrar se identifica con la tradicionalmente denominada defensa de falta de acción –*sine actione agit*– y, por tanto, su carácter de perentoria es indiscutible pero únicamente cuando mediante ella se denuncia que el actor o el demandado no son los titulares de la relación jurídica sustancial en que se funda la pretensión o que no concurre respecto de quien se presenta como sustituto procesal, el requisito que lo autoriza para actuar en tal carácter.[1667]

c. Que relacionándose con terceros intervinientes, estos no fueren titulares de un interés jurídico que pudiera ser afectado por la sentencia.

Procede el tratamiento de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por tercero citado –en el caso, se citó a la Provincia de Buenos Aires en un juicio de daños y perjuicios

1665. CNFed. Civ. y Com., Sala I, "Sindicato de Pers. de Fabricaciones Militares Altos Hornos Zapla c. Aceros Zapla S.A.", 08/04/2003; *DJ* 2003-2-1112.

1666. CNCom., Sala C, "Giella, Juan C. c. Klekoc, Roberto", 25/04/2000, *LL* 2000-F-987 [referencia: 43.242-S]; *DJ*, 2001-2-1009.

1667. CNCiv., Sala F, "Esteban de Teruggi, María J. y otros c. Brillo, Ricardo F.", 23/08/1978, *JA* 979-II-450. Por eso, la legitimación que correspondía al fallido sobre los bienes que le fueron desapoderados es ejercitada por el síndico de la quiebra, en funciones de sustituto procesal (CCiv. y Com., Junín, "Zanotti, Oscar L. c. Zanotti, Oscar J.", 15/11/1984, *LL* 1985-D-559 [referencia: 36.951-S]; *ED* 114-215).

causados al actor por el impacto de un proyectil arrojado al tren en el que viajaba– si en miras a la determinación de la competencia originaria de la Corte Suprema *ratione personae* resulta pertinente el examen de esa cuestión.[1668]

Empero, transcurrido el plazo contenido en el artículo 346 se tiene que desestimar por extemporánea la citación del tercero y la excepción de falta de legitimación activa opuestas, por ejemplo, por la Administración Nacional de Aduanas, sin que sean aplicables las disposiciones contenidas en el Código Aduanero ya que se ordenó correr traslado de la demanda conforme las disposiciones contenidas en el Código Procesal.[1669]

Ahora bien, una vez producida la citación, el tercero no puede oponerse a la intervención decretada en el proceso por ninguna vía o recurso. Es por ello que la articulación de la defensa de falta de legitimación para obrar en la calidad en que fue convocado, no resulta admisible.

En otros casos, se advierte que el pago efectuado por un tercero priva de legitimación sustancial activa –o sea de la calidad de acreedor– al primitivo titular del crédito, que queda subrogado en su rol por quien efectuó el pago.[1670]

d. Que mediando un litisconsorcio necesario, no integren la relación jurídico procesal todos los contradictores obligados.

En estos supuestos la falta manifiesta de legitimación para obrar, procede cuando mediante alguna hipótesis de "litisconsorcio necesario", la pretensión no ha sido deducida por o frente a todos los sujetos procesalmente legitimados.

Se configura la misma, por ejemplo, en el caso donde dos de los copropietarios de la finca pretenden se condene a la comuna demandada a expropiarla en su totalidad, previo pago de la indemnización correspondiente. Es decir, no se encuentran ejerciendo un derecho sobre sus porciones indivisas, sino que

1668. CSJN, Fallos: 323:2982, "Tossini, Eva S. c. Transportes Metropolitanos Gral. Roca S.A. y otro".

1669. CNFed. Civ. y Com., Sala II, "Agencia Marítima Dulce S.A. c. Administración Nacional de Aduanas", 10/12/1998, *LL* 1999D-346; *DJ* 19993175.

1670. CNFed. Civ y Com., Sala II, "Kantier, S.A. c. Sánchez Granel, Eduardo Obras de Ingeniería, S.A. y otra", 29/05/1981, *JA* 982-I-515.

pretenden hacerlo sobre el bien en su integridad, conducta que les está vedada si no es con el consenso de su otro condómino.[1671]
La acción promovida por una coheredera que dice ser administradora de bienes relictos, interesa a todos los demás coherederos, pues la legitimación pasiva, en tal caso, incumbe a todos ellos. Se trata, en tal caso, de un supuesto de litisconsorcio necesario pues la eficacia de la sentencia a dictarse en el proceso, se encuentra subordinada a la circunstancia de que la pretensión procesal sea propuesta a todos los interesados en la cuestión, por ser común a todos ellos la única relación jurídica.[1672]
La característica esencial del litisconsorcio facultativo es que cada uno de los litisconsortes se encuentre en condiciones de invocar una legitimación procesal autónoma. Por ello, a diferencia del litisconsorcio necesario, tanto el resultado del proceso, como el contenido de la sentencia definitiva pueden ser distintos con respecto a cada uno de ellos.
Ello asi porque el litisconsorcio necesario implica la existencia de una pretensión única, cuya característica esencial reside en la circunstancia de que solo puede ser interpuesta por o frente a varios legitimados, y no por o frente a alguno de ellos solamente, en tanto la legitimación activa o pasiva corresponde en forma conjunta a un grupo de personas, y no independientemente a cada una de ellas.
Cada caso señala las dificultades notorias para conocer el concepto de justas partes, y por tanto, advierte sobre lo complicado que resulta esclarecer el derecho de obrar como antejuicio de legalidad sobre la debida integración de la litis.
El carácter manifiesto que demuestre *ab initio* la imposibilidad de dar trámite a quienes no acrediten suficientemente el requisito de postulación es verdaderamente excepcional. No se encuentran muchos casos evidentes de inadmisión de la demanda por carecer quien la presenta de legitimación para obrar.

1671. CNCiv., Sala E, "Fumaio, José y otro c. Municipalidad de la Capital", 11/06/1985, *LL* 1985-D-378.

1672. CNCiv., Sala E, "Lopresti, María I c. Barbiere de Lopresti, Inés V.", 18/06/1985, *LL* 1985-E-204; *DJ* 1986-1-691.

> Esa misma ausencia de claridad, *prima facie*, deriva a que la excepción de falta de legitimación pasiva sea facultativa para el accionado, quien podrá oponerla conjuntamente con otras defensas en el tiempo procesal oportunamente dispuesto.

356.2 Prueba de la ausencia de legitimación pasiva

Quien opone la excepción de falta de legitimación pasiva como defensa de fondo debe acreditar el carácter de manifiesto que razonen los motivos para rechazar de plano la demanda articulada. La prueba debe confirmar la inexistencia de condiciones para que el demandado pueda ser eventualmente obligado a cumplir la pretensión instalada.

Es decir, existe una diferencia sustancial entre el accionado que pretende salir de un proceso donde no se considera parte, y la falta de acción en el actor, pues esta última –*sine actione agit*– cuando se plantea como defensa de fondo –no como previa–, no supone requisitos formales específicos, toda vez que se refiere a la titularidad de la pretensión, basta que el accionado haya negado expresa y concretamente esa titularidad y los hechos en que ella se funda. Esta constituye una de las condiciones de admisión de la pretensión accionada y a su respecto el demandado puede limitarse a negar los presupuestos fácticos en que la misma se apoya, con lo cual el juez estará habilitado –y obligado– a decidir si concurre o no esa condición, y en caso de que la conclusión fuere negativa, corresponder rechazar la demanda.

356.3 Trámite de la excepción

De la excepción se debe correr traslado a la contraria por cinco días (arts. 350 y 150 del Código Procesal), por cédula (art. 135 inciso 2), o por actuación notarial o medios similares (art. 136), a efectos de permitir la correcta distribución de las cargas procesales, y específicamente, del derecho a la contradicción.

La determinación sobre si es o no manifiesta está contenida en las potestades judiciales de apreciación. Si se considera que es evidente, queda supuesto que los elementos obrantes en la causa son suficientes para resolver, sin necesidad de prueba. En cambio, si fuere necesario ejercer

actividad probatoria, la misma se desenvuelve conjuntamente con las demás ofrecidas en el proceso común y se decide con la sentencia final.

La resolución judicial que admite o rechaza la excepción de falta de legitimación es recurrible, pero si el fundamento de la decisión reside en que aquella no es manifiesta, el artículo 353, párrafo 2 CPCCN, establece la irrecurribilidad.

357. La excepción perentoria de litispendencia

Fácil resulta definir la litispendencia como "pendencia de un litigio o proceso". El sentido significa que si hay una controversia en trámite, entre las mismas partes y por el mismo objeto, el segundo procedimiento deviene inadmisible.

Sin embargo, la comodidad de lo etimológico no satisface la naturaleza del instituto, porque por litispendencia también se puede interpretar aquello que es remanente de un proceso tramitado y que proyecta su resultado a través de efectos hacia las partes y por la cosa juzgada.

Esto hace que la doctrina divida la interpretación de la defensa. Cuando hay proceso en trámite, corresponde la litispendencia; si aquel culminó y no tiene recursos pendientes, la excepción eventual es la cosa juzgada. El problema aparece con las situaciones intermedias, donde un proceso no consigue aún la sentencia definitiva (*v. gr.* por tener en trámite recursos extraordinarios) y con ello se considera pendiente.

De este modo, mientras unos consideran que esos efectos son precisamente los que caracterizan a la litispendencia;[1673] otros creen que dichos efectos se producen como consecuencia del significado de pendencia del proceso.

Ahora bien, si la finalidad de la litispendencia está relacionada con la duración del juicio, para evitar que se duplique el conocimiento de una causa que se encuentre en trámite, es notorio que paralizar los efectos de la segunda demanda exige más requisitos para no poner en riesgo el derecho a ser oído, o la genérica garantía del debido proceso.

Rosenberg sostiene que "en el fondo deberían diferenciarse los efectos de la presentación de la demanda como acto único y los de la

1673. Ver por todos, Málaga Diéguez, Francisco, *La Litispendencia*, Barcelona, Bosch, p. 27 y ss.

litispendencia como estado permanente, su equiparación facilita la exposición y, sobre todo, no es perjudicial".[1674]

Entonces, para afiliar un sentido uniforme a la defensa de litispendencia hay que desigualarlo de los efectos que produce la demanda, y de aquellos que se provocan con la promoción de la instancia; de este modo, la configuración como defensa técnica elude el supuesto compromiso constitucional que la afecta.

Claro que si la litispendencia tiende a la eficacia del proceso primero, no se ve porque actúa con esa finalidad en el litigio donde se opone. La respuesta aparece con la regla constitucional *non bis in idem*, por la cual no se puede sustanciar dos veces un mismo problema entre las mismas partes.

En suma, cabe hablar de litispendencia cuando existe otro proceso pendiente entre las mismas partes, en virtud de la misma causa y por el mismo objeto, es decir, frente a la coexistencia de dos pretensiones cuyos elementos son idénticos. Para su procedencia se requiere también que ambos procesos tengan el mismo trámite, de manera que no basta la mera petición.

La excepción debe fundarse en un juicio no concluido, en el cual concurran las tres identidades de persona, de causa y de objeto, constituyendo un requisito esencial que la demanda en el otro pleito haya sido notificada.[1675]

357.1 Requisitos de admisión

La excepción de litispendencia requiere: a) actuaciones en trámite, es decir proceso judicial en trámite. No tiene el mismo efecto la pendencia de trámite administrativo; b) demanda notificada, porque el estado de litispendencia se consigue recién después de trabada la litis y no desde que esta se promueve; c) el proceso debe estar pendiente

1674. Rosenberg, Leo, *Tratado de derecho procesal civil*, traducción por Ángela Romera Vera, Buenos Aires, Ejea, 1955, T. II, p. 119.

1675. La excepción es procedente cuando se funda en otro juicio seguido entre las mismas partes, no obstante que se haya acreditado el inicio de las actuaciones solamente con la copia del escrito de demanda, si no está cuestionada la existencia y el alcance de la controversia pendiente y la parte contra quien se opone la defensa no demostró interés en impulsar el conocimiento del trámite judicial en curso (CNCiv., Sala C, "Alba Cía. de seguros c. Transtotal de J. H. Caparrós", 14/02/2000, *LL* 2000-E-878 [42.988-S]; *DJ* 2000-3-774.

de resolución, porque de haber alcanzado sentencia firme la excepción viable es la cosa juzgada; y d) el llamado principio de la triple identidad, es decir igualdad de partes (sujetos), igualdad de pretensiones (título), e igualdad de objeto (causa).

En suma, para que exista litispendencia, es necesario que el segundo proceso que se ha promovido sea total y absolutamente idéntico al anterior, pues debe concurrir una identidad de sujetos –colocados en la misma calidad–, de causa o título y de objeto o petición, pues solo así queda determinada la imposibilidad de que coexistan ambos juicios.

El fundamento de esta excepción radica en la necesidad de evitar que una misma pretensión, es decir, una única situación de hecho o de derecho, sea objeto de un doble conocimiento, con un inútil dispendio de actividad jurisdiccional, desvirtuándose así la función judicial y la naturaleza misma del derecho, con la posibilidad de que se dicten sentencias contradictorias.

Estas identidades son para cualquier tipo de procesos, por lo tanto, el impedimento procesal de litispendencia solo puede prosperar cuando se lo funda en la existencia de otro juicio ejecutivo no concluido entre las mismas partes y por el mismo título. Se requiere que exista otro juicio ejecutivo con el cual se produce la concurrencia de las tres identidades: a) partes, b) la misma deuda, c) igual título. Ello se corresponde con la naturaleza del juicio ejecutivo, ya que la pretensión de que se examine un proceso presuntamente conexo solo conduciría –por vía elíptica– a analizar la causa de la obligación lo cual se encuentra vedado en esta clase de procesos, pues ordinarizarían el juicio ejecutivo, anulando su naturaleza sumaria y tornaría inoperante la única vía lícita para debatir la relación sustancial.

357.2 Litispendencia y acumulación de procesos

Hay litispendencia propiamente dicha, cuando el segundo proceso que se ha promovido es total y absolutamente idéntico (por su objeto litigioso o controversial) al primero. En cambio existe acumulación de procesos, en general, si la sentencia que haya de dictarse en un juicio, pudiese producir efectos de cosa juzgada en otro u otros, todo ello con el agregado de que, mientras en la litispendencia deben darse las tres identidades de "personas" y su posición jurídica o calidad,

"causa o título" y "petición" (acto de tutela y objeto), los procesos se acumulan para ser todos definidos por sentencia única cuando entre ellos solo mediare conexidad.

La excepción de litispendencia es un impedimento procesal que no se funda en la posibilidad de sentencias contradictorias, sino en la posibilidad jurídica de que una única situación de hecho o de derecho se juzgue en dos procesos distintos.

Oportunamente, la Ley N° 22434 modificó el artículo 190 del Código Procesal y eliminó la posibilidad de obtener la acumulación de procesos mediante la excepción de litispendencia. De manera tal que la procedencia de la defensa se reduce actualmente a los supuestos en que exista la triple identidad (partes, objeto y causa). Es que ambos institutos a pesar de las similitudes, son claramente diferenciables no solamente por cuanto la acumulación de procesos no requiere que coincidan los tres elementos mencionados sino también por cuanto este solo determina el desplazamiento de la competencia y el dictado de una sentencia común, en tanto la litispendencia, el archivo de las actuaciones.

357.3 Otros supuestos

Se afirma también que resulta procedente la excepción de litispendencia y en consecuencia corresponde obrar según lo previsto por el artículo 354, inciso 3, último párrafo, si los padres del causante demandaron en ambas sedes (civil y laboral) a la empleadora con la finalidad de obtener la reparación patrimonial del daño ocasionado por el accidente que ocasionara la muerte del trabajador.[1676]

En cambio, es improcedente en el juicio por ejecución de expensas, toda vez que el proceso invocado es seguido entre las partes bajo las normas del juicio ordinario y su acogimiento conllevaría la acumulación fundada en la conexidad de sendos procesos.[1677]

No obstante se afirma que, si bien la excepción de litispendencia es en principio improcedente cuando se invoca la existencia de un juicio de conocimiento respecto de otro ejecutivo, no solo porque

1676. CNTrab., Sala III, "Levy Iglesias, Marina R. y otro c. Consolidar A.F.J.P. y otro", 29/06/2001, *DT*, 2002-A-866, con nota de Azucena Beatríz Ragusa.

1677. CNCiv., Sala H, "Marcovecchio, Néstor O. y otros c. Di Franco, Reinaldo V.", 14/08/2003, *JA*, 2003/10/15-62; *JA*, 2003-III-511.

se sustancian por distintos trámites sino también por cuanto puede constituir un factor de frustración de la vía ejecutiva, es dable excepcionar tal principio ante la existencia de un juicio de consignación iniciado por el ejecutado, pues de otro modo se privaría de eficacia a la norma del artículo 757 del Código Civil.[1678]

En cuanto a la verificación del crédito en el concurso de un coobligado no produce efectos de litispendencia respecto del otro obligado contra el que se inició el juicio ejecutivo por el mismo crédito –en el caso, se rechazó la excepción de litispendencia interpuesta por el fiador accionado–, pues la acción promovida contra uno de los obligados no impide accionar contra los otros.[1679]

358. La excepción perentoria de cosa juzgada

La cosa juzgada (*res judicata*) como defensa es una barrera contra las intenciones de replantear un proceso que se ha resuelto con anterioridad entre las mismas partes y con el mismo objeto. Desde otra perspectiva, la cosa juzgada es un efecto de la sentencia judicial que no tiene más recursos que la puedan modificar (principio de ejecutoriedad), provocando en sí misma un derecho individual derivado del pronunciamiento.

La regla constitucional que se aplica en el proceso penal se conoce como *non bis in idem*, o evitar que nadie sea juzgado dos veces por la misma causa. En materia civil, se admite cuando una demanda pretende lograr un nuevo pronunciamiento sobre una cuestión resuelta anteriormente con carácter firme en otro litigio, constituyendo un medio de asegurar la inmutabilidad de tal decisión y evitar el dictado de una nueva sentencia eventualmente contradictoria.[1680]

El escándalo jurídico, que se suma a la inseguridad reinante ante tal posibilidad, se resguarda con la defensa de *res judicata*, materializando así la función pública del proceso: la paz social. En ese sentido

1678. CNCiv., Sala A, "Consorcio de Prop. Tucumán 2360/2/6 c. Finversol S.A.", 26/03/2003; *DJ*, 2003-2-594.

1679. CNCom., Sala C, "Banca Nazionale del Lavoro c. Fontevecchia, Jorge A.", 14/05/2004, *DJ* 2004/10/13-500.

1680. CNCiv., Sala F, "Cedrun, Bibiano c/ Lopez, Angel", 08/07/1993, *JA* 1997-II, sint.

se ha dicho que esta defensa cumple una función de evitar la tramitación de un proceso que versa sobre lo ya juzgado en otro.[1681]

La doble función es evidente; por un lado, un cometido negativo que consiste en prevenir la tramitación de un litigio ya sentenciado, y por el otro, una labor de entidad positiva, que es mantener la paz social.

358.1 Fundamentos

En el derecho romano la excepción de cosa juzgada (*exceptio rei iudicatae*) se utilizó para conseguir la eficacia y seguridad de las decisiones jurisdiccionales. La búsqueda permanente por la certeza debía encontrar un equilibrio ante la proliferación de los recursos judiciales, que por su tiempo para interponerlos y por las demoras en resolver, provocaba una gran inestabilidad de los derechos en conflicto.

La naturaleza asignada tuvo exponentes diversos. Para algunos la cosa juzgada representaba la verdad del proceso (Ulpiano), siglos después controvertido para afirmar que no era más que una ficción legal (Savigny); o una presunción de autenticidad (Pothier), entre muchas más tendencias y opiniones.

Para la doctrina alemana es una declaración de certeza con carácter indiscutible y, para la italiana, de imperatividad y eficacia. Otros autores señalan que es una declaración de eficacia con tres características: inimpugnabilidad, inmutabilidad o inmodificabilidad y coercibilidad.

358.2 Requisitos

Con similar encuadre que la excepción de litispendencia, la actual exige también la plenitud de las tres identidades.

La que corresponde a las personas (*eadem personae*) persigue confrontar que sean las mismas partes las del segundo proceso de aquel que obtuvo la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

Couture decía que para realizar adecuadamente la simetría se debía encontrar una "identidad jurídica", es decir, el mismo debate legal; la extensión del resultado o "sucesión" del derecho conseguido y eludir aquellos casos de representación que podían ser físicamente distintas pero

1681. Denofrio, Juan Carlos y Rodríguez, María Fabiola, "Cosa juzgada", en Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Defensas y excepciones*, *op. cit.*, p. 285 y ss.

radicar entre ellos identidad legal (por ejemplo, entre un heredero del demandante ya fallecido y el demandado) o, por el contrario ser físicamente idénticas y no existir tal identidad (por ejemplo, entre el demandante y el ex-representante de una persona jurídica antes demandada).[1682]

Luego la identidad de objeto (*eadem res*), que debe espejar en el proceso que quiere la duplicación la misma pretensión que fuera juzgada.

En este caso se atienden los llamados *límites subjetivos de la cosa juzgada*, que exigen ponderar para la admisión de la defensa la eventual sucesión de derechos o de la conexión jurídica existente entre partes y terceros, para que queden alcanzados por la decisión.

También se consideran los *límites objetivos*, que hacen a la tercera identidad necesaria (*eadem causae*), que se refiere al objeto resuelto que no tolera replanteos ni reconsideraciones, aun cuando sea esta actualmente una posición de cierta inestabilidad.

358.3 La sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada

La excepción de cosa juzgada, en cada circunstancia que actúa, tiende a indicar que el debate no puede reiterarse porque ya cuentan con una decisión judicial firme y consentida. Por eso no es admisible cuando la resolución adoptada no tiene este carácter.

Así se explica que debe rechazarse la excepción de cosa juzgada opuesta por el demandado –en el caso, Entel Residual– con fundamento en la existencia de un acuerdo de desvinculación laboral suscripto con el actor ante la autoridad administrativa –Ministerio de Trabajo–, toda vez que dicho instrumento no puede asimilarse en su sustancia y efectos a una sentencia judicial firme.[1683]

El fundamento de la cosa juzgada no responde tanto a motivos de justicia como de seguridad jurídica, al punto que la norma procesal

1682. Couture, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 145.

1683. CNFed. Civ y Com., Sala I, "Crocitto, Néstor E. y otros c. Entel Residual y otro", 05/09/2002, *LL* 2003-D-528. De igual modo, corresponde desestimar la excepción de cosa juzgada si no se denunció la existencia de una sentencia judicial firme, sino que por el contrario se indicó que se suscribió entre las partes un acuerdo de desvinculación laboral por ante la autoridad administrativa del Ministerio de Trabajo; instrumento que de ninguna manera, puede ser asimilado en su sustancia y efectos a una sentencia judicial firme (CNFed. Civ. y Com., Sala I, "Gianferro, Ana M. y otros c. Estado Nacional Entel Residual y otro", 05/09/2002, *DJ* 2003/03/26-740; *DJ* 2003-1-740).

permite que tanto la litispendencia como la cosa juzgada se puedan declarar en cualquier estado de la causa (art. 347, párr. final, CPCC).

358.4 La defensa de cosa juzgada frente a terceros

El derecho reconocido en sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada se incorpora al patrimonio del beneficiario del fallo, del cual no puede ser privado sin riesgo de transgredirse los principios constitucionales que resguardan la propiedad, sin embargo dicha regla encuentra excepción en casos extremos como, por ejemplo, la existencia de dolo en la causa en que se dictó la sentencia pues en tal se da un supuesto de cosa juzgada írrita o fraudulenta.

Por eso, cuando se pretende conveniente extender a terceros la cosa juzgada, el fundamento aportado debe considerarse restrictivo y debe ser admitida solo por excepción cuando las circunstancias demuestren que así lo exige un interés legítimo.

Por tanto, el codeudor que no fue parte en el juicio se encuentra legitimado para oponer la excepción de cosa juzgada –en el caso, fue rechazada por no contener los procesos identidad de objeto y causa– pues esta puede ser invocada por el coacreedor contra el deudor que fuera parte en el juicio o por el codeudor contra el acreedor que fuera parte en el pleito si beneficia pero no si perjudica.[1684]

En cambio, la sentencia puede alcanzar a terceros que se vinculan por un nexo societario. De este modo se afirma que, dada la naturaleza de la sociedad colectiva, los socios que la integran contraen responsabilidad subsidiaria, ilimitada y solidaria por las obligaciones sociales y, por lo tanto, deben responder por la obligación demandada si la sociedad no atiende su compromiso, lo que implica que la sentencia que se pronuncie contra la sociedad –en el caso, por despido– tiene fuerza de cosa juzgada contra los socios.[1685]

Otro caso de proyecciones de la sentencia a terceros ausentes se menciona en los derechos difusos, en los cuales los conceptos tradicionales

1684. CNCom., Sala A, "Banco Mayo Coop. Ltdo. c. Méndez, Enrique A. y otro", 30/03/2001, *LL* 2001-D-356; *DJ* 2001-2-1044.

1685. CNTrab., Sala III, "Núñez, José J. c. Prieri y Cía. y otro", 27/12/2002, *LL* 2003-D-237; *IMP* 2003-13-109.

deben superarse permitiendo aplicar los efectos logrados según la eficacia alcanzada en la tutela perseguida.

La legitimación abierta que tolera este tipo de procesos, sea como acciones populares, de clase, o mediante el denominado amparo colectivo, indican que la aproximación a la calidad de parte se encuentra en el litisconsorcio, donde cada uno de los sujetos tiene una porción del interés que unifica (da homogeneidad) y aplica a todos los resultados del proceso. No obstante, la sentencia disvaliosa para la tutela buscada permite replantear el caso, siguiendo para ello el principio *pro actione*, que relativiza el concepto material asignado a la cosa juzgada como creadora de derecho.

359. La excepción perentoria de transacción, conciliación y desistimiento

Teniendo en cuenta que cualquiera de las figuras procesales señaladas en el título son modos anormales de terminación del proceso, debiera considerarse que se vinculan al mismo tiempo con la excepción de cosa juzgada, porque respecto de cada uno de ellos, existe una sentencia homologatoria que ha dado al acuerdo carácter definitivo.

La diferencia aparece con los convenios extraprocesales, donde la representación que tienen no se relaciona con la cosa juzgada, como sí con el principio de buena fe. Por eso, la excepción de transacción extrajudicial o prejudicial debe ser considerada como de previo y especial pronunciamiento, aunque requiera de prueba.

En estos casos de acuerdos privados, la prudencia judicial debe extremarse para no afectar derechos de las partes o de terceros. En tal sentido, se ha dicho que la excepción de transacción interpuesta debe ser rechazada si la misma se refiere a un convenio celebrado entre la compañía aseguradora demandada y el actor padre del menor víctima de un grave accidente de tránsito, que a fin de obtener el resarcimiento por los graves daños sufridos por este aceptó de la compañía una suma de dinero que no guarda relación alguna con los valores a conjugar en el caso

derivados de la aplicación de las normas de forma y fondo pertinentes y que demuestra el quebranto del principio de igualdad de las partes.[1686]

En el Código Procesal se unifica el tratamiento, y se las adopta como defensas contra la pretensión abierta. Con la respectiva oposición se manifiesta el resultado conseguido en una negociación previa, la cual por vía de principio, no cuenta con sentencia homologatoria, porque de haberla, la excepción sería de cosa juzgada. La particularidad adquirida está en que la sentencia que resuelve la excepción, una vez que queda firme, adquiere ella efectos de cosa juzgada.

En lo sucesivo, en la eventualidad de nuevos replanteos se acumularían las defensas, es decir, tanto las emergentes de la concertación (basadas en la buena fe en los negocios) como de la eficacia de la cosa juzgada.

El objetivo de las excepciones es igual que las otras. Son sustanciales porque atacan el derecho de fondo, y son perentorias porque aniquilan con su procedencia el proceso incoado. Couture le asigna una naturaleza mixta, al decir que son excepciones perentorias deducidas en forma de artículo previo, dado que funcionando procesalmente como dilatorias, provocan en caso de ser acogidas los efectos de las perentorias.[1687]

Por ejemplo, el que invoca la transacción tampoco quiere dilucidar el derecho tal cual era, sino que se ampara en un estado de cosas que ha surgido luego del acuerdo y que hace innecesario cualquier debate sobre el estado anterior; la transacción, que es el equivalente contractual de la sentencia, actúa en el juicio como una verdadera excepción de cosa juzgada.[1688]

La comunidad dispuesta en el régimen procesal no impide que estudiemos la singularidad de cada uno.

359.1 Transacción

El artículo 1641 del Código Civil y Comercial aclara que "... la transacción es un contrato por el cual las partes, para evitar un litigio, o

1686. C. Civ. y Com., Mercedes, Sala I, 09/02/1999, *ED* 186-353.

1687. "Estas excepciones ponen fin al juicio, pero no mediante un pronunciamiento sobre la existencia o inexistencia del derecho sino merced al reconocimiento de una situación jurídica que hace innecesario entrar a analizar el fondo mismo del derecho" (Couture, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 88).

1688. Lata, Guadalupe, "Transacción, conciliación y desistimiento del derecho", en Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Defensas y excepciones, op. cit.*, p. 299 y ss.

ponerle fin, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones dudosas o litigiosas".

El alcance material del acuerdo se transmite al artículo 308 del CPCCN:

> Las partes podrán hacer valer la transacción del derecho en litigio, con la presentación del convenio o suscripción de acta ante el juez. Este se limitará a examinar la concurrencia de los requisitos exigidos por la ley para la validez de la transacción y la homologará o no. En este último caso, continuarán los procedimientos del juicio.

La diferencia entre una y otra norma es la siguiente. El régimen de fondo permite que las partes negocien y extingan obligaciones de alcance incierto para ellas, o que estando en litigio, las solucionen con la pacificación acordada. En cambio, en el ordenamiento procesal la necesidad de proceso judicial es ineludible, porque de otro modo, aunque exista el acto, la intervención judicial es innecesaria.

Por eso la asimetría proviene de la sentencia homologatoria, pues esta solo procede para las hipótesis de transacción y conciliación de derechos en litigio. Si fuesen dudosos y la transacción se presentara al tribunal a fines homologatorios, regirá el artículo 308 citado; pero si no tiene la vista del tribunal, solamente trabajará como prueba de la voluntad expresada por las partes.

A veces el problema surge con los pactos realizados por uno de los integrantes del litisconsorcio, toda vez que, por vía de principio, el negocio conseguido no extiende sus efectos a los otros, salvo el supuesto normado por el artículo 1645 del CCCN que constituye una excepción al principio de los efectos personales de la transacción. Es decir, cuando no se trata de una obligación solidaria, sino de las denominadas *in solidum*, no resulta oponible como defensa la transacción.

Los requisitos para oponer al progreso de una demanda la excepción de transacción, son los siguientes: a) el acuerdo instrumentado entre las partes donde conste la transacción; b) en el mismo, para ser transacción, tendrá que contener renuncias recíprocas, y c) debe tratarse de acuerdo sobre obligaciones litigiosas o dudosas.

La falta de uno de estos requisitos dificulta la admisión de la defensa, pero no la destruye porque se puede acomodar en otras figuras jurídicas de similar encuadre (*v. gr.* acuerdo de mediación; conciliación; pacto de arbitraje; etc.).

El segundo requisito exige que existan *concesiones recíprocas*, pues si no surge claramente la bilateralidad del consentimiento, habrá renuncia pero no una transacción.[1689] Debe existir una reciprocidad en los sacrificios, no importa que estos sean proporcionales o equivalentes, para que no se trate de una renuncia unilateral.[1690]

Finalmente la transacción sobre derechos litigiosos (o dudosos con acuerdo homologado) solo es posible cuando se consigue dentro de un proceso notificado, porque solo en estos se encuentran definidas las pretensiones. Un acuerdo anterior (*v. gr.* mediación) no versa sobre derechos litigiosos, salvo que se requiera una sentencia homologatoria.

Recuérdese que del Código Civil se colige que las partes que llevan adelante una transacción extrajudicial sobre obligaciones litigiosas (o sea que se encuentren sujetas a un proceso determinado), deben presentar el documento que exterioriza la voluntad ante el magistrado competente; en caso contrario, frente a la nueva demanda no podrán hacer valer dicha transacción.

El último tramo de la acreditación del acto es su presentación formal para evitar la nulidad, que será *absoluta* porque ella no está instituida para asegurar el derecho de las partes sino para proteger los intereses de los terceros que dentro del expediente tienen un medio eficaz de publicidad.[1691]

359.2 Conciliación

La conciliación como defensa surge de un contexto similar al de la transacción. Puede ser producto de un acto del proceso (*v. gr.* art. 360, CPCC), o de una etapa previa extrajudicial como es la interpuesta para los procesos laborales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Una y otra tienen el mismo efecto, al cancelar de común acuerdo una con-

1689. En materia de transacción, mientras exista reciprocidad de sacrificios, no importa la cuantía de ello ni su equivalencia o desigualdad. En efecto, las concesiones o sacrificios recíprocos no tienen por qué guardar proporción, pues cualquier disparidad no empaña la existencia de la transacción como contrato. (CNCiv., Sala K, "Giglio de Zapiola c/ Radioemisora Cultural S.A.", 30/08/1996, *LL* 1997- D-77).

1690. Fallos CSJN: 317:263, "Kestner SACI c/ YPF Soc. del Estado".

1691. Llambías, Jorge Joaquín, *Código Civil Anotado*, T. II-A, Obligaciones en General, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 818.

troversia. Pero solo vale como excepción cuando es el resultado de una actividad jurisdiccional.

Es decir, el acuerdo de conciliación aprobado por el juez o tribunal es el título que acredita la excepción perentoria. Por eso, se ha dicho que siendo condición de validez de los acuerdos conciliatorios realizados ante la autoridad administrativa del trabajo la resolución homologatoria del órgano competente, según lo dispone el artículo 15 de la Ley de Contrato de Trabajo, la conciliación realizada en dicha sede entre las partes y no homologada no reviste el carácter de cosa juzgada administrativa, en consecuencia, debe rechazarse la excepción opuesta por la demandada.[1692]

En definitiva, la conciliación tiene iguales efectos y consecuencias que la transacción, siendo aplicable iguales principios. Como la sentencia homologatoria no exige demasiadas formalidades al homologarse con una providencia simple (arts. 160 y 162, CPCC), la excepción se acredita con el acuerdo, el cual al celebrarse ante el juez, y homologado por este, tiene la autoridad de la cosa juzgada.

359.3 Desistimiento del derecho

Esta excepción se relaciona con el artículo 305 del Código Procesal, que presupone como requisito previo y esencial la existencia de un proceso judicial donde el juez resuelve homologar el desistimiento del derecho que, como tal, supone abdicar, renunciar o abandonar un derecho propio, conviniendo con la otra parte las condiciones para ello.

Si falta la anuencia judicial, la negociación previa se puede argumentar como prueba, por lo que la naturaleza jurídica de este instituto es la de un negocio jurídico; mientras que el desistimiento, en sí mismo se refiere al denominado modo anormal de terminación del proceso que, al encontrarse incluido como excepción perentoria, se funda en la existencia de actos anormales de conclusión procesal cuya eficacia equivale a la de la cosa juzgada.

La defensa requiere como requisito de admisibilidad que se acompañen los instrumentos o testimonios que acrediten el desistimiento de un proceso en el cual se hubiera reclamado una pretensión similar

1692. T. Trabajo Lanús, Nº 2, "Mariani, Mónica C. c. Editorial Panamericana S. R. L. y otros", 29/26/1998, *LLBA* 1998-1390.

respecto de los mismos sujetos procesales; por lo cual, ello no ocurre cuando únicamente se pretende oponer la renuncia contenida en una escritura que se arrimó al proceso, que si bien fue concebida para hacerla valer ante los procesos que allí se indican, no se ha acreditado que así hubiera ocurrido y, aun cuando se sostenga que ello no es necesario, tampoco se ha acreditado, ni siquiera alegado, que en dichos procesos los excepcionados hubieran demandado al excepcionante por el mismo objeto de los fundamentos del dictamen del fiscal de Cámara que la Cámara hace suyos.[1693]

El único desistimiento permitido como excepción es del derecho, por la naturaleza propia del negocio que se acuerda; la declinación del proceso, en cambio, no tiene entidad suficiente para obligar hacia el futuro sino, únicamente, en la instancia abierta que se renuncia voluntariamente.

El desistimiento del derecho se asemeja a la renuncia de los derechos del acreedor establecida en los artículos 909, 1261, 1485 y concordantes del Código Civil y Comercial. Se trata de un abandono o abdicación que el titular del derecho realiza, con respecto de cualquier prerrogativa suya, incluso la misma titularidad del derecho de que se trate.

360. La excepción de prescripción

La prescripción es un instituto del derecho material que libera al deudor de las obligaciones que debe cumplir cuando estas no se reclaman en el tiempo que la ley asigna. Cuando la demanda se presenta vencido estos plazos, como el juez no puede disponer de oficio la caducidad del derecho (art. 2552, CCyC), se deja en manos del accionado la posibilidad de articular como defensa perentoria lo tardío del reclamo (arts. 2551 y 2553 del CCyC).

La excepción no está prevista en el ordenamiento procesal federal, aunque se indica en el segundo párrafo del artículo 346 que el rebelde que comparece con posterioridad puede argüirla siempre que justifique haber caído en ese estado procesal por causas que no estuvieron a su alcance superar.

1693. CNCom., Sala B, "Martínez Zavalía de Elmart, Rosario F. c. Compañía Azucarera Tucumana, S. A., quiebra", 06/08/1980, *LL* 1981-A-124.

Es una defensa incausada, porque no cuestiona el derecho que se plantea sino la oportunidad para hacerlo.

360.1 La prescripción en la historia del proceso

En el derecho romano las acciones eran perpetuas e imprescriptibles; los plazos fueron muy amplios y las más cortas eran las acciones honorarias que podían reclamarse dentro del año. Esto provocó cierta inseguridad con los derechos reales que, al ser un medio común de adquisición, generó el instituto de la *usucapio*, que permitía la titularidad de bienes y cosas, tras un transcurso de tiempo en la posesión y el dominio. Pero en materia extintiva, pasaron muchos años hasta que fue aceptado el concepto de prescriptibilidad general de las acciones.

> El Derecho Bizantino extendió la extinción por el transcurso del tiempo a las obligaciones civiles o pretorianas perpetuas, al disponer que todas las acciones que no se extinguieran en un término menor de treinta años quedarían sometidas a una prescripción extintiva ordinaria de treinta años, que en algunos casos era más larga.[1694]

Con el Edicto Perpetuo de Salvio Juliano (130 d.C.):

> … todas las acciones del derecho romano adquirieron carácter de perpetuas. Fue con la Constitución del Emperador Teodosio II (424 d.C.), que se estableció el plazo general de treinta años. Justiniano confirmó este plazo, y la amplió a cien años para las acciones a favor de la *Eclessia romana* y de las obras pías, término que pronto se disminuyó a cuarenta años.[1695]

¿Cómo funcionaba la prescripción?: Era considerada como un modo de extinción de las obligaciones *ope exceptionis*, es decir:

> … solo impedían que pudiera reclamarse judicialmente el cumplimiento, otorgándole al deudor una excepción procesal [*exceptio*] para paralizar la acción por él intentada, pero la obligación, en sí misma, continuaba

1694. Hinestrosa, Fernando, *La prescripción extintiva*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 23.

1695. El Edicto Perpetuo fue ordenado por el Emperador Adriano y consistió en una recopilación del derecho pretoriano, comprendiendo los edictos del pretor urbano, del pretor peregrino y los edictos provinciales. La labor de recopilación fue realizada por el jurista Salvio Juliano. Con la sanción de este edicto cesa la actividad creadora de los pretores, quienes en lo sucesivo se limitaron a aplicarlo, careciendo de facultad de modificarlo o derogarlo, facultad que solo tenía el emperador.

> subsistiendo, por lo que, si ella se cumplía extrajudicialmente, el deudor perdía el derecho a reclamar lo pagado, asimilándose de este modo al sistema de las obligaciones naturales.[1696]

La prescripción nunca operaba *ope legis* o *per ministerium legis*. Las fuentes hablan indistintamente de *praescriptio* o de *exceptio* opuesta por el demandado. La palabra *exceptio* se mantiene como concepto procesal, para indicar aquellas circunstancias que privan de eficacia a la acción solo si se hacen valer oportunamente por el demandado. La *praescriptio* es alegada por el demandado y no puede ser declarada de oficio.[1697]

De la regulación romana datan algunas particularidades de la normatividad relativa a la prescripción extintiva: el término comienza a contarse a partir del momento en que el titular de la acción puede ejercitarla, que, en materia de obligaciones, es el incumplimiento. La cuenta del término puede *suspenderse* cuando se presentan ciertas anomalías o razones de peso, como por ejemplo en caso de intervención de personas que merecen una tutela especial, como son los menores, ausentes y pupilos. La suspensión consiste en el cese del cómputo de la prescripción, el cual se reanuda cuando la anomalía desaparece. El término de la prescripción puede también *interrumpirse* (*interruptio*), en cuyo caso se prescinde del tiempo ya transcurrido y se elimina su efecto. Solo se podía producir en dos casos: por iniciativa procesal formal del actor o por reconocimiento del derecho del actor por parte del deudor.

> En materia de términos, la tendencia del derecho romano es a su mayor prolongación, en tanto que en el derecho germánico, dentro de una línea general de prescripción veinteñal, es de advertir la presencia de costumbres locales que abrevian o amplían ese término, dentro de los extremos de cinco a cuarenta años.[1698]

360.2 Oposición y prueba

La prescripción puede ser invocada en todos los casos, con excepción de los supuestos previstos por la ley (art. 2536 CCyC). La razón

1696. García Netto, Irma Adriana y Amans, Carla Victoria, *Derecho Romano*, Buenos Aires, Docencia, 2001, p. 347.

1697. Hinestrosa, Fernando, *La prescripción extintiva*, *op. cit.*, p. 26.

1698. Ibídem, p. 27.

de su existencia radica en la necesidad de preservar principios como el orden, la seguridad jurídica y la paz social. Así, la influencia que ejerce el tiempo en las relaciones jurídicas impone que se evite la excesiva prolongación de relaciones jurídicas inestables poniendo fin a la indecisión de los derechos y consolidando las situaciones creadas por el transcurso del tiempo.

La ley no admite que lo haga cuando ya se han borrado de la memoria de los interesados las circunstancias del acto y hasta es factible la destrucción de los documentos que comprueban la extinción del derecho.[1699]

Todas las normas que refieren a la prescripción tienen carácter imperativo, de modo que no pueden ser modificadas por convención (art. 2533, CCyC). Opera a favor y en contra de todas las personas, excepto disposición legal en contrario; e inclusive los acreedores y cualquier interesado pueden oponer la prescripción, aunque el obligado o propietario no la invoque o la renuncie (art. 2534, código en cita).

Sin embargo, la prescripción ya ganada puede ser renunciada por las personas que pueden otorgar actos de disposición. La renuncia a la prescripción por uno de los codeudores o coposeedores no surte efectos respecto de los demás. No procede la acción de regreso del codeudor renunciante contra sus codeudores liberados por la prescripción (art. 2535, CCyC).

De acuerdo con el artículo 346 del Código Procesal las excepciones del artículo 347 de dicho cuerpo normativo se opondrán únicamente como de previo y especial pronunciamiento en un solo escrito juntamente con la contestación de la demanda o la reconvención.

Para Leguisamón parecería que la expresión "conjuntamente" quiere decir que debe oponerse en el mismo escrito de contestación de demanda; aunque no habría óbice para oponerla en distintos escritos pero presentados al mismo tiempo.[1700] Es decir que debe oponerse dentro de los quince días (en juicio ordinario) o cinco días (en juicios sumarísimos) contados desde la notificación de la demanda o la reconvención.

1699. Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil - Parte General*, Buenos Aires, Abeledo Perrot 12ª edición, 1986, T. II, p. 672.

1700. Leguisamón, Héctor Eduardo, "Aspectos procesales de la defensa de prescripción en el proceso de conocimiento", *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, T. 2003-I, p. 27.

Desde ya que la circunstancia de haberse opuesto excepciones no interrumpe el plazo para contestar la demanda, salvo que se interpusieran con antelación suficiente al vencimiento del plazo, las excepciones de arraigo, falta de personería o defecto legal, de acuerdo a la opinión mayoritaria de la doctrina.

La oposición del derecho de accionar se debe fundar en lo siguiente: a) que se trate de derechos o acciones susceptibles de prescribir; b) que el derecho sea exigible y el titular esté en condiciones de ejercitarlo haciendo valer la acción y, c) que sea opuesta o hecha valer por la parte a quien interesa su declaración, puesto que los jueces no pueden decretarla de oficio.

Sin embargo, el juez puede dispensar de la prescripción ya cumplida al titular de la acción, si dificultades de hecho o maniobras dolosas le obstaculizan temporalmente el ejercicio de la acción, y el titular hace valer sus derechos dentro de los seis (6) meses siguientes a la cesación de los obstáculos.

En el caso de personas incapaces sin representantes el plazo de seis (6) meses se computa desde la cesación de la incapacidad o la aceptación del cargo por el representante. Esta disposición es aplicable a las sucesiones que permanecen vacantes sin curador, si el que es designado hace valer los derechos dentro de los seis meses de haber aceptado el cargo (art. 2550, CCyC).

360.3 Trámite

El párrafo cuarto del artículo 346 del CPCC establece que: "Si se dedujere como excepción, se resolverá como previa si la cuestión fuere de puro derecho".

La jurisprudencia entiende que la excepción ha de considerarse como cuestión de previo y especial pronunciamiento cuando se trata de un tema de puro derecho, donde el juez solo debe analizar el cumplimiento del plazo.

Si el actor o el reconviniente invocan un acto interruptivo de la prescripción, requiere de compulsa probatoria, motivo por el cual la prescripción será resuelta en la sentencia definitiva como un capítulo preliminar dentro del pronunciamiento. Así, si las partes discrepan en relación al punto de partida del curso de la prescripción, si la

actora invocó una relación sustancial que debe ser objeto de prueba, si existen hechos controvertidos que deben ser objeto de comprobación.

La oposición de la prescripción por el demandado, aun cuando revista el carácter de previa, no suspende su derecho a contrademandar por vía de la reconvención, en particular si existe autonomía entre las pretensiones introducidas en la demanda y la reconvención. Aunque se haya invocado la excepción de prescripción para ser tratada en la sentencia, ello no obsta a que el juez califique jurídicamente el planteo en virtud del principio *iura novit curia* y lo resuelva sin esperar hasta esa oportunidad, si según su criterio la cuestión es de puro derecho y ningún perjuicio causa al demandado la decisión del juzgador de tratarla como defensa de fondo.

Por imperativo del artículo 135, inciso 17 del CPCC la resolución que dispone el traslado de la prescripción debe efectuarse personalmente o por cédula y por un plazo de cinco días en los juicios ordinarios y de tres en los sumarísimos. En la redacción anterior, solo autorizaba la deducción de la excepción con carácter previo si la prescripción fuere de puro derecho, siendo el plazo de interposición de diez días en el proceso ordinario.

El artículo 354, inciso 2 del CPCC dispone que una vez firme la resolución que declare procedente la excepción de prescripción tratada como previa, el juez ordenará el archivo del expediente porque se trata de defensas que extinguen la acción intentada. Esta resolución es de carácter interlocutoria, debiendo el actor o reconviniente interponer los recursos apropiados para este tipo de resoluciones, los que serán concedidos en relación y con efecto suspensivo.

En el caso de tratarse la cuestión con la sentencia de fondo, el juez deberá conferir tratamiento a la prescripción en primer término. Si bien la procedencia de la excepción de prescripción extingue la acción, el acreedor conserva el derecho como obligación natural, tal como estaba regulado en el artículo 515, inciso 2 del Código Civil hoy derogado.

360.4 Oportunidad para plantear la prescripción

La prescripción debe oponerse dentro del plazo para contestar la demanda en los procesos de conocimiento, y para oponer excepciones en los procesos de ejecución.

Los terceros interesados que comparecen al juicio vencidos los términos aplicables a las partes, deben hacerlo en su primera presentación (art. 2553 CCyC).

Con motivo de la reforma impuesta por la Ley N° 25488 se modificó el sistema de las excepciones de previo y especial pronunciamiento, debiéndose oponer "conjuntamente" con la contestación de la demanda o la reconvención. En su redacción actual, las excepciones se deben deducir dentro de los quince días contados desde la notificación de la demanda. En consecuencia, la "primera oportunidad" comenzó un segundo estadio de discusiones.

Leguisamón opina[1701] que en el caso de oposición de excepciones previas como falta de personería, defecto legal o arraigo, debe oponerse la excepción de prescripción conjuntamente con ellas porque esta sería la primera presentación prevista por el artículo 3962 del Código Civil. Asimismo, dicho autor señala que en los supuestos de manifestaciones del demandado anteriores al vencimiento del plazo para contestar la demanda (al responder una intimación, interponer un recurso, articular una nulidad, acusar caducidad de instancia, siempre en un momento anterior a la notificación de la demanda), este debería "anunciar" en las presentaciones que realice que opondrá la prescripción, quedando para la etapa de contestación de la demanda la fundamentación de dicha excepción.

Falcón comparte esta opinión, salvo que se trate de interposición de nulidad sin contestación de demanda; así:

> … si solo se plantea la nulidad de la notificación de la demanda, no se tiene la carga de oponer la prescripción, más allá de que si la nulidad prospera ya haya quedado perdida la oportunidad. Pero si el demandado emplazado a contestar la demanda articuló la nulidad de la notificación, sin perjuicio de lo cual contestó la demanda –obviamente en término– oponiendo la prescripción en la misma presentación, en tales condiciones no se advierte qué interés se estaría tutelando al considerar tardía la articulación aludida, ya que ningún perjuicio puede ocasionar al accionante que la prescripción haya sido opuesta en dicha oportunidad.[1702]

1701. Leguisamón, Héctor Eduardo, "Aspectos procesales de la defensa de prescripción en el proceso de conocimiento", *op. cit.*, p. 27.

1702. Falcón, Enrique Manuel, *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1996, T. III, p. 261.

Por su parte, Colombo interpreta que

> … si hubo una presentación anterior a la contestación de la demanda, de todos modos puede hacerlo al responder la acción, sin que se pierda la oportunidad, pues se interpreta que la primera presentación a la que se refiere el Código es posterior, cuando no se contestó la demanda.[1703]

En tanto Kielmanovich entiende que "el artículo 3962 y el dispositivo procesal que cometamos no imponen que la defensa de prescripción deba ser articulada necesariamente antes de contestar la demanda si medió una presentación previa".[1704]

360.5 Costas

La prescripción hecha valer como defensa o excepción cambia el principio del curso de las costas según la actitud que adopte el actor. Al respecto, el artículo 76 del Código Procesal de la Nación dispone que: "Si el actor se allanase a la prescripción opuesta, las costas se distribuirán en el orden causado".

La solución es similar a la que se adopta para el allanamiento, aunque el primitivo texto de la norma imponía las costas al vencedor cuando prosperaba la excepción de prescripción y esta hubiese sido opuesta después de la contestación de la demanda.

Interesa destacar que Alsina, resumiendo jurisprudencia de la época, alegó que "procede eximir costas al vencido, cuando el vencedor se ha amparado en la prescripción, porque hasta ese momento podía aquel ejercer válidamente su derecho".[1705]

Asimismo Podetti, explicando al respecto el alcance del artículo 221 del Código Procesal (principio objetivo de la derrota) afirmó que la regla comprendería a quien fuera vencido por estar prescripta la acción que inició. Pero si su actitud (criterio subjetivo de conducta procesal)

1703. Colombo, Carlos y Kiper, Claudio, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y comentado*, Buenos Aires, La Ley, 2006, vol. III, p. 648.

1704. Kielmanovich, Jorge, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado*, Buenos Aires, LexisNexis - Abeledo Perrot, 2002, T. I, p. 347.

1705. Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, op. cit.*, p. 345 y jurisprudencia allí citada.

era de sometimiento, el juez podía exonerarlo de las costas en razón del "mérito" que encontraba para ello.[1706]

El tratamiento actual de la institución se debe al cambio de tornas operado con la reforma a la ley de fondo, donde la prescripción requiere petición expresa del interesado en oponerla, es decir, a *contrario sensu*, que no procede la declaración de oficio, aunque se puede requerir la dispensa del artículo 2550 del Código Civil y Comercial. Sin embargo, razones de equidad llevan a observar que persiste el derecho subjetivo y lo ocurrido es que este ha quedado desprovisto del respaldo jurisdiccional por causa del tiempo, de manera que constituye un principio común en la materia la distribución de costas por su orden.[1707]

Este parece ser también el criterio preponderante en la jurisprudencia. Así se ha señalado que

> Cuando prospera la defensa de prescripción y no ha mediado allanamiento del actor, la excepción al principio de que las costas deben ser

1706. "En un principio nuestros jueces admitieron, casi como regla invariable, que las costas debían correr por su orden si la acción no prosperaba por estar prescrita. Más adelante encontramos ya que se distingue según la actitud del actor. Opuesta la prescripción, si el actor no se allana a ella y la sentencia la acoge, no procede eximir de costas al vencido, sí procede en caso de allanamiento. Pero puede haber oposición a la defensa ejercitada por el demandado, que se funde en hechos o en circunstancias que justifiquen esa actitud y permitan eximir al actor de las costas. Procede la exoneración no obstante que el actor no se allanó, si no se le corrió traslado de la excepción. En el caso de la defensa de prescripción liberatoria que prospera. el criterio objetivo de la derrota para la imposición de costas pude parecer injusto.
No obstante reconocerse los fines jurídicos que la prescripción cumple, se la mira con cierta antipatía, en actitud prevenida. Aparte de ese tinte ético que se puede observar en la regla jurisprudencial que comento, su factor radical deriva de la circunstancia de que la prescripción no puede ser relevada de oficio, siendo facultad del demandado hacer uso de ella. Pero lo mismo pasa con la mayoría de las defensas que las leyes autorizan" (Podetti, José Ramiro, "Las costas cuando prospera la defensa de prescripción", *JA* 1946-I, pp. 305 y ss.).

1707. En efecto, se ha dicho que dado que la demanda fue rechazada por efecto de la admisión de la prescripción, las costas generadas por el recurso de apelación deducido por la parte actora deben ser distribuidas en el orden causado (CNCom., Sala E, "Lami, Mirta G. c. Bigne, Francisco A. y otro", 14/08/1997, LL 1998-E-162). Asimismo, se agrega que es procedente la distribución de costas en el orden causado si la cuestión debatida –en el caso, improcedencia de la defensa de prescripción opuesta por el demandado respecto del reclamo de ciertas sumas de carácter salarial fundado en la resolución 500/85 del Ministerio de Defensa– fue materia de plenario con fecha anterior a la promoción de la demanda (CNFed. Contencioso administrativo, Sala III, "Florensa, Ramón y otros c. Ministerio de Defensa", 18/05/1999, *LL* 2000-D-877 [referencia: 42.898-S]; *DJ* 2000-2-925).

> soportadas por la parte vencida, solo puede fundarse en la duda que la cuestión pudo suscitar en derecho, o –en todo caso– en otras particularidades que autoricen a hacer uso de la facultad otorgada, por la segunda parte del artículo 68 del código procesal.[1708]

Fassi y Yáñez así también lo mencionan, aclarando que no obsta el nuevo texto de la norma para que, no mediando allanamiento del actor perdidoso, pueda igualmente ser liberado de las costas cuando se dan algunas de las situaciones de excepción a que alude el artículo 68, parte 2ª del Código Procesal. [1709]

A nuestro entender la doctrina correcta sería eximir de costas al actor cuando se allana inmediatamente a la defensa de la prescripción opuesta por el demandado; en tanto que si resiste a la excepción, las costas correrán el curso del principio objetivo de la derrota.[1710]

De esta manera se respeta la regla general y se interpreta el recto sentido que ha de atribuirse a una norma de excepción condicionada en su técnica al sometimiento inmediato.

Dentro de las singularidades que el caso puede ofrecer, cabe observar que en el litisconsorcio se ha decidido que el allanamiento

---

1708. CNFed. Sala I Civil y Comercial, "Arenera Avellaneda S.A. c. Silos Arenera Buenos Aires S.A.", 23/02/1979, *LL* 1980-C-571 (referencia: 35.487-S).

1709. Fassi, Santiago y Yañez, César, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Astrea, 2° ed., citando dos casos jurisprudenciales que eximen de costas al actor vencido por prescripción; uno, cuando se trata de una cuestión dudosa de derecho y otra, cuando se ha dictado un fallo plenario que modifica el plazo de prescripción de la acción (CNCiv., Sala C, 16/04/1984; *ED* 109-308). Nosotros agregamos: "La naturaleza misma de la defensa de prescripción autoriza a establecer una excepción al principio general de la derrota eximiendo de las costas al letrado perdidoso que había pretendido el cobro de sus honorarios" (CNCiv., Sala G, "Tuldo, Carlos A. c. Brandall, José G.", 14/06/1984).

1710. En este sentido, CNCivil, Sala F, "Martínez Alfredo R. c. Caruso, Leopoldo O.", 20/11/1979, *La Ley*, XLI, A-I-820 sum. 261; íd., "Consorcio Pasco 1281/83 c. Feinstein Carlos A. y otros", 22/03/1980, *La Ley*, XLI, A-I-820, sum. 263; íd. "Echenique Ignacio J. c. Viviendas Bancarias S.A.", 05/04/1980, *La Ley*, XLI, A-I-820, sum. 262. Asimismo se dice que, "si bien el allanamiento producido por el ejecutado significa reconocer la sinrazón de sus pretensiones, confiriéndole, entonces, la calidad de vencido y, por ende, merecedor de la imposición de costas a su cargo, no lo es menos que, en la especie, dada la naturaleza de la defensa opuesta –prescripción–, resulta enteramente aplicable lo dispuesto en el art. 76 del Código procesal. La norma legal en estudio, introducida en nuestro ordenamiento procesal por la Ley N° 22434, al referirse concretamente a la situación del caso sin hacer distingos de ninguna especie, prevalece a cualquier otra disposición general al respecto" (CNCiv., Sala E, "Obras Sanitarias de la Nación c. Instituto de Enseñanza General", 30/11/1984, LL 1985-B-42).

expreso y sin reservas del actor a la excepción de prescripción opuesta por uno de los codemandados y no con relación a ningún otro litisconsorte pasivo, pidiendo el archivo del expediente, si bien hubiera beneficiado a los otros litisconsortes, no es suficiente para englobarlos en la declaración de costas por su orden, toda vez que frente a ellos importa un desistimiento de la demanda.[1711]

361. Defensas temporarias

Se denominan así, a las defensas que tienen sustento en leyes de fondo, que persiguen actividades propias del actor anteriores a promover la demanda. Como se trata de presupuestos procesales necesarios

1711. CNCiv., Sala C, 20/03/1969, *LL* 141-646 (referencia: 25.352-5). Es procedente la imposición de las costas por su orden si, pese a haberse admitido la defensa de prescripción opuesta por el demandado, las particularidades de los hechos que motivaron la promoción de la demanda –en el caso, prolongada enfermedad que el accionante atribuye causada por la ingestión de un medicamento fabricado por el demandado– permiten concluir que el actor pudo razonablemente creerse con derecho a iniciar el juicio (CFed. Rosario, Sala B, "Q., P. A. c. Pfizer S. A.", 09/02/2000, *LL Litoral* 2001-702). Las costas correspondientes al progreso de la excepción de prescripción opuesta a la acción por la cual el actor procuró la percepción de los bonos de participación en las ganancias previstos en la Ley N° 23696 –en el caso, los actores son exdependientes de Yacimientos Petrolíferos Fiscales– deben imponerse por su orden por concurrir el supuesto de excepción contemplado en el art. 68, segundo párr., del Cód. Procesal ante la novedad del tema a decidir y la existencia de pronunciamientos enfrentados acerca de la naturaleza de lo reclamado y el fuero que debe intervenir al respecto (CNTrab., Sala V, "Drault, Emilio A. c. Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos y otro", 17/09/2003, *DJ* 2004/09/08, 151).
Corresponde imponer en el orden causado las costas generadas en ambas instancias por la admisión de la excepción de prescripción de la acción resarcitoria del daño moral causado a un letrado por una falsa denuncia que fue desestimada por el Tribunal de Disciplina del Colegio de Abogados, si los hechos imputados –en el caso, haber actuado sin la mesura y decoro que exige la profesión– tienen entidad para lesionar sus derechos extrapatrimoniales (CNCiv., Sala C, "L. G., F. A. c. P., M. M. y otros", 11/07/2002, *JA* 2002-IV-690; *ED*, 201-578; *RCyS* 2002-899). El rechazo de la excepción de prescripción propuesta por los demandados ante un reclamo fundado en la existencia de vicios redhibitorios que presenta el inmueble adquirido por los actores, confiere a estos el carácter de gananciosos, por lo que en base al principio genérico del art. 68 del Cód. Procesal de la Provincia de Buenos Aires, esas costas deben ser impuestas a aquellos (CCiv. y Com., Azul, Sala II, "Roitero, Daniel y otra c. Tomassi, Adolfo A. y otros", 16/09/2004, *LLBA* 2004 [diciembre], 1229).

para admitir la pretensión, se articulan como excepciones de previo y especial pronunciamiento.

Son de carácter *dilatorio*, y sin resultar taxativas, algunas de ellas son: a) el beneficio de excusión; b) la subsidiariedad de la responsabilidad de los socios colectivos, capitalistas y comanditados; c) las derivaciones del posesorio; d) el beneficio de competencia; e) el reclamo administrativo previo; f) la prohibición de demandar créditos de causas anteriores al concurso; etcétera.

Palacio[1712] las define como aquellas oposiciones que tienden a poner de manifiesto el incumplimiento por parte del actor de las cargas que a este imponen las leyes sustanciales, como condición previa a la interposición de la demanda. En cambio Alsina[1713] las trata bajo la denominación de "defensas previas" por considerar que el juez tendrá necesariamente que pronunciarse sobre ellas antes de analizar la cuestión de fondo llevada al litigio.

En realidad la doctrina procesal no las ha desarrollado con profundidad, porque al ser de carácter *dilatorias*, se quedan con el presupuesto que falta cumplir para terminar con él su cometido. Son defensas previas, alegadas *in limine* litis y que, normalmente, versan sobre el proceso y no sobre el derecho material alegado por el actor. Tienden a corregir errores que obstarán a una fácil decisión, a evitar un proceso inútil, a impedir un juicio nulo, a asegurar el resultado del juicio, etcétera.

Constituyen una especie de eliminación previa de ciertas cuestiones que embarazarían en lo futuro el desarrollo del proceso. Tienen un carácter acentuadamente preventivo, en cuanto tienden a economizar esfuerzos inútiles.[1714]

362. Trámite de las excepciones

Según sea el mecanismo procesal que las reglamente, las excepciones deben sustanciarse con el actor. Ellas se integran al proceso,

1712. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. III, p. 116.

1713. Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, op. cit.*, T. III, p. 152.

1714. Jatip, Jimena y Pérez, Andrea, "Defensas temporarias", en Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Defensas y excepciones, op. cit.*, p. 319 y ss.

no como incidentes, sino como una etapa previa a la apertura a prueba que debe ser resuelta como de previo y especial pronunciamiento, cuando el defecto en el presupuesto procesal sea manifiesto.

Con el escrito en que se propusieran las excepciones se agrega toda la prueba instrumental y se ofrecerá la restante (art. 350, CPCC); la parte demandante tiene el mismo derecho, con la particularidad de que se puede agregar nueva prueba documental referida a la defensa que se responde. De ella se corre traslado por cédula o acta notarial.

Si son varias las excepciones articuladas, el tratamiento comienza con las de incompetencia y continúa con las de carácter perentorio como las de litispendencia, falta legitimación para obrar, si esta fuera manifiesta, y la ausencia de capacidad o representación suficiente.

Cuando no sean manifiestas, se difiere la decisión al tiempo de dictar sentencia definitiva. La resolución tolera recursos, por ejemplo, si la falta de legitimación no resulta manifiesta por no poder resolverla de manera inequívoca con los elementos incorporados hasta ese momento en la causa, corresponde postergarla siendo irrecurrible la decisión que así lo resuelve. En los demás supuestos, se admite el recurso de apelación contra la sentencia interlocutoria, el cual se concede en relación y con efecto suspensivo. En cambio, si la incompetencia opuesta fuera por razón de la materia (carácter civil o comercial) el recurso se concede con efecto devolutivo, si la excepción se hubiera rechazado.

La decisión sobre cada una de las excepciones tiene efectos distintos. Las resoluciones obligan a mantener la regularidad de las actuaciones y a despachar lo que resulte correspondiente con la defensa articulada.

En tal sentido, si se trata de la excepción de incompetencia deberá remitir el expediente al que considere le corresponde intervenir, salvo que se trate de distinta jurisdicción, en cuyo supuesto se archivará el caso. Por eso, y conforme lo dispuesto por los artículos 4 y 354, inciso 1, la única circunstancia que autoriza el archivo de las actuaciones en caso de incompetencia es que la causa corresponda a distinta jurisdicción. De lo contrario, el expediente debe ser remitido por el magistrado inhibido al juez que determine como competente, tal como lo establece la primera norma mencionada.

La Corte advierte que el artículo 354, inciso 1, al disponer el archivo del sumario en caso de que el tribunal considerado competente sea de distinta jurisdicción, no puede extenderse más allá de aquellos su-

puestos en que sea admisible estimar inválido lo actuado ante el juez en principio competente, aunque luego haya perdido esa aptitud.[1715]

Cuando la excepción se vincula con la *cosa juzgada*, *falta de legitimación manifiesta*, *prescripción* o alguna de las *defensas temporarias* corresponde el archivo del expediente porque se trata de defensas que extinguen la acción intentada. En cambio si se trata de *falta de personería*, es este un vicio subsanable, y, por tanto, en cualquier tiempo debe aceptarse la documentación presentada que tenga ese objeto.

De tratarse de *litispendencia* por conexidad, se debe proceder a la acumulación con el primero en el tiempo en virtud de ser quien anticipó la prevención.

En los supuestos de *arraigo* o *defecto legal en el modo de proponer la demanda* se establecerá el tiempo necesario para sanear el vicio denunciado, o para que se deposite la garantía consecuente. Si, una vez firme la resolución que declaró procedente la excepción de defecto legal, la excepcionante no pidió que se fijase plazo para subsanar el defecto, no puede aducir la extemporaneidad de una posterior presentación de la actora.[1716]

Incumplida la orden de depositar el importe del *arraigo* en el plazo de diez días, corresponde hacer lugar al apercibimiento dispuesto por el artículo 354 y tener a la actora por desistida del proceso, pues tal plazo comienza a correr en el momento en que queda firme lo resuelto sobre el particular, lo cual sucede al quedar notificada aquella de la resolución confirmatoria de la alzada. Ello determina la preclusión de la cuestión y, por tanto, deviene improcedente la pretensión de su replanteo, así como la concesión de un nuevo plazo para arraigar.

No se da el caso de actos inexistentes si existe identidad entre el presentante de los escritos y quien los suscribe, si este se tituló letrado apoderado y no acreditó su personería. Esa omisión es subsanable según lo establecido en el artículo 354, inciso 4 CPCC y, por tanto, en cualquier tiempo debe aceptarse la documentación presentada que tiende a ese objeto.

En tal sentido, el efecto de la admisión de la excepción dilatoria de falta de personería –no perentoria– no es el rechazo de la demanda, sino la fijación de un plazo durante el cual la parte vencida en el

1715. CSJN, Fallos: 316:331.

1716. CNCiv., Sala D, 30/10/1987, *LL* 1988-C-489; *DJ* 988-2-938.

incidente debe subsanar el defecto de su personería, bajo apercibimiento de tenérselo por desistido del proceso.[1717]

Tal regla se agrega en el artículo 354 bis del CPCC, que establece:

> Consentida o ejecutoriada la resolución que rechaza las excepciones previstas en el artículo 346, último párrafo o, en su caso, subsanada la falta de personería o prestado el arraigo, se declarará reanudado el plazo para contestar la demanda; esta resolución será notificada personalmente o por cédula. Subsanado el defecto legal, se correrá nuevo traslado, por el plazo establecido en el artículo 338.

Esta disposición aparece desarticulada con los tiempos que hoy se regulan en el ordenamiento adjetivo. Si tenemos en cuenta que las excepciones se deducen en un solo acto con la contestación a la demanda o la reconvención, en su caso, queda de manifiesto que la interrupción del plazo de contestación obliga a otorgar un nuevo traslado.

Puede suceder que la excepción se articule *ante tempore* en cuyo caso reanudar por el tiempo eventual que quede pendiente, no parece resolver con justicia una situación que requiere de igualdad en la práctica de actos procesales.

Por otra parte, la referencia es respecto a las defensas dilatorias de defecto legal y arraigo, y la perentoria de falta de personería interpretada como falta de acción. Siendo que estas son las únicas que admiten suspender el plazo para contestar la demanda, entendemos que debe aplicarse para todos los supuestos la renovación del plazo acordado por el artículo 338 del Código federal.[1718]

1717. CNCiv., Sala C, "Consorcio de propietarios Acevedo 348/50/60/62 c. Luz de Puzzi, Luciana y otro", 23/06/1986, *LL* 1986-E-62.

1718. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, op. cit.*, T. II, comentario al artículo referenciado.

Capítulo XLV
La incomparecencia

363. La renuencia del demandado a comparecer en el derecho romano

La construcción del proceso como debate dialéctico entre partes trajo siempre el inconveniente de la renuencia a comparecer del demandado, porque al dejar ausente el espacio de uno de los contendientes, se abandonaba la posibilidad de realizar el juicio, teniendo en cuenta para ello que nadie podía ser condenado sin ser oído.

Justamente, el demandado podía utilizar como estrategia la incomparecencia voluntaria, pero era una actitud hostil que no podía generar beneficios unilaterales; ello, sumado a las dificultades que también sufría la llamada al proceso, obligaron en todos los tiempos a buscar soluciones a la concurrencia propia y necesaria para la bilateralidad.

En el derecho romano, a diferencia de lo que hoy sucede, las normas procesales eran parte del derecho privado, por lo que fue común relacionar la acción con el derecho; las *Institutas* decían que "la acción no es otra cosa que el derecho de perseguir en juicio lo que a uno se le debe". La *actio* dio lugar a una clasificación de acciones que partían desde la naturaleza del derecho subjetivo; podían ser *in rem* o acciones sobre o contra la cosa; y acciones *in personam* que se plantean contra o sobre la persona.

> Este procedimiento *per legis actiones*, representa, en el orden cronológico el primer sistema de enjuiciamiento en Roma, con características de extrema formalidad y severo ritualismo. La etapa *in iure*, se preparaba con la *in ius vocatio* o citación en justicia y concluye con la constitución del proceso o *litiscontestatio*.
>
> Precisamente la *in ius vocatio*, era un acto enteramente privado, que debía cumplir el mismo actor, sin intervención de la autoridad judicial. La ley de las XII Tablas ponía en cabeza del demandante la obligación de llevar al accionado ante los jueces, a cuyo fin podía citarlo donde lo encontrara, incluso en la vía pública. Si se oponía u ofrecía resistencia, bastaba con

> tomar testigos para llevarlo, inclusive con la fuerza (colocándole una soga en el cuello), solo atenuada por razones de humanidad, cuando el emplazado era anciano o enfermo (la Ley Decemviral estableció que debía proporcionarle un caballo o una litera). La única forma de evitar la citación era ofreciendo un *vindex* o garante, o bien abandonando la cosa litigiosa. La presencia de las dos partes en esta etapa era imprescindible pues no se conocía la rebeldía "in iure". Asimismo el litigio no quedaba trabado si no cumplían las partes personalmente con todos los ritos exigidos por la ley, en razón que no estaba admitido el derecho de representación.[1719]

Hacia fines de la República, las acciones de la ley dan paso al "sistema formulario" (*lex aebutia*) que regirá desde el siglo I a. C. hasta comienzos del siglo IV d. C. En este período se continúa con el procedimiento *in iure*, el cual se inicia con la *in ius vocatio*, en las mismas condiciones que en el sistema precedente. El principio de que el proceso no puede constituirse sin la presencia de ambas partes subsiste, debiendo asegurar su comparecencia mediante el *vadimonium promittere*, para otro día, que es el comienzo del pleito. En dichos días, las partes exponen sus pretensiones libremente, sin el empleo de términos solemnes, tendientes a lograr que el pretor expida una fórmula escrita que invista al juez. Con la fórmula acordada se entraba a la etapa *in iudicio*, donde se encuentra la primera manifestación de lo que hoy se conoce como "rebeldía".

En efecto, la ausencia del demandado ante el *iudex*, en el día convenido, trajo como consecuencia que se fallara en ausencia a favor del actor, pero posteriormente se sentenció contra el *reus* (reo o demandado), cuando el juez llegaba a la convicción de la razón que le asistía al pretendiente. Como se aprecia en la etapa *apud iudicem*, el proceso puede desarrollarse en rebeldía de cualquiera de las partes, pues si la ausencia era del actor, se dictaba sentencia absolviendo al *reus*.

Con el período o sistema extraordinario, el proceso se esquematiza con formas muy similares a las actuales. La primitiva *in ius vocatio* fue reemplazada en primer término por la *litis denuntiatio*, en la que el actor comparecía ante el juez a quien va a conocer en la demanda, registrándola en su oficina, corriéndosele traslado al demandado, que en la primera época se llevó a cabo personalmente por el demandante en presencia de testigos y, a partir del siglo IV, con intervención

1719. Rosenfeld, Carlos, *La evolución del derecho procesal en el derecho romano*, Buenos Aires, 1995, p. 12.

de un funcionario provisto del *ius acta conficiendo*. El demandado tenía un plazo de cuatro meses para comparecer ante el juez, bajo apercibimiento de seguir el juicio en su rebeldía.

Dice Rosenfeld que, a partir del siglo V, se instaura el procedimiento por *libellus*, que se practicaba en casos particulares de la época clásica, y es generalizada por una Constitución de Zenón, constituyendo la única forma de citación que se conoce en el derecho Justiniano comprendiendo: a) El *libelluis conventionis*, o de demanda, que consiste en la exposición sumaria de los hechos, solicitando al juez que se cite al demandado. Si *prima facie* se considera procedente la pretensión y si no contiene nada contrario a los principios del derecho y la moral, lo hace llegar por medio de un auxiliar suyo al *executor* al demandado a quien cita *conventio* ante su tribunal; b) El *libellus contradictionis*, o de defensa, debe presentarse dentro del lapso de diez días, que la Novela 53, lo elevó a veinte previa caución que debía prestar al recibir el *libellus conventionis*, de comparecer ante el *iudex*. Si no comparecía era declarado rebelde, perdiendo el derecho de interponer recurso de apelación contra la sentencia, solo podía oponer un recurso llamado de "oposición".[1720]

Otra forma de notificación de demanda es el procedimiento por "rescripto", en la cual el actor no se presenta ante el magistrado, que debía intervenir según las reglas de competencia, sino que ocurre directamente ante el Emperador, para que le designe un juez, que lo hace mediante un "rescripto", que debía ser notificado al demandado *editio rescripti* (Novela 131).

364. La rebeldía en el derecho español

Este esquema del derecho romano se mantuvo durante buena parte del llamado derecho romano-canónico. Se trasladó a España hasta que llega un momento cuando la monarquía castellana comienza a exigir mayor severidad en la aplicación de las leyes del reino. El conflicto devino con las causas penales, en los cuales el problema de la rebeldía se resolvía con la condena en ausencia, recortando así, absolutamente, las garantías mínimas del derecho de defensa. Por eso fue común oír que

1720. Ibídem, p. 15.

"lo mejor que podía hacer un ciudadano cuando se veía envuelto como sujeto principal o secundario de una causa penal, era huir".

La evolución del tiempo no logró desvanecer la polaridad entre leyes duras y defensas reales, de forma tal que el delincuente ordinario, es decir aquel que no pertenecía a ningún estamento o grupo privilegiado, o quien estaba imputado de un crimen atroz castigado con penas severísimas, prefería evadirse de la justicia del rey, aun cuando dicha evasión supusiera, en la mayoría de las ocasiones, obtener una sentencia condenatoria en rebeldía.

La crueldad del poder absolutista provocó reacciones y solicitudes ante las Cortes para sincerar el problema de reos ausentes. Se crea así la figura de la rebeldía con una dimensión hasta entonces no conocida. A partir de ese momento, que la doctrina coincide en fijar en el siglo XIII por la redacción de la legislación Alfonsina y la contrastada difusión de la literatura procesal del *ius commune*, puede hablarse de un único derecho procesal castellano, técnico, estructurado y formalista, en el que tiene su origen la institución de la contumacia o rebeldía.

Esta institución se entendía, no obstante, de una manera demasiado teórica aún, encorsetada en la legislación y en las obras doctrinales de los autores castellanos de la recepción, y con ciertas reminiscencias del sistema tradicional de la fianza o prendación, que se había generalizado en el derecho municipal de la Edad Media para dar respuesta al mismo problema de la ausencia o incomparecencia a juicio del demandado.

El modelo fue las Leyes de Partida, sobre todo la Tercera (III), y con base en ella se transformó el deber de comparecimiento tanto en procesos civiles como penales. La contumacia se tomó como falta o desobediencia al deber de constituirse ante el tribunal que debía juzgar la causa. En esta primea etapa solo era rebelde o contumaz el demandado o acusado, aunque también las otras partes podían estar inactivas sin caer en dicho estado.

Como nadie podía ser condenado sin tener derecho de audiencia, se sustituye la ocasión para ser oído arbitrando soluciones distintas según el tipo de procedimientos, el carácter voluntario o involuntario de la incomparecencia, y la concepción que se tenga sobre si hay un deber de comparecer o se trata de una facultad de defenderse.

La consecuencia establecida para el proceso penal fue la suspensión del juicio hasta que comparezca el rebelde. En cambio, en el pro-

ceso civil el efecto principal fue tener por ciertos los hechos alegados (*ficta confessio*), permitir la continuidad del proceso en ausencia y autorizar que se retuvieran bienes o se embargaran otros, ante la sospecha de evasión de la justicia que suponía el estado de rebeldía.

365. La rebeldía en la legislación argentina

Argentina es tributaria de la legislación española de modo tal que la rebeldía tiene iguales alcances y connotaciones que los acogidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 y de 1881. La influencia llevó a que todo nuestro derecho provincial legislara en igual dirección.

Como hemos dicho en otras ocasiones, el diseño para los procedimientos se apartó del modelo constitucional recepcionado en la organización institucional, por lo cual, cuando se trata de señalar la naturaleza jurídica de la rebeldía, o los efectos que siguen al incomparecimiento del demandado, deben tenerse en cuenta dichas circunstancias.

En el *common law* inglés, por ejemplo, se considera al comparecimiento como un deber, que de no cumplirse voluntariamente, provoca sanciones y responsabilidades. El incomparendo tiene reglas propias, mientras que el concurrente que acepta el llamado debe colaborar, de manera que si omite esa función, también pesan sobre él consecuencias poco favorables. Si bien no es un rebelde en la concepción del sistema continental europeo, la figura se aproxima, aunque le dieron posibilidad de demostrar el error en el emplazamiento, o para justificar la omisión de estar a derecho.

A diferencia de este modelo, el llamado *equity law* contempló a la rebeldía como una consecuencia última y subsidiaria sujeta a estrictos requisitos para poder declararla; ya sea en caso de incumplimiento de una orden judicial (*contempt*) o en caso de total incomparecencia.

Explican Orellana Torres y Pérez Ragone que

> La participación en el proceso fue considerada como un deber de colaboración y consecuentemente se podía recurrir a la ficción *pro confesso* para la motivación de la sentencia. Con la reforma del *common law* por la *Uniformity of Process Act* en 1832 y del *equity* mediante la *Chancery Orders* en 1845 comienza el acercamiento entre los dos sistemas procesales y a ello no fue ajena la regulación de la rebeldía. Es finalmente

> que con las *Judicature Acts* de 1873 y 1875 ambos procesos logran arribar a una armonización completa. El punto de partida en común fue no distinguir entre la rebeldía inicial y la sobreviviente en un proceso. De esta forma la sentencia en rebeldía podía darse en cualquier etapa procesal. En las *Civil Procedure Rules* (desde 1999) se contempla al instituto como *default judgment* en las partes.[1721]

Justamente en el modelo norteamericano, el default es el incomparecimiento como la inactividad del demandado en el proceso, y se fundan en un deber previo de las partes para no eludir los compromisos que se tengan que esclarecer frente a los jueces. Hay un deber de cooperación que de soslayarse supone dar por ciertos los hechos que el demandante afirma.[1722] No obstante, el sistema está plagado de nulidades, y la función jurisdiccional en esta etapa no se advierte con la eficacia como opera en el modelo europeo.

En nuestro país, en particular en el Código Procesal federal, se denomina rebelde a la persona que intimada a constituirse en parte en un proceso que ventila intereses que la afectan, deja transcurrir el plazo del emplazamiento haciendo caso omiso a su deber de comparecimiento. La renuencia puede suceder, también, cuando habiendo tomado intervención abandona el proceso dejando vencer los plazos, o sin continuar con el ejercicio activo del derecho de defensa. Esta resistencia o desobediencia a la intimación judicial se castiga con el estado de "rebeldía" si la parte contraria lo solicita.

El principio obedece a la vigencia irrestricta del principio de bilateralidad y contradicción, de manera que si todo proceso debe constituirse entre dos partes antagónicas con iguales posibilidades de alegación y prueba; cuando una de ellas reniega contradecir, es preciso crear una figura sustitutiva que se desarrolla bajo el sofisma de la ausencia provocada.

Es decir, rebelde es quien, habiendo tenido la oportunidad de comparecer y constituirse en parte; o siendo "justa parte" abandona el

1721. Orellana Torres, Fernando y Pérez Ragone, Álvaro, "Radiografía de la rebeldía en el proceso civil: tópicos hacia una adecuada regulación en la nueva justicia civil", *Ius et Praxis*, Talca, vol. 13, N° 2, 2007, pp. 13 y ss.

1722. Es muy recomendable en este tema la obra de Bachmaier Winter, Lorena, "La rebeldía en el sistema norteamericano y español", Universidad Complutense de Madrid, *Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho*, XX, 1995, p. 345 y ss.

proceso, y por tanto deja de controvertir en la litis provocando consecuencias en los actos alegados y/o afirmados por su contraria.

Sin embargo, la rebeldía no es consecuencia automática del estado, sino que actúa a petición de la parte contraria, que persigue con ello obtener una ventaja procesal.

366. Naturaleza jurídica

La rebeldía es un estado procesal. Una ficción creada para resolver la ausencia de una de las partes del proceso a quien no se la puede representar con instituciones oficiales (*v. gr.* defensor de ausentes; defensor del pueblo; instituciones públicas debidamente registradas) merced a que no se trata de una persona desconocida, sino de alguien que voluntariamente declina participar en el litigio, sea desde el comienzo o abandonando posteriormente la instancia.

La naturaleza jurídica es problemática. Para nosotros, si entre las facultades de la jurisdicción se cuenta el emplazar (*vocatio*) al demandado para que esté a derecho, la negativa a hacerlo se puede considerar como un desconocimiento a la autoridad judicial, que merece una sanción o pena consecuente, esta sería presumir que los hechos lícitos afirmados por el actor se tienen por ciertos. Pero deja sin precisar la rebeldía de quien abandona el proceso, aunque del artículo 60 del Código Procesal se puede deducir una conclusión semejante al caso anterior.

El carácter de pena se confirma porque la presunción de verdad le permite a la contraparte agravar la situación del contumaz a través de la traba de medidas precautorias destinadas a asegurar el objeto del juicio, o el pago de la suma que se estime en concepto de eventuales costas si el rebelde fuere el actor (art. 63, CPCC).

Otros no lo asocian a una pena, sino a un estado automático que se da con la simple incomparecencia. La actual Ley de Enjuiciamiento Civil española sostiene (art. 496.1) que es rebelde aquel que no se apersona a contestar la demanda, independientemente que lo haga con o sin causa justificada.

Señala Illescas Rus[1723] que "no hay declaración de rebeldía cuando haya inasistencia a actuaciones concretas del proceso de parte de quien ya se ha personado y ha sido admitido como parte, aunque se produzcan después de una citación o emplazamiento". Es decir, en el proceso español la rebeldía solo se produce cuando no se contesta la demanda, de forma que las consecuencias se generan desde el inicio y en forma total, esto es que la rebeldía se suscita desde un principio y a lo largo del procedimiento.

En tercería están quienes sostienen que "el denominado 'proceso en rebeldía' se basa en la falta de colaboración esencial de una de las partes, permitiendo que se pueda arribar igualmente a una sentencia que ponga fin al proceso".[1724]

En los orígenes de la institución la rebeldía provocaba la incertidumbre sobre los costos y costas del proceso, por lo cual la incomparecencia se castigaba con imposiciones de fianzas, o permitiendo la ejecución de prenda, como estuvo regulado en el Fuero Viejo de Castilla.

367. Requisitos

La rebeldía de la parte exige, como primera condición, petición de parte; con ella se debe analizar:

a. Que quien fuera emplazado a contestar la demanda tenga domicilio conocido donde se hubiere practicado fehacientemente la notificación;
b. Que la notificación se hubiere realizado por algunos de los medios autorizados por el código procesal;
c. Que haya transcurrido el plazo otorgado en el emplazamiento; y
d. Que se haya notificado la providencia que lo declara rebelde.

Los mismos requisitos se dan cuando ocurre el abandono de la instancia y haya mediado intimación fehaciente para no tomar la ausencia voluntaria como un supuesto de negligencia o caducidad de prueba.

1723. Illescas Rus, Angel Vicente, en Fernández Ballesteros, Miguel Ángel; Rifá Soler, José María y Valls Gombau, José Francisco (coords.), *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, op. cit.*, p. 2331 y ss.

1724. Orellana Torres, Fernando y Pérez Ragone, Álvaro, "Radiografía de la rebeldía en el proceso civil: tópicos hacia una adecuada regulación en la nueva justicia civil", *op. cit.*, p. 17.

La necesidad de notificar fehacientemente y de acreditar esta circunstancia surge para garantizar el derecho de defensa, y evitar que los efectos de la contumacia agraven la situación de quien pudo ser notificado erróneamente.

Por ello, en algunas legislaciones se dividen las formas de la rebeldía según el momento que ocurra. En el Código francés, la primera razón de contumacia se llama *défaut faute de comparative*, por la que se disponen determinadas consecuencias para quien reniega contestar la pretensión. El único requisito a verificar es la práctica efectiva de la comunicación. La segunda resuelve las situaciones de no cumplimiento de deberes o cargas procesales, a las que se agrega la ejecución en forma parcial y defectuosa. Aquí la rebeldía se denomina *le défaut faute d'accomplir les actes de la procédure dans le délais requs* y trabaja como un castigo por la falta de colaboración.

En cambio otras, como aquí en Argentina, asumen que la rebeldía es una herramienta y funciona como instrumento procesal que resguarda los problemas de la ausencia de bilateralidad. En tal sentido, el procedimiento sigue siendo contradictorio pese a que no hay controversia pura, dejando en los efectos la resolución del interés central a resolver.

Finalmente, una vez que se decreta el estado de rebeldía mediante providencia simple, tal resolución se debe notificar a quien corresponda en el domicilio donde se practicó la comunicación de la demanda, es decir, en el domicilio real.

En el caso de haberlo cambiado, y no ser posible la efectiva investigación de paradero, se autoriza la publicación de edictos durante dos días, en un diario de circulación dentro de la jurisdicción del domicilio donde se debe notificar. La circunstancia de estar previamente notificado en un domicilio conocido donde se ha recibido el emplazamiento es suficiente para tener por garantido el derecho a la contradicción; y es bastante para diferenciar este supuesto de la notificación por edictos al ausente que posibilita la designación de defensor oficial.

368. Efectos de la rebeldía

Según se adopte el sentido punitivo o de falta de diligencia, el estado de rebeldía tiene consecuencias diferentes. En el derecho comparado

se explanan dos corrientes principales: las que están influidas por la doctrina de confesión ficta, que importa para el rebelde la aplicación de presunciones y medidas precautorias; y las que interpretan que se trata solo de un remedio contra la ausencia que no implica ningún perjuicio para el contumaz, ni beneficios para la parte que obtiene la declaración.

En el código federal, la declaración de rebeldía es una facultad procesal de la parte que quiere aprovechar la resistencia a controvertir de su oponente y, en consecuencia, solicita al juez que así lo declare.

El artículo 60, con el título de "efectos", tiene varios desaciertos que dificultan su interpretación. La expresión poco feliz que usa al comienzo al sostener que "La rebeldía no alterará la secuela regular del proceso", significa que impera el principio de celeridad, el cual implícitamente refiere a la actividad progresiva y continua del proceso hasta llegar a la sentencia. La deserción del actor, como la renuncia del demandado a comparecer o el abandono en instancias más avanzadas de la litis, no retrotraen la causa, que sigue normalmente su curso a partir de la declaración de rebeldía.

El mismo artículo señala, también de manera implícita y por remisión a los efectos de la contestación de la demanda, que la rebeldía declarada constituye una presunción de reconocimiento sobre los hechos pertinentes y lícitos a que la demanda se refiere, de modo tal que la sentencia se dictará según esta pauta y el mérito que ella merezca. Inmediatamente se argumenta que "En caso de duda, la rebeldía declarada y firme constituirá presunción de verdad de los hechos lícitos afirmados por quien obtuvo la declaración".

Esta duda se vincula con cuestiones fácticas que provienen de la dificultad de probar los hechos que se afirman. Se observa, entonces, cuál es la dualidad de criterios. Mientras por un lado se dispone que la rebeldía crea una presunción de certeza sobre los hechos lícitos; por otro se argumenta que el proceso obtendrá sentencia según el mérito implícito que el mismo tenga.

En la jurisprudencia existe similar vacilación. Algunos entienden que no hay rebeldía por existir alguna otra presentación del demandado que lo tenga por comparecido; la falta de oportuna contestación debe valorarse como un reconocimiento tácito de la versión del

actor;[1725] por tanto, decretada la rebeldía, el juez queda eximido de efectuar una adecuada valoración de los elementos de juicio incorporados al proceso, según el mérito de la causa y lo dispuesto por el artículo 356, inciso 1 del Código Procesal.[1726]

En cambio otros sostienen que la rebeldía no implica *ipso iure* la admisión de las pretensiones expuestas por el actor, sino tan solo en aquellos supuestos en los cuales dicho reclamo sea justo y se encuentre acreditado en legal forma;[1727] por eso se agrega que la falta de contestación de la demanda y la rebeldía del imputado solo tienen efectos atendiendo a la naturaleza de la pretensión debatida, a su legitimidad y a los elementos de convicción aportados.[1728]

En síntesis, parece mayoritaria la tendencia que indica que la rebeldía no implica, de pleno derecho, la recepción de todo el contenido de la demanda. El juez no debe tomar una decisión favorable a la petición del actor sino solo cuando la misma es justa y se encuentra acreditada en forma legal. Una pequeña diferencia se establece cuando se afirma que, una vez declarada la rebeldía, siempre que lo haya sido por incomparecencia a la citación para contestar la demanda y no por abandono del juicio después de contestada, los hechos expuestos en el escrito de inicio tienen el beneficio legal de presunción de verdad, por disposición expresa de la ley y no por delegación de ella al arbitrio del juez. Esta presunción solo habrá de funcionar en caso de duda, es decir, que todo lo expuesto en la demanda se presume en principio cierto, salvo las circunstancias de su inverosimilitud, contradicción o falsedad.

Podemos concluir así en la inseguridad que tiene el abogado frente a tamaña divergencia, e inclusive en el riesgo que asume de solicitar

1725. CNCiv., Sala D, "Carlevarino, Guillermo A. c. Silvestre, Sergio y otros", 13/05/1998, *LL* 1999-D-212, con nota de Héctor Eduardo Leguisamón; *DJ* 1999343.

1726. CNCom., Sala A, 1998 "Mayo, Miguel C. c. Hilu, José y otro", 08/04/1998, *LL* 1999-B, 267.

1727. CNCom., Sala A, "Bocalandro, Norberto H. y otra c. Villa Muhueta S. A. y otros", 10/06/1998, *LL* 1998-F-183).

1728. CNCiv., Sala A, "Chapar de Becerra, María J. c. Instituto Nac. de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados", 26/04/2000 *LL* 2000-F-983 (43.219-S); *DJ* 2001-1-666). De igual modo se afirma que las presunciones legales que genera el estado de rebeldía en modo alguno impide al juzgador evaluar la viabilidad de la acción y acceder a ellas si estuviesen debidamente acreditadas (CNCiv., Sala K, "Barret Viedma, Alberto P. c. Cambiasso, Delfo C. V.", 07/08/1998, *LL* 2000-A-163; *DJ* 2000-1-449).

la declaración de puro derecho y creerse beneficiado con la pauta de reconocimiento ficto que ha obtenido. Quizás sea más recomendable tramitar el proceso con los efectos del incomparendo, que como veremos inmediatamente, es muy similar respecto a lo que se obtiene con la declaración de rebeldía.

369. Extensión y excepciones de la rebeldía

Hay varias situaciones a considerar. En el litisconsorcio necesario implica la existencia de una sola pretensión con pluralidad de sujetos eventualmente legitimados y esto produce diversas consecuencias respecto de los actos procesales cumplidos por cada uno de ellos.

Así, las defensas opuestas por uno de los litisconsortes, sea que se funden en hechos comunes o individuales, favorecen a los demás; las alegaciones y pruebas aportadas por los litisconsortes deben ser valoradas en conjunto, aun cuando resulten contradictorias.

Por ello, la contestación de demanda formulada por uno de los litisconsortes beneficia al restante con lo que no incurre en la presunción que emana de la rebeldía del litisconsorte que omitió contestar individualmente la acción.

En los juicios de divorcio, por ejemplo, se sostiene que la confesión ficta de la demanda en juicio de divorcio no basta para acreditar la inocencia del actor, y la sola rebeldía no resulta suficiente para tener por reconocidos los hechos. En tales supuestos, por tanto, no se configura la prueba compuesta que requiere la ley para la atribución de culpa a alguno de los cónyuges.[1729]

Asimismo, la rebeldía en la prueba de posiciones es suficiente por sí sola para tener por ciertos los hechos aducidos y no desvirtuados aunque hayan sido negados en la demanda o contestación.

1729. CNCiv., Sala M, "C., M. E. D. c. G., J. A.", 26/12/1996, LL 1997-E-1036 (referencia: 39.884-S). Criterio que coincide con el que afirma que en los procesos en que se ventilan cuestiones de orden público, como ocurre en los juicios contenciosos de divorcio, por incidencia del principio consagrado en el art. 232 del Código Civil, la rebeldía declarada y firme no constituye presunción de verdad de los hechos afirmados por quien obtuvo la citada declaración (CNCiv., "M. S. c. R., V. D.", 07/11/1995, *LL* 1998-D-881 [referencia: 40.663-S]).

370. Apertura a prueba

La declaración de rebeldía potencia en el juez sus facultades discrecionales, porque le permite aplicar con amplia libertad el alcance de la presunción que favorece a la parte que obtuvo la declaración de contumacia. La producción probatoria queda en manos del magistrado. Si la parte lo requiere, podrá abrir el proceso a prueba; si no lo hace, puede disponer por sí la apertura de la etapa y mandar que se practiquen "las medidas tendientes al esclarecimiento de la verdad".

Si existe contradicción entre los hechos presumidos y otras constancias del juicio, aunque se haya solicitado la declaración como de puro derecho, el juez podrá ordenar, también, que se produzca la prueba. Pero si estas constancias producen plena convicción en el juez, este tendrá que atenerse a ellas, y decidir el traslado pertinente al trámite de la declaración de puro derecho.

No obstante, cabe tener en cuenta que la libertad judicial es muy amplia y que la eventual seguridad que surge de la hipotética "presunción de verdad de los hechos lícitos afirmados" puede quedar inerte ante la disposición del artículo 60 que establece que la sentencia será pronunciada "según el mérito de la causa".

De todos modos se ha dicho que, ante la rebeldía de la demandada y sus efectos y a la luz de la prueba documental acompañada consistente en el certificado de saldo deudor efectuado por el contador y suscripta por el gerente del banco acreedor, no cabe exigir la incorporación de los cupones que acreditan cada gasto realizado con la tarjeta de crédito con la cual se operaba sobre la cuenta corriente, pues si el deudor no lo ha creído necesario y ha reconocido aunque más no sea formalmente la deuda, resulta sobreabundante que sea el juez quien imponga dicha exigencia.[1730]

La tendencia mayoritaria dice que, en los supuestos de rebeldía corresponde determinar si los hechos en que se apoya el derecho pretendido se encuentran acreditados mediante la prueba producida.[1731]

1730. C1ª.Civ. y Com. Mar del Plata, Sala II, "Banco Integrado Departamental Coop. Ltdo. c. Alvarez, Elva B.", 15/05/1997, *LLBA* 1997-1095, con nota de Juan M. Farina.

1731. CNFed. Cont. Adm., Sala I, "Casa de Moneda Sociedad de Estado c. Municipalidad de Alta Gracia", 06/08/1998, *LL* 1999B-356. En consecuencia, el juez debe valorar la prueba, por lo que se obliga a determinar si los hechos reconocidos como consecuencia

Criterio que no comparte el Superior Tribunal bonaerense cuando dice que la rebeldía del principal no impone que se tengan por ciertos los hechos expuestos en el escrito inicial ya que al accionante corresponde su prueba.[1732]

371. La comparecencia tardía

El artículo 64 del CPCC, establece que "si el rebelde compareciere en cualquier estado del juicio será admitido como parte y cesando el procedimiento en rebeldía se entenderá con él la sustanciación sin que esta pueda en ningún caso retrogradar". La norma incurre en una imprecisión conceptual al prescribir que el compareciente tardío será admitido como parte, condición que tiene aunque sea figurada.

El enunciado puede sufrir algunas excepciones: a) que la declaración de rebeldía fuera improcedente porque la notificación del traslado de la demanda adolece de vicios formales que hacen viable la declaración de nulidad; b) que la comparecencia haya sido imposible, debiendo acreditar "fuerza mayor" o "causas que no estaban a su alcance vencer". La invocación y prueba de alguna circunstancia configurativa de fuerza mayor, provista de entidad suficiente para impedir la comparecencia, puede constituir causal que obste a la declaración de rebeldía o que autorice a dejarla sin efecto. Tales circunstancias podrían ser, por ejemplo, la enfermedad o la incapacidad del citado.

De manera tal que la llamada "incomparecencia tardía" significa que si comparece, cesa la rebeldía que oportunamente se decretara, pero ello de ninguna manera implica la eliminación de las consecuencias de aquella, puesto que rige la preclusión de los actos procesales que impide que se retrotraiga el procedimiento.[1733]

El rebelde que llega al proceso lo toma en la etapa y contingencia procesal en que se encuentre, dejando firme y consentido los actos cumplidos hasta entonces.

---

de la confesión ficta aparecen o no desvirtuados (CFed.Mar del Plata, "Alonso, Alberto J. c. Esdipa S. A.", 03/04/1997, *LL* 1998-F-836 [referencia: 40.947-S]).

1732. SC Buenos Aires, "Ibarra, Miguel S. c. Rotocalco S. A.", 14/04/1998; *DJBA* 155-3588.

1733. Caeiro, María Constanza y Saryanovich, Pablo, "La rebeldía y la incomparecencia en juicio", en Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Defensas y excepciones*, *op. cit.*, p. 53 y ss.

Carnelutti explica que el fundamento de ello está:

> … en el derecho de defensa que no se extingue por la circunstancia de no haberse personado el rebelde al inicio del proceso, aunque haya precluido la posibilidad de contestar demanda y las demás que hubieran debido realizarse en un momento anterior a aquel en que se produce la comparecencia tardía.[1734]

Se trata así de equilibrar los intereses opuestos, los del rebelde frente a los de la parte presente.

> Si se verifica la comparecencia o personación tardía, el legislador coloca al rebelde en idéntica posición en la que se encuentra, en esa fase y en ese momento del *iter procesal*, la parte ya constituida, es decir, que puede desarrollar las actividades procesales que todavía quedan abiertas para esta, pero no las que estén ya precluida.[1735]

Fuera de los supuestos excepcionales señalados, la comparecencia tardía del rebelde determina el cese de sus efectos, "aunque los producidos con anterioridad son, en cambio, irreversibles, pues el rebelde recibe el proceso *in statu et terminis*".[1736] Es decir, que no se pude alterar el juego preclusivo del orden de marcha, ni restituir las oportunidades que le ha brindado el desarrollo del proceso.[1737]

En ese sentido, la jurisprudencia ha establecido al respecto que en tanto la comparecencia del rebelde no retrograda la sustanciación del procedimiento:

> … no puede plantear defensas sustanciales que solo estuvo facultado para deducir al contestar la demanda, aún cuando su presentación posterior lo habilite para ejercer la defensa de sus derechos en la forma que la ley determina. De lo contrario, se comprometería la garantía constitucional del debido proceso que exige que el interesado tenga concreta noticia de las defensas y oportunidad de ser oído y de probar los hechos que creyera conducentes.[1738]

1734. Carnelutti, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil, op. cit.*, T. IV, p. 114.

1735. Brandi, *Enciclopedia del Diritto*, Varese, Giuffré, T. X, 1962.

1736. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 213.

1737. Morello, Mario Augusto; Sosa, Gualberto Lucas; Berizonce, Roberto Omar, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación, op. cit.*, T. II, p. 338.

1738. Cfr. CFed. Civil y Comercial Federal, Sala III, "Henkel KG S.A. c/ Washington S.A.", 18/11/2004.

En consecuencia, el compareciente tardío no puede oponer excepciones procesales de previo y especial pronunciamiento, ni defensas sustanciales (arts. 346, CPCC) y sufre además restricciones en su actividad probatoria.

372. Imposición de costas al rebelde

Para determinar la responsabilidad por los costos del proceso, una de las condiciones principales es ser parte en el proceso, condición que en la rebeldía se configura mediante la presunción de presencia. Esta situación es curiosa porque se advierte una incongruencia que resulta del hecho de que, si quien teniendo conocimiento de la demanda que se formula rehúsa tomar parte en el proceso es porque justamente no quiere ser parte, en el sentido de litigante o contradictor eventual.

La condición de rebelde no es consecuencia directa de esa actitud, sino el efecto propio de un deber procesal que se deja sin cumplir, y que se pone en marcha a petición de parte. Así las cosas se podría alcanzar una primera definición: al rebelde no podría imponerse las costas del proceso porque no es parte en el proceso; sin embargo puede ser condenado por el comportamiento procesal asumido a su entera voluntad.

Pero este criterio, que nos parece correcto para una inteligencia definitiva, carece de mayor fundamento si no aislamos lo que debe ser propio del alcance de la rebeldía con respecto a los gastos causídicos.

En primer término, es preciso localizar cuáles son costas del proceso en rebeldía, de aquellas que ocupan al resultado obtenido en las pretensiones.[1739]

De lo cual resulta que la rebeldía supone asumir las costas del proceso que tramite en este estado. Sin embargo, el régimen procesal que predomina es otro, y se refiere a que, haya o no rebeldía, si el actor o el demandado triunfan en sus pretensiones reembolsarán los gastos causídicos.

Chiovenda explicaba que en los juicios de ese carácter podrían darse dos casos: uno, cuando el demandado persigue la rebeldía del

1739. Por ejemplo, el Superior Tribunal de Entre Ríos requiere que "para que un litigante declarado rebelde pueda asumir el carácter de parte, debe abonar previamente las costas de la rebeldía" (19/09/1945), *J.E.R.* 945:647.

actor con el fin de obtener la absolución y el recupero de los gastos; y otro, cuando hubo sentencia sobre el fondo del pleito contra el rebelde y este obtiene un pronunciamiento favorable en la apelación.[1740]

En el primer caso es posible que actualmente al demandado le convenga más que pedir la rebeldía del actor, procurar la terminación del juicio por caducidad o perención de la instancia, pues de obtener la primera solo reembolsará los gastos ocasionados en la tramitación de esa figura, recuperando la totalidad solamente si es triunfador en el proceso.

En el supuesto restante, el código procesal modifica una vez más el principio objetivo del vencimiento puro y simple, pues el párrafo final del artículo 66 dice que, "Si como consecuencia de la prueba producida en segunda instancia la otra parte resultare vencida, para la distribución de las costas se tendrá en cuenta la situación creada por el rebelde".

Por eso, si el rebelde consigue variar la sentencia condenatoria de primera instancia y, en consecuencia, convertirse en victorioso y beneficiario en costas, la plenitud del principio objetivo no actúa como tal pues deben atenderse las razones y motivos que llevaron a tramitar la instancia en contumacia.

El Código advierte al juez que la conducta originaria de la parte puede ser causa bastante para arribar a un resultado que a la postre se modifica, y por tanto, el error *ab initio* debe juzgarse para ordenar la distribución de costas.

Tal estado de cosas permitiría afirmar que la rebeldía es un instituto por el cual se pone en práctica una de las ficciones de la ley procesal que convierten en partes a quienes no quieren serlo, sea voluntaria o involuntariamente, pero que poco sirve para quien obtiene esa consagración, pues de todos modos estará obligado a probar y a tener con su capacidad de demostración sentencia favorable.

De manera que, la rebeldía no asume ningún carácter sancionatorio, sino más bien, pone su fundamento en la culpa ya que presume que el contumaz que obtiene victoria en oposición o en apelación la habría obtenido también en el juicio en que permaneció en rebeldía, por lo cual las costas causadas directamente por el hecho de la contumacia, son costas que podía evitar y de las cuales debe responder en

1740. Chiovenda, José, "La condena en costas", Madrid, *Revista de Derecho Privado* (Librería General de Victoriano Suarez), 1928, p. 389 (también reeditado en México por Cárdenas, 1985).

todo caso,[1741] a excepción de que demuestre haber llegado a esa condición involuntariamente.[1742]

Estas situaciones de excepción deben ponderarse de manera especial y distinguir con claridad los supuestos que pueden darse:

a. La rebeldía voluntaria determinará que las costas ocasionadas para obtener la declaración deben ser soportadas por el contumaz; en tanto las del proceso principal seguirán la suerte del litigio y del principio al que responda el ordenamiento procesal;
b. La rebeldía involuntaria no debe sancionarse en costas;[1743]
c. El rebelde voluntario que obtiene sentencia favorable sea por su oposición, o por su apelación, cargará no obstante con las costas originadas en la declaración de su contumacia.

Aquellos ordenamientos que admiten el recurso de rescisión[1744] deben resolver la circunstancia particular de cada etapa del procedimiento. El Código Procesal de Tucumán indica en el artículo 194 párrafo primero que "El que fue declarado rebelde puede ingresar durante el trámite del juicio, pagando las costas estimadas por el juez por su

1741. Ibídem, p. 399.

1742. No obstante, el criterio que se propicia, la jurisprudencia indica que "si no obstante su rebeldía el demandado es absuelto porque el actor no logra probar sus pretensiones, no hay razón para que cargue con los gastos en que éste ha incurrido sin éxito alguno para sus derechos" (CNCiv., Sala E, 04/08/1967, *LL* 128-503). Distribuyéndose por su orden, en otros casos, diciendo que "... frente a la rebeldía inicial de la accionada y al hecho de que el actor, aunque sin éxito, trató de demostrar los extremos invocados, pareciendo excesivo hacer cargar con las costas a quien aportó elementos de juicio en sustento de su posición" (CNCiv., Sala D, 15/10/1974, *LL* 1975-C-529, sum. 1199).

1743. Por ejemplo: Si de la medida para mejor proveer resulta que la contestación de la demanda fue presentada en una secretaría el mismo día que los autos fueron remitidos a otra, tal circunstancia explica y justifica la actitud del co-demandado, debiendo declararse las costas de Primera Instancia por su orden en virtud de que cuando se acusó la rebeldía ella era viable, pues el aludido escrito no había sido agregado (CNCom. Sala A 14/03/1968, "Ciancaglini de Citaro Angélica c. De Selva, Juan C. y otros"). Asimismo, "si se ha acreditado el fallecimiento de quien fue declarado rebelde, lo que ocurrió mucho antes de la promoción del proceso, se torna inadmisible el mantenimiento de la declaración de rebeldía, pues esta supone que la demanda haya llegado a conocimiento del accionado, debiendo en tal caso declararse las costas por su orden dada la naturaleza y modalidades de la cuestión" (C. 1ª CC, La Plata, Sala I, causa 178.501, reg. int. 247/80, Ver Morello, Mario Augusto; Sosa, Gualberto Lucas y Berizonce, Roberto Omar, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación*, *op. cit.*, T. II-B, p. 106).

1744. Art. 175 (La Rioja); art. 77 (Mendoza); art. 495 (San Juan); art. 88 (Santa Fe); art. 205 (Tucumán).

rebeldía...", señalando que el procedimiento podrá retrotraerse si la situación provocada le ha sido no imputable (art. 195).

El criterio es correcto y a los fines del recurso anticipado conviene seguir su orientación. Bien puede ocurrir que el éxito del recurso demuestre la involuntariedad del rebelde, lo que no significa que este tenga razón en lo principal que plantea el fondo del asunto, por eso, los gastos causídicos habrán de fraccionarse en costas del recurso y luego en costas del proceso.[1745]

Existen otros aspectos que escapan a los principios citados. Por ejemplo, si existió allanamiento al pedido de anulación del auto de rebeldía, y no se cuestionó oportunamente el llamamiento de "autos para resolver", corresponde que las costas del incidente se impongan en el orden causado.[1746]

373. Incontestación de la demanda

Para asegurar el principio de contradicción, los códigos procesales establecen el deber de contestar la demanda sancionando la omisión con el reconocimiento de los hechos afirmados por el actor, sin que ello signifique condicionar al juez en la apreciación crítica de los hechos y la prueba.

1745. El criterio de justa diferenciación parece ser el siguiente: El nuevo fallo absolutorio no debe imponer las costas al demandante, si la absolución se basa en consideraciones jurídicas, porque aquel no estaba obligado a hacerlas ni sutiles ni profundas en contra suya, y ello con tanto más motivo cuanto que el juez, aun dentro de la jurisdicción civil rogada, no es un autómata en el Derecho, sino que obligado a conocer éste debe invocarlo para aplicarlo en cuanto sea procedente, y más aún supliendo una indefensión. En cambio, el actor que ganó el pleito en rebeldía y luego lo pierde cuando hay defensa del demandado, debe sufrir la condena en costas, si indujo a error al juez con inexactitudes fundamentales de hecho, o abusó de su situación procesal ventajosa con falacias o falsedades de prueba, porque entonces ha habido de su parte algo más grave que la temeridad, o sea la mala fe, siempre censurable, y entonces más por haber sido procesalmente alevosa. La distinción es clara, y fácil de aplicar, viniendo a justificar la enumeración de los distintos supuestos dos puntos de vista, expuestos aquí desde la iniciación de esta serie de artículos: que en general el sistema automático, inflexible y preceptivo, es harto rígido para la justicia; y que por lo mismo, a fin de realizar esta, debe haber una atención expresa, cuidadosa y circunstanciada del juzgador sobre el pronunciamiento relativo a costas" (Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, "Rebeldía y costas", *JA* 945-IV, sec. doct., p. 38).

1746. C. 3ª CC, Córdoba, 30/10/1959, *CJ* XV-348.

Precisamente la diferencia entre rebeldía y ausencia es nimia, al punto que se afirma que la rebeldía no importa sanción alguna contra el rebelde, pues las partes no tienen la obligación ni el deber de comparecer al proceso, sino que se trata de una carga procesal establecida en su propio interés. En la ley ritual no solo se confirma la facultad acordada a los jueces en el caso de la contestación a la demanda, sino que se le agrega en contra del remiso dicha presunción *iuris tantum*.

En efecto:

> … tanto la rebeldía declarada y firme, al igual que la incontestación de demanda, guardan sustancial analogía en lo que atañe a la apreciación de los hechos pertinentes y lícitos, ya que ambas constituyen fundamento de una presunción simple o judicial acerca de la verdad de ello,[1747] de modo que incumbe exclusivamente al juez en oportunidad de dictar sentencia, y atendiendo a la naturaleza del proceso y a los elementos de convicción que de él surgen, establecer si el silencio del demandado es o no susceptible de determinar el acogimiento de la pretensión deducida por el actor.[1748]

En nuestro parecer la asimetría entre incomparecencia y rebeldía no existe, al punto que es más conveniente tener los beneficios de la primera que las supuestas mejoras de la restante.

1747. Fassi, Santiago; Yáñez, César y Maurino, Alberto *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y demás normas procesales vigentes. Comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea, 3ª ed., T. I, p. 392. Eisner lo había destacado hace varios años, en estos términos: "Mientras el litigante pasivo no resuelva apersonarse y atender sus derechos debatidos en la causa, el proceso avanzará notificándoseles por cédula *en los estrados* o por ministerio de la ley, pero sin ningún contratiempo ni demora ni sobresalto para el actor. No sería siquiera ventajoso para éste obtener la declaración de rebeldía. Por el contrario, en el juicio en rebeldía habría que notificar por cédula en el domicilio real o por edictos, el auto que lo tiene por contumaz y la sentencia. En cambio, sin aquella declaración, nada irá a su domicilio real por cédula ni habrá que publicar edictos. Y la próxima noticia que tendrá el silencioso demandado será seguramente la que agrede a sus bienes o afectos cuando se esté en período de ejecución de sentencia. En materia de prueba, poca será la diferencia con o sin declaración de rebeldía […] Sin esta, de todos modos la incontestación del demandado permitirá el juego del art. 356, inc. 1 y se tendrán por auténticos los documentos y podrá estimarse como reconocida la verdad de los hechos pertinentes y las pretensiones lícitas […] El juez podrá considerar que no hay mérito para abrir la causa a prueba y la declarará de puro derecho –arts. 359, 481 y 489, CPN–" (Eisner, Isidoro, *Planteos procesales: ensayos y notas sobre el proceso civil*, Buenos Aires, La Ley, 1984, p. 222).

1748. Caeiro, María Constanza y Saryanovich, Pablo, "La rebeldía y la incomparecencia en juicio", en Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Defensas y excepciones*, *op. cit.*, p. 53.

Quien voluntariamente deja de contestar la demanda, recibe iguales efectos: el reconocimiento sobre la verdad de los hechos pertinentes y lícitos a los que la pretensión se refiera (art. 356, inc. 1, CPCCN). Al rebelde se le debe notificar de inmediato el auto que lo declara en ese estado; al incompareciente solo se le debe notificar la audiencia para absolver posiciones (art. 41, del mismo ordenamiento); a ambos se les debe notificar la sentencia (arts. 41 y 62, CPCCN). Los dos estados son pasibles de medidas cautelares, el rebelde en función del artículo 63 por el que puede conseguir cualquier precautoria o el pago de la suma de que se estime en concepto de eventuales costas si el rebelde fuere el actor, y también un embargo preventivo por lo reglado en el artículo 212, inciso 1 del Código Procesal; y el renuente a presentarse, también puede ser embargado, porque su inacción supone obrar las consecuencias del artículo 356, inciso 1, haciendo verosímil el derecho alegado (art. 212, inc. 2 CPCCN).

La distancia parece estar en el discutido alcance del artículo 60 cuando dice que "la sentencia será pronunciada según el mérito de la causa y lo establecido en el artículo 356, inciso 1", porque la conjunción "y" deja en claro que quien obtiene la declaración de rebeldía, para lograr de inmediato una sentencia favorable (es decir, eludir la etapa probatoria por considerar que la cuestión es de puro derecho al quedar reconocidos los hechos) necesita dos mínimos insoslayables: demanda fundada y prueba sobre los demás hechos que no hayan logrado la presunción de verdad (en la rebeldía son únicamente los hechos lícitos). Hasta resulta más seguro que sea el juez quien disponga la producción de prueba (art. 61, CPCCN), pues si es el actor quien pide la declaración de puro derecho, podrá decírsele en la sentencia que no hubo mérito en la causa para disponer una sentencia favorable.

En cambio el proceso con incomparendo del demandado recibe los efectos del artículo 356, inciso 1 teniéndose por cierta la verdad de los hechos *pertinentes y lícitos* a que la demanda se refiera. El riesgo del "mérito de la causa" es el mismo que surge del artículo 377 por el cual: "Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o tribunal no tenga el deber de conocer…".

La confusa redacción de las normas se profundizó cuando la reforma de la Ley N° 22434 al artículo 61 del CPCCN introdujo la *apertura a*

prueba como una facultad dispositiva para las partes, excluyéndola de la iniciativa *ex officio*. La modificación alteró la costumbre asentada en la publicización del proceso, según la cual el juez cuenta con potestades de dirección y control sobre los actos de las partes. Al dejar la necesidad de prueba en los procesos en rebeldía, en la estimación del interesado, se priva a los magistrados del rol activo que le asigna el artículo 34, inciso 5 del CPCC, y lo que es más grave, los inhibe de diligenciar medidas necesarias para el esclarecimiento de la litis, pues ellas solo se pueden disponer durante el período probatorio, y si fuesen para mejor proveer, habría que esperar que las partes tengan producido todo su material de verificación. Por tanto, la reforma fue una auténtica desvirtuación de la orientación moderna que el derecho procesal tenía asignada a la función de esclarecer para encontrar la verdad.[1749]

374. Costas al incompareciente

En la práctica, la decisión del demandado que asume el silencio como modo de expresión no tiene relevancia para la asignación de costas. En este sentido, se mantiene el principio que indica que la falta de oposición en el proceso –genéricamente considerada– no conlleva necesariamente a la eximición de costas respecto de quien guardó silencio; ni supone la condena directa por su ausente manifestación.

Esta situación es un elemento más que propicia, dentro del margen de riesgo que significa la incomparecencia, tener una ventaja respecto de la rebeldía donde se deben asumir y responder por las costas causadas (artículo 63, CPCC).

Cabe subrayar que, en los casos donde se espera la contestación definitiva de la demanda luego de producida toda la prueba y la misma no se suministra (respuesta en expectativa), ello conduce a una suerte de indefensión que permitiría variar el criterio de vencimiento por el subjetivo que cualifica la conducta de la parte en el proceso.

1749. González, Atilio Carlos, "Restricción probatoria múltiple del juez frente a la rebeldía declarada del demandado", en AA. VV., *Libro homenaje XXV aniversario: Estudios de Derecho Procesal*, Colegio de Abogados de San Isidro, 1991, p. 277.

SECCIÓN 2ª
CONTINGENCIAS DEL PROCESO

Capítulo XLVI
Los hechos

375. Los hechos en el proceso civil

Los hechos dominan el escenario del proceso civil. La regla que surge del brocardo *quod non est in actis est in mundo* es el pilar donde asientan *garantías* (*v. gr.* bilateralidad, contradicción), *principios* (*v. gr.* congruencia) y *reglas* (*v. gr.* adquisición, convalidación, entre muchas más). El expediente, por su parte, es el lugar de residencia sin lograr que el espacio de la actuación oral en las etapas del procedimiento o reglando ella misma la dinámica de las formas, consiga obstruir la trascendencia de los hechos.

Desde la exposición fáctica surge el motivo que propicia el litigio, y desde ellos se funda la pretensión. Radica así el objeto del proceso y queda enmarcado tras la contestación de la demanda el cuadro de la producción probatoria.

Por el principio dispositivo[1750] observamos que la tarea del juez sobre los hechos no es tan simple como a primera vista aparece. ¿Cuál es la decisión que se busca? ¿Se trata de revelar la verdad de los hechos? ¿Acaso es solamente persuadir al tribunal de que las cosas sucedieron como se afirma en la versión que la demanda concreta? Cada interrogante no tiene respuestas coincidentes en el plano teórico, al punto que la ciencia le ha dedicado extrema preocupación y una desconcertante plétora de opiniones sobre la esencia de este tan importante fenómeno.[1751]

Algunos han afirmado que la tarea esencial es definir la suerte de las pretensiones deducidas en el pleito, porque mediante ellas las partes dan a conocer sus intereses y posiciones respectivas, acotando el campo donde se habrá de actuar y sin posibilidad jurisdiccional para que se modifique el esquema predispuesto. Sin embargo, la pretensión es un deseo personal. Se formaliza en la demanda, se explica desde una visión particular, se quiere demostrar con medios probatorios

1750. Ver Capítulo XXI.

1751. Schwab, Karl Heinz, *El objeto litigioso en el proceso civil,* Buenos Aires, Ejea, 1968, p. 3.

dirigidos por un interés individual y se fundamenta en hechos que se relatan adaptados a la perspectiva del litigante.

Carnelutti recuerda que el móvil en que se funda la búsqueda de los hechos como carga de parte es, naturalmente, el interés en litis. Por lo demás

> … es esta un arma de dos filos: lo mismo que puede inducir a las partes a narrar los hechos verdaderos que le son favorables, puede inducirla también a callar los que le sean contrarios, o peor aún, a inventar hechos falsos. El remedio contra este peligro es justamente el contradictorio.[1752]

El objeto litigioso debe ser neutral, indiferente a las versiones acondicionadas por las partes, aunque propenso a quedar persuadido sobre la verdad de una u otra posición. Por eso los hechos se necesitarán conocer e interpretar para llegar a una sentencia justa. Pero si las circunstancias de facto no se presentan con la verdad para dar lugar a una constitución de versiones, probablemente el propósito del litigio se integre con equívocos iniciales que pueden llevar a dictar sentencia sobre un juego de ficciones; mientras que de instalar la obligación de decir verdad en los hechos, y posibilitar la investigación de la justificación de conducta sobre esas condiciones relatadas, permitiría al juez actuar con mayor verosimilitud y eficacia.

De todos modos, el problema de la verdad que se ampliará en el capítulo de "prueba" no es relevante sino para saber cuáles serán los hechos a probar. Ahora el interés radica en otra cosa; ocurre que la exposición circunstanciada de las cuestiones que dan lugar al conflicto le permite al actor, al demandado y a los terceros eventuales que llegan a la litis, producir una nutrida variedad de afirmaciones que podrán o no ser confirmadas, y que conforman el espacio de los hechos que suceden en el proceso civil.

376. Los tipos de hechos y su presentación en el proceso

Hay dos teorías acerca de cómo se deben expresar los hechos que fundamentan la pretensión, que dependen en realidad de la exigencia que se tenga respecto del objeto procesal. Es decir, mientras la *teoría de la sustanciación* persigue que la demanda contenga una exposición deta-

1752. Carnelutti, Francesco, *Estudios de derecho procesal*, Buenos Aires, Ejea, 1952, T. I, p. 96.

llada de los hechos que se vinculan con el derecho que se afirma existente; la *teoría de la individualización* sostiene que solamente se debe indicar la relación jurídica que individualiza la acción (compraventa, locación, etc.) para que sea el juez quien aplique el derecho consecuente.

Para Alsina el mejor sistema es el primero, porque le permite al magistrado calificar la acción de acuerdo con lo que surge de los hechos expuestos, con prescindencia de la calificación que de ellas hagan las partes.[1753] En esta senda se plantea el deber de exponer toda la verdad, o la posibilidad antes anunciada de recortar los hechos a la enunciación de los convenientes.[1754]

Ante la duda sobre qué camino seguir, la conducta de las partes se podrá colegir como un *deber* de colaboración, una *carga* procesal o una *obligación* de carácter sustantivo cuando el imperativo a cumplir consiste en una disposición de ese contenido (*v. gr.* si al contestar la demanda se responde dolosamente –con la intención de perjudicar los intereses del peticionante–, existirá responsabilidad objetiva –civil– por el daño ocasionado).

1753. Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, op. cit.*, T. III, p. 35. Sostiene también que la exposición de los hechos debe limitarse a lo necesario para la calificación de la acción, excluyéndose todos aquellos que no tuvieran vinculación con ella, pero cuidando de no omitir los que tuvieran alguna relación, aunque sea indirecta o que de cualquier manera pudieran influir en la resolución final. Cuando se pida el reconocimiento de la obligación de abonar una indemnización, bastará que se expongan los hechos en que la pretensión se funda; pero, si además se pide el pago de la indemnización, habrá que exponer los hechos que puedan influir en la determinación de su monto (p. 37).

1754. Con relación a los primeros –dice Peyrano–, subsiste la polémica para determinar si, en oportunidad de invocarse las circunstancias fácticas, estas deben complementar una acabada descripción del suceso, sin quitar ni recortar motivos que empeoren o dificulten la situación del exponente (*El Proceso Civil*, Astrea, Buenos Aires, 1979, p. 154). Grossmann participa de la opinión por la cual debe sancionarse la ocultación de hechos cuyo conocimiento resulta indispensable para la claridad y dilucidación de la litis. A su criterio, el silencio debe considerarse como contrario a la verdad; tanto él como la declaración incompleta, o ambigua, agravan el deber en comentario. Esta veracidad –agrega– "se exige no solamente con respecto a los hechos controvertidos, sino igualmente a los hechos indiscutidos que el juez debe aceptar, en general, sin previo examen alguno", estableciendo solo una restricción: "La exigencia de la veracidad, con inclusión de los hechos no discutidos, deja intacto el derecho del litigante de abstenerse de la impugnación de las alegaciones hechas por la parte contraria, sea que fueran verídicos o no. La parte no es obligada a declarar, pudiéndose hacer condenar en rebeldía, si lo prefiere a la intervención activa en el juicio" (Grossmann, Kaethe, "El deber de veracidad de las partes litigantes en los juicios civiles", *Jurisprudencia Argentina*, T. 71, pp. 9/17, sección doctrina).

377. Hechos principales y secundarios

Además de estos hechos enunciados en el código procesal federal que los testimonia, existe otra división teórica generada para mostrar la importancia que tienen en la definición del objeto procesal: son los *hechos principales* (que en la tradicional clasificación de Chiovenda serían los constitutivos, modificativos, impeditivos y extintivos) y los *hechos secundarios* (o argumentos de prueba).

Los *principales* nacen fuera del proceso, pero sirven a la pretensión porque son la razón fáctica que provoca la litis y la razón jurídica del argumento de derecho.

Carli (o Clemente Díaz) decía que eran "... hechos jurídicos que identifican la acción, la *causa petendi* y el objeto litigioso";[1755] en coincidencia con Devis Echandía que elabora similar distinción fundada en la necesidad de identificar la pretensión incoada y establecer la pauta de congruencia de la decisión.[1756]

En cambio, los *hechos secundarios* son los que guardan trascendencia para respaldar la existencia real de las afirmaciones y la justificación de los enunciados de derecho.

Peyrano analiza la presencia de ambos tipos de hechos procesales y dice:

> ... puede, válidamente, el órgano jurisdiccional –en oportunidad de dictar la sentencia de mérito– ponderar material fáctico consistente en hechos secundarios o accesorios probados durante la secuela de la causa, por más que los mismos no hubieran sido invocados en los escritos constitutivos de la litis (demanda y contestación). Tal ponderación no viola el principio de congruencia.[1757]

Agregando que

> ... los hechos secundarios "o simples" en estudio poseen varias aptitudes: contribuyen a reforzar la verosimilitud fáctica proporcionada por alguna de las partes y/o a mejorar la posición de alguna de ellas en cuanto a la

1755. Carli, Carlo, *La demanda civil, op. cit.*, p. 96.

1756. Devis Echandía, Hernando, *Estudios de Derecho Procesal*, Bogotá, ABC, 1979, T. I, p. 287.

1757. Peyrano, Jorge Walter, *Compendio de Reglas Procesales en lo Civil y Comercial*, Rosario, Zeus, 2ª ed., 1997, p. 20.

> expectativa que pueda tener respecto de un desenlace judicial favorable. Buen ejemplo de hecho secundario está constituido por los indicios. Es que ellos (que configurarán hechos simples, en la mayoría de los casos) una vez que han sido probados durante la sustanciación de la causa, pueden ser valorados oficiosamente por el tribunal.[1758]

378. Clasificación de los hechos

Los hechos que se llevan al proceso son versiones *ex post facto*. Los que se relatan afirman desde una visión particular lo que sucedió en un espacio diferente al judicial. Los que están en contradicción de circunstancias son objeto de prueba, y cada hecho, entre los múltiples que son alegados por las partes, tiene una clara incidencia sobre alguna parte del litigio.

Dado que la variedad de los hechos ajenos y anteriores al proceso, como los vinculados y contemporáneos al mismo, son de múltiples expresiones, la teoría general comenzó el esclarecimiento dividiendo los hechos en *jurídicos* y *procesales*. Los primeros eran aquellos que tenían por objeto constituir, modificar, alterar o resolver un estado de cosas que concretado se resolvía como acto jurídico; los segundos lo fueron cuando sucedían actuaciones dentro de un proceso judicial.

Sin embargo una distinción de este tipo es irrelevante, porque establecer la desigualdad conforme sucedan dentro o fuera del proceso, en principio, no tiene mayor interés. Por otra parte, de seguir la asimetría hay que volver a la distancia que relacionó Carnelutti, quien dijo que los hechos son jurídicos cuando el cambio que operan conlleva a una diversidad en el mundo jurídico,[1759] o como dice Guasp:

> … cuando la realidad sobre la que el hecho opera es una realidad jurídica, el suceso que la determina es, a su vez, un hecho jurídico, por tanto, cualquier suceso o acaecimiento que produce una modificación de cualquier clase, es un hecho jurídico.
>
> Repetimos, entonces, un concepto ya vertido […], estos sucesos son extraños a la vida del proceso, se dan fuera de él para formar una experiencia determinada. Los hechos por sí mismos son causa y razón de consecuencias jurídicas que, llevadas al proceso, persiguen obtener un efecto determinado.

1758. Peyrano, Jorge Walter "Los hechos secundarios del proceso civil", en *Compendio de Reglas Procesales en lo Civil y Comercial, op. cit.*, p. 22.

1759. Carnelutti, Francesco, *Instituciones de derecho procesal, op. cit.*, T. I, p. 426.

> El hecho es procesal, entonces, cuando ocurre en el mundo del proceso influyendo en la relación jurídica trabada entre los sujetos intervinientes.[1760]

Con esta línea de trabajo, en consecuencia, cada uno de los hechos que se mencionan en los ordenamientos procesales tienen un sentido y apuntan a una dirección. Unos se dirigen a resolver cuestiones probatorias; otros afianzan la pretensión en forma directa o indirecta; algunos más secundan el derecho alegado, pero todos, sin exclusión, informan la causa.

Los motivos que provocan la controversia entre partes suelen fundarse en conflictos desencadenados en una relación precedente a la causa judicial. Estos son los que originan los hechos jurídicos y se llaman *extraprocesales* porque aún no hay litigio. En cambio, las actuaciones desenvueltas en la actividad procesal tienen este carácter. La negociación de contrato, en sí mismo, son hechos extraprocesales; la conducta desenvuelta por las partes en el curso de la litis, en cambio, son hechos procesales.

Los primeros se pueden vincular con la pretensión, con la persona, o con la causa. Desde cada lugar dominan una contingencia prevaleciente.

Con la pretensión es clásica la división en *hechos constitutivos* (o formativos de la relación jurídica procesal); *hechos modificativos* (o que incitan una transformación de la realidad de acuerdo con el relato que se haga al contestar la demanda); *hechos extintivos* (cancelatorios de la situación jurídica) y *hechos impeditivos* (impedimentos que inhiben la continuidad del proceso a causa de alguna deficiencia en los presupuestos procesales).

Cuando el nexo se da con la persona, los hechos suelen llamarse *conocidos* (amistad, empleo, interés, subordinación, etc. de alguien con quien es parte que le impide obrar desinteresadamente); *reconocidos* (los que son aceptados sin discutir las consecuencias jurídicas); *admitidos* (versiones coincidentes en sus circunstancias) y convalidados (reconocidos por un efecto procesal como la preclusión).

Si la relación sucede con la causa, los hechos suelen ser *lícitos* e *ilícitos*; *pertinentes* o *inoficiosos*; *normales* o *extraordinarios*.

La construcción de la *litiscontestatio* se implementa con los hechos alegados y afirmados por el actor, más los alegados y afirmados por la demandada con una versión que modifica la realidad expuesta por el

1760. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 279.

demandante. Estos, en conjunto, son los *hechos controvertidos* y objeto de la prueba procesal. De ellos, no todos serán de verificación necesaria. Lo son cuando resultan *esenciales* (prueba conducente), no así cuando son *no esenciales* (a veces, la prueba informativa).

Si el objeto se transforma referimos a *hechos nuevos*, si no hay tal cambio pero suceden innovaciones, serán *nuevos hechos*.

La clasificación más importante, finalmente, es la que resuelve las cuestiones de hecho que serán objeto de prueba que dejamos para esa oportunidad.

379. Los nuevos hechos y los hechos nuevos

Los hechos que dan vida al proceso conforman un núcleo de discusión que no puede variar porque es donde anida el objeto de la controversia. Los únicos elementos de facto que se pueden agregar son los que guardan relación con la controversia, y siempre que resulten importantes para acumular más razones para la demanda o resistencia.

Quien pretenda su inclusión tendrá que fundamentar la causa y hacerlo en la oportunidad correspondiente, como se vio anteriormente. En esta ocasión, corresponde observar el impacto que tiene en el curso de la controversia, teniendo en cuenta que la innovación que se lleva al juez no puede ser producto de una variación legislativa (*v. gr.* si por una ley la cuestión deviene abstracta, la norma no es un hecho nuevo, sino un motivo que debe ser la causa para que, quien corresponda, resuelva si desiste del proceso o lo prosigue); de un cambio jurisprudencial (*v. gr.* cuya orientación no es un hecho nuevo teniendo presente que en la legislación argentina no rige el sistema del precedente obligatorio), o de los resultados habidos en causas conexas o relacionadas.

Incluso aún cuando se pudieran considerar en la categoría de hechos, no lo son porque se trata de un tipo particular que la doctrina llama *hechos sobrevinientes*, caracterizados por la influencia que tienen en la decisión, al consolidar, modificar o extinguir las causas del litigio. Así dice Peyrano, que

> Los susodichos hechos sobrevinientes (que consolidan, modifican o extinguen la litis) forman parte del *ius superveniens*, categoría más amplia que abarca también el supuesto del cambio normativo que viene a

> influir de manera decisiva sobre una litis en curso. Por lo común, el *ius superviens* ha sido objeto de especial atención en materia de imposición de costas porque posibilita una especial distribución de ellas.[1761]

Es decir, el *hecho nuevo* sucede fuera del proceso, pero se trata de incorporarlo por la incidencia refleja que tiene; son hechos no conocidos al tiempo de demandar, contestar o reconvenir, e imprevisibles por sus antecedentes. En la invocación de ellos promedia la buena fe de quien peticiona, por lo cual la conducta procesal como pauta de consideración definitiva, es importante considerar.

En cambio, los *nuevos hechos* aparecen en el curso de la instancia y se pueden o no relacionar con la pretensión. Por ejemplo, al contestar la demanda con hechos modificativos se incorporan argumentos basados en circunstancias distintas que son generadores de una perspectiva distinta. Igual sucede con la reconvención, y los fundamentos técnicos y fácticos que la acompañan, dando lugar a la discusión jurídica respecto de si es posible reconvenir contra la reconvención (*reconventio reconventionis*).

Entre ellos no hay polaridad cuando ciertos procesos admiten la agregación de hechos en cualquier oportunidad, como sucede en los asuntos de familia reglados en la legislación española (ver art. 732 LEC).

La diferencia esencial entre ambos está en el conocimiento que se tiene de ellos, porque unos y otros no pueden agregarse en cualquier momento sino *in tempore*. Pero los *hechos nuevos* que se conocen y no se denuncian para dejarlos en expectativa del resultado, sufren los efectos de la litispendencia y de la cosa juzgada, porque cuando los hechos y sus fundamentos jurídicos se adquieren para el proceso, se consideran iguales a los que se tuvo oportunidad de mencionar y no se hizo. De su lado, los *nuevos hechos* que se omiten, quedan precluidos con relación al tiempo de invocarlos y, como en el caso anterior, recibe los efectos de la *res judicata*.

1761. Peyrano, *Los hechos secundarios del proceso civil, op. cit.*, p. 24.

Capítulo XLVII
Incidentes e incidencias

380. Nociones generales

Todo procedimiento tiene cuestiones imprevistas que suelen provocar discusiones diferentes a las del objeto principal; ellas, directa o indirectamente, afectan la continuidad progresiva de los actos procesales, y pueden quedar resueltas antes de la sentencia definitiva, conforme el nexo que tenga con la cuestión esencial del litigio.

Cuando el replanteo se formula sobre derechos (*v. gr.* nulidad del acto), la controversia provoca un conflicto que trasciende y exige, por su importancia, un método particular para sustanciarlo y resolver en consecuencia. Se trata de *incidentes*.

Si la oposición se suscita por cuestiones procesales de diferente carácter (*v. gr.* impedimentos, solemnidades no cumplidas, preclusión o caducidad, etc.), la decisión ha de ser inmediata o relativamente próxima con el acto de impugnación. Son las llamadas *incidencias*.

La cercanía de estas cuestiones con la materia central de la litis origina la suspensión del proceso principal cuando no se puede seguir adelante en el mismo sin tener resuelto, previamente, la obstrucción opuesta; otras veces, dicha relación admite la simultaneidad de trámites, a cuyo fin, cada uno tiene un expediente propio, es decir, un trámite vinculado con el litigio principal pero sujeto a propias resoluciones.

Por ejemplo, el beneficio de litigar sin gastos constituye un incidente "autónomo o nominado", categoría que tiene una regulación específica, sin perjuicio de lo cual el codificador ha previsto que le sean aplicadas, con carácter supletorio, las normas establecidas para los incidentes genéricos o innominados.[1762]

1762. En tal aspecto, se afirma que el proceso promovido a los fines de obtener el beneficio de pobreza es autónomo respecto de la pretensión principal y, aun cuando no se ajuste en su tramitación a las normas que regulan los incidentes (art. 175 y ss., Código Procesal) pues no es sustanciado con la contraria; la facultad de esta de fiscalizar la

En suma, un *incidente procesal* es una cuestión contenciosa que se resuelve con relación al principal pero de manera independiente; inclusive, pueden decidirse tras el dictado de la sentencia definitiva.

Por su lado, las *incidencias* son conflictos dentro de un trámite en curso, o planteados en un acto puntual del proceso que debe ser resuelto de inmediato por no ser de tal significación o importancia como para suscitar un incidente autónomo.

Son ejemplos de estas manifestaciones las oposiciones que se producen en el desarrollo de una audiencia; el requerimiento de providencias rechazadas sin sustanciación, etc. Tienen la característica que, como no constituyen un incidente formal ni siquiera corresponde la imposición de costas por la contradicción ocasionada, más allá del control sobre la conducta procesal dispuesta.

381. Particularidades

Ambas contingencias son situaciones inesperadas que aparecen como acontecimientos sobrevinientes que llegan a perturbar el trámite del juicio común obligando a resolverlos antes de la decisión final de la litis, o derivando para tiempo después de ella si tienen autonomía y no impactan sobre el objeto central.

Coinciden en ser manifestaciones relativas al proceso convirtiendo a este en un requisito o particularidad; porque cuando el conflicto se da en un trámite autónomo pero conexo, suele hablarse de otra categoría nominada como "proceso incidental" que enseguida veremos.

---

prueba y contestar la vista después de producida la misma (art. 81, Código Procesal) le confieren características particulares a la que no le es ajena la posibilidad de decretar la caducidad de la instancia cuando se den los requisitos previstos por los arts. 310 y ss., Código Procesal (CNCiv., Sala G, "Martínez, Gustavo c. Scott, Jorge", 17/02/1998, *LL* 1999-B-864; *J.A.*, caso 13.785). De todos modos, como el beneficio de litigar sin gastos es un trámite con autonomía procesal propia, se diferencia de los incidentes contemplados en el art. 318, párr. último, del Código Procesal, que constituyen meras instancias accesorias. Así, a los efectos de la regulación de honorarios del abogado, debe considerarse la naturaleza del proceso, el resultado obtenido, la labor profesional desarrollada en cuanto a su calidad, extensión e importancia, así como la valoración de los efectos económicos que eventualmente puede ocasionar su procedencia o improcedencia (CNCiv., Sala H, "Medina Olaechea, Pedro c. Pallasa, Manuel", 22/08/1997, *LL* 1998-C-976; *J. A.*, caso 12.833).

El expediente principal es el lugar donde se deduce el incidente o la actuación que provoca la incidencia; la cuestión opuesta como incidente abre un expediente nuevo si no puede gestionar sin alterar los actos del primero, donde se sustanciará (derecho al contradictorio y bilateralidad del conflicto abierto) y quedará resuelto. Firme la decisión se acumula al expediente madre. No es igual el trámite de las incidencias, que se resuelven en el cuerpo principal del expediente o en el curso de las audiencias o actuaciones procesales que se practiquen.

Para ser incidente o incidencia la cuestión debe ser "accesoria" al objeto principal y no la simple observación sobre una cuestión de trámite (*v. gr.* la oposición al efecto acordado a un recurso no es una incidencia; sí lo es la impugnación a la redacción de las posiciones del absolvente; el incidente de nulidad por vicios en la notificación no es igual a la incidencia sobre el error de numeral en la dirección escrita).

Finalmente, caracteriza a ambas que requieren un pronunciamiento especial del tribunal y provoca recursos subsiguientes, salvo que estuvieran expresamente obstruidos.

Con relación al procedimiento, se promueven, gestionan y resuelven por y ante el mismo juez que conoce la causa principal. El Código Procesal federal genera un formalismo particular que acompañan las demás legislaciones provinciales. El incidente no es para cualquier proceso sino para aquellos donde la estructura los tolera (*v. gr.* la Ley de amparo N° 16986 en el artículo 16 prohíbe la articulación de incidentes).

382. El proceso incidental

En este caso se afronta un proceso de conocimiento que, estando vinculado por conexidad con el principal, se desarrolla con autonomía y con idénticas posibilidades de sufrir planteos incidentales o incidencias en su trámite.

Así, por ejemplo, se encuentra jurisprudencia que los explana en estos términos

> … dada la naturaleza y el objeto de la acción reivindicatoria de las acciones societarias que pertenecían al causante, entablada por los herederos contra un coheredero, debe ser ejercida en un juicio de conocimiento,

pues esta clase de pretensión requiere amplitud de debate y prueba, que no se ajusta a las pautas vigentes en materia de incidentes.[1763]

Igual sucede con la acción de nulidad de testamento, que por su carácter controversial, corresponde que sea sometida a mediación previa obligatoria, sin que ello pueda ser desvirtuado por la invocada cualidad incidental asignada al proceso, pues aun cuando el juicio sucesorio en sí no es susceptible de mediación voluntaria, sí lo serán las acciones vinculadas al mismo.[1764]

Finalmente se ha dicho que la vía incidental es el marco formal idóneo para determinar la procedencia de los daños ocasionados por la traba de una medida cautelar, sin necesidad de que el mismo sea encausado a través de un proceso autónomo, máxime si esa fue la vía establecida por el magistrado con anterioridad, sin que haya sido cuestionada por las partes sino que, por el contrario, la demandada se expresó sobre el derecho reclamado y ofreció prueba sin criticar el trámite otorgado.[1765]

383. Clasificación de los incidentes

Los incidentes, también llamado por algunos para expresar su significado como "mini procesos", tienen varias clasificaciones que sirven para reconocer el trámite que deben continuar hasta quedar resueltos.

Los hay *propios* o *típicos*, que tienen un reglamento especial en cada legislación (*v. gr.* incidente de nulidad), que les permite lograr cierta *autonomía*; en oposición a los *derivados* o *accesorios* que ocurren en el trámite del juicio ordinario debiendo encontrar allí mismo la solución.

La división se relaciona con los que se muestran *autónomos* en el sentido de no estar vinculados más que por la conexidad con el proceso principal; respecto de los *subordinados* que suspenden el trámite del litigio hasta la sentencia interlocutoria que los despacha.

1763. CNCiv., Sala H, "Plata y Plata, Francisco s/suc.", 29/10/1997, *LL* 1998-E-426.

1764. CNCiv., Sala A, "Ceretti, Jorge N. c. De La Vega de Luque, Beatriz A. E. y otro", 13/11/2000, *LL* 2001-D-343; *DJ* 2001-2-408.

1765. CNCom., Sala C, "Santamarina, Alberto c. Santamarina, Miguel", 19/07/2002; *DJ* 2002-3-484.

Según el ritual que tengan se llaman *específicos, reglados* o *propiamente dichos* porque existe un sistema particular de enjuiciamiento; frente a los *genéricos* o de *cualidad ordinaria* que no identifica modalidad singular.

Finalmente, están los *nominados* que permiten conocerlos de inmediato (*v. gr.* incidente de beneficio de litigar sin gastos; de nulidad; recusación; etc.), opuestos a los *innominados* que no son más que contingencias procesales.

Atendiendo a la cuestión motivo de litigio se ha dividido entre incidentes *procesales* y *sustanciales*, según refieren pura y exclusivamente al proceso o a cuestiones de fondo y que por lo tanto tienen una regulación específica (*v. gr.* la citación de evicción).[1766]

384. Suspensión del juicio principal

La naturaleza de la cuestión que se subordina al resultado del incidente es lo que decide si el proceso principal se suspende o no. Por vía de principio corresponde la prosecución autónoma de los procedimientos, debiéndose considerar así cuál es la probabilidad de sentenciar el juicio primero sin el riesgo de que la decisión del incidente conmueva los fundamentos eventuales que se den.

En el artículo 176 del Código Procesal establece que

> Los incidentes no suspenderán la prosecución del proceso principal, a menos que este Código disponga lo contrario o que así lo resolviere el juez cuando lo considere indispensable por la naturaleza de la cuestión planteada. La resolución será irrecurrible.

La suspensión reglada opera, por ejemplo, cuando el juez recusado desconoce las causales invocadas dando lugar a la formación del incidente (art. 23, CPCC) y a la paralización de las actuaciones.

La discrecionalidad judicial trabaja en las cuestiones no regladas, con la guía del artículo 186 del mismo ordenamiento, según el cual:

> Todos los incidentes que por su naturaleza pudieren paralizar el proceso, cuyas causas existieren simultáneamente y fuesen conocidas por

1766. Peña, José Federico, "Análisis del procedimiento incidental y su situación en el Código Procesal Civil de la Nación luego de la eliminación del proceso sumario", en *El Dial*, suplemento de derecho procesal.

quien los promueve, deberán ser articulados en un mismo escrito, siempre que sea posible su tramitación conjunta. Se desestimarán sin más trámite los que se entablaren con posterioridad.

La conexidad de las decisiones es el punto de encuentro para disipar la duda de cuándo se suspende o no el principal. Por ejemplo, no se puede reclamar la continuidad del trámite, mientras se está resolviendo un acuse de caducidad de la instancia. Porque el efecto inmediato del incidente de perención o caducidad es detener o paralizar la instancia en que ha sido deducido, hasta tanto se determine la supervivencia de esta. Hasta que ello ocurra, deviene imposible activar o instar la marcha del proceso en ningún sentido, salvo para arribar a la resolución que determine si hay o no instancia.

A veces, los pedidos de paralización surgen con argumentos cautelares, como los de evitar perjuicios irreversibles con las resoluciones que se adopten (*v. gr.* la eliminación de un oferente en la etapa de preselección de la licitación provoca acciones judiciales que se forman como incidentes obstructivos del procedimiento administrativo, alegando razones precautorias o la propia suspensión del acto administrativo), en cuyo caso la vía del incidente se aplica para alterar la relación jurídica en ejecución.

En tal supuesto, surgen las potestades implícitas del poder jurisdiccional para expurgar el abuso o dar justicia a los casos manifiestos de inequidad, absurdo o arbitrariedad. No obstante, la denegación debe estar fundamentada en alguna de las causales de admisión y procedencia prevista para los incidentes, o estar basada en la manifiesta improcedencia formal o sustancial.

En el código procesal de la Nación, son dos los supuestos que autorizan el rechazo *in limine* de los incidentes: uno es el planteo manifiestamente improcedente; el restante, cuando se ejerce un nuevo incidente, por causas que existían y ya eran conocidas por el interesado al deducir otro anterior y en trámite. El primero es un caso de improponibilidad objetiva del incidente, que debe resultar de sus propios términos, es decir, sin necesidad de investigación de hecho alguno. Por lo tanto, las falencias de que adolezca la articulación deben ser de una gravedad tal que lo propuesto no constituya un requerimiento revestido del grado mínimo de seriedad que debe tener toda actuación ante la justicia.

Por ejemplo, es inadmisible la redargución de falsedad de un instrumento público si no se indican los elementos y pruebas tendientes a su demostración (art. 395, apart. 1, Cód. Proc.), y, por extensión del concepto, si los factores acreditantes de la ausencia de autenticidad que se mencionan resultan manifiestamente inconducentes. Es la inteligencia que preside el rechazo *in limine* de incidentes que estatuye el artículo 179 del Código Procesal, aplicada al tema específico de la redargución de falsedad de instrumentos públicos.[1767]

Pero hay casos que justifican decisiones diferentes, por ejemplo, la caducidad de instancia no justifica el rechazo *in limine* del incidente de restitución de bienes muebles, toda vez que el artículo 188 de la Ley de Concursos N° 24522 prevé la posibilidad de promoverlo después de declarada la quiebra y antes de haberse producido la enajenación del bien.[1768]

Distinta es la situación de las incidencias que se quieren revertir como incidentes con replanteos improcedentes abusivos. Por ejemplo, en el código procesal federal se han suscitado dudas si la prueba de absolución de posiciones queda notificada con la comunicación del juzgado de la fecha y hora de celebración de la audiencia preliminar, en cuyo desarrollo se cumple la prueba de confesión. Si la interpretación es que persiste la carga de notificar por la parte que quiere la producción probatoria, y no lo hace, pero la prueba se cumple igualmente, ante el hecho de estar todos presentes en la audiencia del artículo 360 del CPCC, el afectado podría encontrar un vicio procesal a denunciar.

Recordemos que la promoción de incidentes no suspende el proceso principal, salvo que concurran situaciones muy vinculadas que podrían llevar al dispendio procesal de continuar como si nada hubiera ocurrido. Pero en el caso planteado como hipótesis, la audiencia no se

1767. CNCiv., Sala D, "Ruiz, Rodolfo y otros c. Municipalidad de la Capital y otros", 26/04/1983, *LL* 1983-D-122. También, si el presentante del escrito insiste en promover una nueva nulidad con evidente ánimo dilatorio y sin siquiera cumplir con elementales requisitos de admisibilidad se impone su rechazo "in limine" (CNCiv., Sala F, "D'Arco, Rodolfo M. y otra c. Frade, José y otra", 05/10/1982, *LL* 1983-B-181).

1768. CNCom., Sala D, "Ciprem S. A.", 26/02/1999, *LL* 1999-E-958, *J.A.*, caso 14.320. De igual modo no procede rechazar un planteo de nulidad de la notificación cumplida bajo responsabilidad de la actora con el exclusivo fundamento de haberse realizado la diligencia en el domicilio informado por el Registro Electoral, si el nulidicente acompañó prueba en principio eficaz para acreditar que ése no sería su domicilio real, supuesto en el que corresponde abrir a prueba el incidente (CNTrab., Sala V, "Durand, Jorge L. c. Assef, Alfredo", 26/12/1994, *DJ* 1995-2-250; *DT* 1995-A-836).

podría celebrar por defectos del procedimiento que, en su caso, podrían quedar expurgados por la convalidación del acto, pero ante la reserva o recurso planteado, debiera generar la suspensión del proceso principal.

> En este sentido se resolvió que, para la fijación de nueva audiencia cabe hacer aplicación del artículo 176 del Código. Procesal, ya que dada la naturaleza del incidente a resolver operaba implícitamente la suspensión del proceso principal. Ello así, si el incidente de nulidad por vicios formales en la notificación de la audiencia conciliatoria fue interpuesto un día antes de la fecha fijada para su celebración, se debe fijar una nueva convocatoria a dichos fines produciéndose hasta dicho momento la suspensión del proceso.[1769]

385. Trámite del incidente

La promoción del incidente tiene particularidades conforme sea *autónomo* o *propiamente dicho* a la instancia que le da motivo.

En estos últimos, es deber del que pretende redactar una presentación con los requisitos de la demanda y con los siguientes presupuestos formales: a) copia de las resoluciones que estima defectuosas; b) indicación puntual y precisa de las partes del expediente donde anida el vicio o defecto; c) certificación de las copias por el secretario, prosecretario administrativo o cargo funcional equivalente.

El escrito que contiene el incidente deberá ser fundado clara y concretamente en los hechos y en el derecho, ofreciéndose en él toda la prueba (artículo 178, CPCC). Con ellos se forma la causa conexa (el incidente autónomo) que radica ante el juez del proceso principal, quien conocerá también en todas las cuestiones que se susciten en lo sucesivo, ya sea por conexidad o estar íntimamente vinculadas.

En el Reglamento de la Justicia Nacional en lo civil, la conexidad se encuentra prevista en el artículo 32 y consagra una excepción a las reglas generales en materia de competencia, que se configura en supuestos en que la materia litigiosa traída con posterioridad a la radicación de la causa originaria constituye una prolongación de la misma controversia, por lo cual debe ser sometida al tribunal que previno,

1769. JNTrab., Nº 22, "Guanca, J. V. y otros c. Terminal Emcym S. A.", 30/12/1994, *LL* 1995-D-625, con nota de Alfredo Mario Condomi.

permitiendo así continuidad de criterio en la valoración de los hechos y derecho invocados, conforme al principio de *perpetuatio jurisdictionis*.

Estos presupuestos formales y rituales reciben condición de *ad solemnitatem* sin que difieran de los que se exigen para los demás actos procesales, aunque en los incidentes la particularidad es el deber de acompañar las copias del expediente principal que se vinculen con el motivo de la presentación.

No obstante, las facultades para rechazar de plano la presentación cuando esta se encuentre desprovista de los recaudos exigidos por la ley, no puede válidamente adoptar tal temperamento cuando esas exigencias se encuentren *prima facie* satisfechas, debiendo en consecuencia proveer a su admisión e imprimirle el trámite estructurado por la normativa procesal, sin que ello implique en modo alguno comprometer su opinión con la viabilidad del planteo. Es la solución más informal y simplificada que encuentran los *incidentes subordinados*.

La otra vía es el *proceso incidental*, o sea aquel proceso independiente que está conectado con el principal, pero que gestiona completamente fuera del mismo, aunque su sentencia influirá en dicha causa. Inclusive, la sentencia de primera instancia favorable permite trabajar la cautelar de suspensión.

Los ejemplos más usuales son la tercería de dominio, o de mejor derecho. En el caso, el tercerista promueve su propio proceso contra el ejecutado y contra el ejecutante, y su gestión puede llegar a tener muy importantes efectos en el trámite de ejecución (*v. gr.* arts. 99 y 100 CPCC); no aplicándose en la especie, por ende, el principio *accesorium sequitur principale*.[1770]

En los incidentes que se originan dentro del expediente principal, la formación de pieza separada no es obligatoria cuando la relación con el objeto principal del pleito tiene o encuentra rápida solución, tras la sustanciación del planteo.

Los incidentes autónomos como el beneficio de litigar sin gastos tienen sus propias reglas.

1770. Peña, José Federico, "Análisis del procedimiento incidental y su situación en el Código Procesal Civil de la Nación luego de la eliminación del proceso sumario", *op. cit.*

386. Notificación del incidente

Superada la etapa de admisión, y reunidos los requisitos formales y de fundamentación, el juez ordena el traslado de la presentación por cinco (5) días.

El artículo 180 del CPCCN sostiene que la notificación se puede practicar por cédula dentro del tercer día de ordenado, lo que supone establecer un plazo de expiración diferente al de la caducidad del incidente que es de tres (3) meses (art. 310, inc. 2, CPCCN). También autoriza la notificación personal que significa dejar constancia en el expediente principal de la formación del incidente y que la contraparte comparezca voluntariamente para la notificación espontánea.

La comunicación debe practicarse en el domicilio real del demandado o sujeto pasivo del incidente que se promueve cuando se trata de incidentes autónomos. La carga de hacerlo es del que lo promueve. Por eso, la cédula al domicilio real no corresponde en el supuesto de ejecución de sentencia, pues mientras deban llevarse a cabo medidas de ejecución, no podrá hablarse de la terminación del proceso, debiendo reputarse subsistente el domicilio constituido en el expediente principal.

Los tres días señalados se cuentan desde la fecha de la providencia ordenatoria, constituyendo un supuesto excepcional que se enfrenta con el sentido genérico que establece el artículo 133 del ritual respecto de la notificación por ministerio de la ley de todos los actos procesales que no deban ser comunicados por cédula. El criterio no es estricto ni provoca caducidades automáticas, e inclusive, la oposición eventual que se pueda hacer por la falta de cumplimiento en los tiempos dispuestos no provoca la pérdida de ningún derecho pues con la notificación se ha practicado el acto de impulso necesario para restablecer la celeridad procesal.

387. Recepción de la prueba

La prueba se debe ofrecer conjuntamente con el escrito del incidente y al contestarlo. Cuando sea necesaria producir actividad en tal sentido, el procedimiento toma una fisonomía propia basada en el principio de economía procesal y, dentro de él, aplicando la concentración de los actos, y la celeridad.

Dice el artículo 181 del reglamento local que

> Si hubiere de producirse prueba que requiriese audiencia, el juez la señalará para una fecha que no podrá exceder de diez días desde que se hubiere contestado el traslado o vencido el plazo para hacerlo; citará a los testigos que las partes no puedan hacer comparecer por sí y adoptará las medidas necesarias para el diligenciamiento de la prueba que no pueda recibirse en dicha audiencia. Si no resultare posible su agregación antes de la audiencia, solo será tenida en cuenta si se incorporase antes de resolver el incidente, cualquiera sea la instancia en que éste se encontrare.

Como se advierte, la apertura a prueba es facultad del juez, sin perjuicio de su oportuna consideración en la alzada. Cabe recordar que la Ley N° 22434, ni la reforma hecha por la Ley N° 25488, nada resuelven acerca de la forma de notificación de la producción de la prueba en los incidentes, obviamente porque además de la celeridad procesal, propia de esta clase de procesos en virtud de su vinculación con el principal, no existen los inconvenientes que existían en el juicio sumario ya que el artículo 181 prevé un plazo máximo de diez días para la audiencia que se computa a partir de la contestación del traslado.

De acuerdo con el artículo 125 modificado por la Ley N° 25488, la audiencia de prueba podrá documentarse con medios técnicos que faciliten su desarrollo y rapidez, pudiendo estar su desarrollo a cargo del secretario (art. 38, inc. 5). La citación de los testigos queda a cargo de la parte que los proponga y de no ser ello posible, regirá el principio general del artículo 434 que la pone a cargo del juzgado. De este modo, si el interesado no solicita que el testigo sea citado por el tribunal, deberá traerlo por sí; de modo que la falta de concurrencia importará el desistimiento automático del mismo, por ser un supuesto de caducidad probatoria (art. 432, inc. 1 CPCCN).

La celebración de la audiencia admite una sola postergación y por un plazo no mayor de diez (10) días (art. 182, CPCCN). Lo mismo sucede cuando se aplaza la continuidad y debe proseguir tiempo después.

Cuando se trata de incidentes propiamente dichos, a diferencia de los denominados *incidentes autónomos* que reciben un tratamiento particular, la prueba se restringe notablemente, acotando la pericial a un solo experto, designado de oficio y sin la posibilidad de actuar en conjunto con consultores técnicos; y con no más de cinco (5) testigos que deberán concurrir al juzgado sin importar cuál sea su domicilio.

Recuérdese que en el curso de los incidentes debe evitarse la resolución de cuestiones procesales que se puedan decidir, cuando ello sea posible, con todo el caso litigioso porque no se aplica en la especie el principio de eventualidad.

La idea de la norma es evitar la ampliación del foco litigioso que alumbra el incidente, por eso, cuando existan diferencias o contradicciones entre partes que no sean de tal entidad como autorizar la formación de un nuevo incidente, ellas se deben resolver cuando sucedan y de manera inmediata.

388. Las costas en los incidentes

Incidente o *artículo* es toda cuestión que sobreviene accesoriamente en el curso de un proceso y que tiene con él una vinculación inmediata para cuya existencia es preciso que exista controversia. Dada la realidad de una contienda, y en ella la conducta de dos partes que se enfrentan con intereses contrapuestos, donde una obliga a la otra a una articulación, es razonable que el éxito obtenido en estos "mini procesos" tenga también un condenado en costas por resultar vencido en el debate.

La conclusión que parece indiscutible en realidad no es tan precisa, y ha sido objeto de fundadas advertencias. Chiovenda dijo que la calidad de vencedor o vencido atrapa solo a quien obtiene sentencia favorable o es condenado, respectivamente; por lo tanto, imponer las costas en los incidentes en calidad de vencimiento es inapropiado, lo cual –a su entender– no impide que esos procesos puedan contener imposición de costas apoyadas en distintos motivos, como la culpa o el resarcimiento.[1771] Desarrollada la idea (que en cierta forma se polariza con su teoría sobre el hecho objetivo de la derrota) distingue entre *incidentes* y *emergentes*. Los primeros llevan consigo la sanción de costas; los otros postergan tal distribución hasta la sentencia.[1772]

Basados en esta diferencia la doctrina encontró dos interrogantes a resolver. O las costas se decidían con la sentencia definitiva, o se sancionaban también con las interlocutorias que resuelven incidentes.[1773]

1771. Chiovenda, José, *La condena en costas, op. cit.*, p. 360.

1772. Tal es el sistema de la Ordenanza N° 1667 del derecho francés.

1773. Ver De la Colina, Salvador, "Costas Judiciales - Carácter de las Costas" en *La Revista Notarial*, La Plata, 1895, año I, N° 11, p. 160; Díaz de Guijarro, Enrique, "La imposición de

En nuestro país, la duda tuvo origen en el artículo 221 del Código de Procedimientos Civiles de la Capital Federal que al imponer las costas al vencido, según declaraba expresamente, regulaba la disposición en el título de la sentencia. Para despejar cuestionamientos, y fundamentalmente para impedir la promoción de incidentes maliciosos, se dictó la Ley N° 4128 que en su artículo 24 resolvió que "las costas de todo incidente se impondrán al vencido".

Esta norma derogó la regla del comentado artículo 221, de modo tal que los jueces perdieron la posibilidad de exonerar las costas cuando hubiere justa causa, obligándolos a cargar al vencido por el solo hecho de sucumbir.[1774]

Empero la jurisprudencia de entonces morigeró la aplicación estricta de la disposición, estableciendo algunos requisitos de procedencia. Por tanto se mencionó que la existencia de un incidente dependía de la oposición que se formulara, no aplicando costas al vencido si hubiera allanamiento. Asimismo, otros tribunales requirieron la petición expresa para imponer las costas.[1775]

Esta doble regulación de costas para incidentes y para el proceso fue adoptada por diversos códigos provinciales (*v. gr.* art. 357, Córdoba; art. 344, Salta). En cambio, otras legislaciones del interior instituyeron un régimen único para ambos supuestos, admitiendo la posibilidad de

costas no solicitadas en los incidentes", *JA* 31-865; del mismo autor: "Las costas –como sanción– en los incidentes", *JA* 75-66; Reimundín, Ricardo, "Las costas en los incidentes", *Revista de Derecho Procesal*, N° 2, año VI, 2° trimestre, Buenos Aires, Ediar, 1948, p. 93.

1774. Al respecto dice Jofré: "La Ley N° 4128 se ha apartado de la buena doctrina. Se ha creído quizás que el problema podía resolverse por una disposición de carácter general que suprimiese la chicana de los malos litigantes, y se ha llegado en muchos casos a la injusticia obligando a los jueces a decidir mecánicamente una cuestión que debió ser la obra del entendimiento" (Jofré, Tomás, *Manual de procedimientos*, Buenos Aires, La Ley, 5ª ed., 1943, T. III, p. 279). No obstante, existe jurisprudencia contradictoria –minoritaria– que sostiene que "el art. 24 de la Ley N° 4128 no importa limitar al juez la facultad discrecional que le acuerda el art. 221, porque las costas no constituyen una pena que deba aplicarse indefectiblemente al vencido" (Civil Capital, Jurisp. Tribunales Nacionales, octubre de 1910, p. 1509, citada por Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, *op. cit.*, p. 558).

1775. Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, *op. cit.*, pp. 557/8 y jurisprudencia allí citada; Reimundín, Ricardo, *La condena en costas en el proceso civil*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, 1966, p. 193.

eximir al vencido en el incidente, cuando concurren las excepciones establecidas con carácter general (*v. gr.* art. 102, Jujuy; art. 251 Santa Fe).[1776]

El Decreto N° 9950/43 ratificó el criterio del artículo 24 de la Ley N° 4128, aclarando que, "en los incidentes las costas se impondrán al vencido aunque no hayan sido pedidas".

Con la Ley N° 14237 se modifica sustancialmente el sistema, ya que por el artículo 52 se establece:

> En los incidentes, las costas se impondrán al vencido aunque no se solicitasen, pudiendo eximirse de ellas, cuando se trate de cuestiones dudosas de derecho, y fuese aplicable lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 221 del Código de Procedimientos en lo civil y comercial.

En el Senado de la Nación, el miembro informante –De Paolis– sostuvo que había prevalecido el criterio de que con la disposición del artículo 24 de la Ley N° 4128 se creaba el temor dentro de las partes en litigio, de producir incidentes no obstante estar imbuidos de la posesión de la verdad, precisamente para no correr el riesgo de cargar con las costas correspondientes en caso de fracaso.[1777]

En suma, el doble régimen señalado en los distintos ordenamientos procesales tiende a favorecer un control más estricto sobre la conducta asumida en el proceso, y, en su caso, la aplicación de un costo más gravoso por las consecuencias que tiene la responsabilidad de quien gravita en el juicio alterando su normal desenvolvimiento.

1776. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. III, p. 384.

1777. La reforma fue informada en la Cámara de Diputado por el dip. Fernández diciendo: "Con ello se busca atemperar el rigorismo impuesto por el art. 24 de la Ley N° 4128, aplicando el mismo criterio adoptado por el art. 221 del Código de Procedimientos para imponer las costas. Muchas veces, aun cuando haya sido vencido, el litigante puede haber tenido razón para actuar o para defenderse, y, en consecuencia, el juez tiene facultad para eximirlo de las costas. Ello, indudablemente, frente a la buena fe y lealtad a que deben ajustarse las partes; pero no debe servir para favoritismos como en algunas oportunidades en las que, después de largos incidentes y todo el curso de una causa, algún tribunal de apelación, complacientemente, y a pesar de la imposición de costas en primera instancia, torciendo el concepto, exime en ellas al contumaz pleitante, lo cual es tan perjudicial como la imposición de costas a quien tiene fundada razón para defenderse. Por tanto, esto debe emplearse con suma prudencia" (Diario de Sesiones, 1953, p. 914).

388.1 Sistema actual

La preocupación por la moralidad procesal y la buena marcha del proceso llevó a la sanción de la Ley N° 17454 que, más allá de la reforma que significó a la Ley N° 14237 y a la creación de un nuevo Código Procesal en lo Civil y Comercial para la Nación, influyó decisivamente en los ordenamientos de provincia que fueron buscando su modelo a partir de estas disposiciones.

Para el régimen de los incidentes se estableció el sistema de unificar el criterio de imposición; el artículo 69 quedó redactado así:

> En los incidentes también regirá lo establecido en la primera parte del artículo anterior, pudiendo eximirse de las costas únicamente cuando se tratase de cuestiones dudosas de derecho.
> El condenado al pago de las costas del incidente no podrá promover otro mientras no haya depositado su importe en calidad de embargo. No estarán sujetos a este requisito de admisibilidad los incidentes suscitados en el curso de las audiencias.
> Toda apelación sobre imposición de costas y regulación de honorarios se concederá en efecto diferido, salvo cuando el expediente hubiese sido remitido a la Cámara como consecuencia del recurso deducido por alguna de las partes contra la resolución que decidió el incidente.[1778]

La particularidad que toma respecto del sistema anterior se presenta en que la liberación de los gastos causídicos solamente sucede "cuando se trate de cuestiones dudosas de derecho".

Esta limitación fue derogada por la Ley N° 22434 que dio forma al régimen vigente según el cual el sistema de imposición de costas en los incidentes se basa en el principio objetivo de la derrota, pudiendo el juez eximir por cuestiones de carácter subjetivo, "siempre que encuentre mérito para ello".

Asimismo se sustituye la expresión, "el condenado al pago de las costas del incidente no podrá promover otro mientras no haya depositado su importe en calidad de embargo", por "no se sustanciarán nuevos incidentes promovidos por..."; redacción que no difiere con

1778. La misma redacción tienen los arts. 69 de Bs. As.; Catamarca; Chaco; Chubut; Formosa y Misiones; y el art. 66 de Entre Ríos; art. 141, La Rioja.

sus alcances del mecanismo anterior, mejorando en cambio la comprensión de la norma.[1779]

En el párrafo final, se corrige tanto el principio objetivo, que privilegia el sentido del vencimiento para determinar el responsable por las costas; como el principio subjetivo, que permite al juez apartarse de la teoría del vencimiento puro y simple para acomodar la imposición de acuerdo a otras características como la conducta; la creencia de obrar ajustado a derecho; las variaciones jurisprudenciales; etc.

También se advierte en la carga económica para promover un nuevo incidente, la intención de impedir que se utilice el medio como una "chicana".[1780]

Claro está que el principio mentado en el artículo 69, apartado primero, no rige cuando existen disposiciones específicas instituidas como es el caso del artículo 558 del Código Procesal, que determina las costas a cargo de la parte vencida en el juicio ejecutivo.

En las provincias que mantienen el sistema de la doble regulación y la consecuente vigencia del principio del vencimiento puro y simple existen, empero, reiteradas excepciones. En Córdoba se ha dicho que "no obstante lo dispuesto por el artículo 357 del Código de Procedimientos Civil el juez puede morigerar la carga de las costas en los incidentes".[1781]

El Código de Salta dispone que las costas del incidente serán a cargo del funcionario *que lo hubiere motivado* (art. 344); si el procedimiento se anulase por causa imputable a una de las partes, son a cargo

1779. Fassi, Santiago; Yañez, César y Maurino, Alberto, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y demás normas procesales vigentes. Comentado, anotado y concordado*, *op. cit.*, T. I, p. 427.

1780. Dice Rivas que "el dispositivo... tiene como fin, como es sabido el logro de una mayor celeridad procesal y el aseguramiento del principio de moralidad en juicio. Se trata entonces de una finalidad 'intra procesal', es decir inherente al litigio en que se plantea el problema y está, destinada a salvaguardar el mejor desarrollo de dicho conflicto, en correspondencia con los tres principios orientadores declarados en la exposición de motivos por la comisión redactora del proyecto que fuera sancionado como Ley N° 17454 y que en cuanto a las exigencias de celeridad en los trámites y moralización del proceso, señalara el mensaje al Poder Ejecutivo que acompañara a dicho proyecto. Igualmente con el mensaje de elevación al proyecto de reformas que diera lugar a la Ley N° 22434" (Rivas, Adolfo Armando, "Régimen de costas en los incidentes. Acerca del art. 69 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", LL 1984-B-932).

1781. C. Civil y Comercial Bell Ville, "Luchetti de Mengo, Leonilda D. M. c. Kempes Mario y otro", 28/08/1978, *Rep. La Ley* XL, A-I-649, sum. 210.

las costas producidas desde el acto o la omisión que dio origen a la nulidad; si esta debiera atribuirse a culpa de los jueces, cargarán estos con las costas (art. 155, Santiago del Estero).[1782]

Señala Reimundín que

> En toda clase de juicios los funcionarios, tutores, síndicos, abogados, etc., que ocasionaran costas por su inercia, negligencia, o mala fe, son personalmente responsables de aquellos; la condena debe ser especialmente pronunciada en estos casos, haciendo mérito de las circunstancias que la motiven (artículo 158 Santiago del Estero); anulándose el procedimiento por haberse atribuido el demandado un domicilio falso, las costas se impondrán al actor (artículo 77 del Cód. de la Capital). Las costas de los incidentes de nulidad serán a cargo de quien ocasionó estas, sean litigantes, jueces, funcionarios o empleados judiciales, profesionales, peritos u otros auxiliares, dice concordantemente el Cód. de Mendoza (artículo 36, sec. III).[1783]

En Tucumán se sostiene que quien motiva injustificadamente una incidencia carga con las costas.[1784] Asimismo, tratándose de las costas de un incidente la ley parte de un principio más objetivo, que tiene su propio régimen de excepciones consistentes en: a) conformidad con lo incidentado y b) cuestiones de derecho.[1785]

En San Luis (art. 115) el abogado que promueva incidentes sin derecho es responsable por las costas procesales.

388.2 Cuestiones dudosas de derecho

La regla sentada por el artículo 68 del Código Procesal de la Nación se extiende a los incidentes en forma más acentuada. Si bien la última reforma modificó el criterio ampliando las posibilidades de liberación, otros ordenamientos no alterados, como el de la provincia de Buenos Aires, solo exime cuando se trata de cuestiones dudosas de

1782. Reimundín, Ricardo, *La condena en costas en el proceso civil, op. cit.*, p. 198.

1783. Ídem.

1784. CTrab. Tucumán, "Fotia c. López Aiurralde", 06/06/1975, *LL* 1975-D-393 (referencia: 32.809-S).

1785. C. 1ª CC Tucumán, "Bocca Pedro E. y otro c/ Rojas Hugo B. y otro", 27/08/1981.

derecho. De manera que, *ab initio*, queda descartada la duda originada en la relación táctica.[1786]

La cuestión radica en saber si a través de la creación doctrinaria puede modificarse el criterio pues, a estar por la letra de la ley, solo excusan de las costas los problemas de derecho como una ley oscura o nueva, pero no libera una jurisprudencia contradictoria, la creencia de obrar con derecho, el error no imputable, etc.

Interesa subrayar que, con anterioridad a la Ley N° 22434, la praxis judicial había dejado de lado toda rigidez en la interpretación de la norma, posibilitando la exención de costas al incidentista vencido, aun cuando no existiera cuestión dudosa de derecho, con fundamento en razones de equidad; circunstancias de hecho inciertas; o cuando el juez había encontrado mérito para ello, expresándolo en su decisión, pero siempre con carácter excepcional.[1787]

Se dijo entonces que la rigidez del artículo 69 del Código Procesal en cuanto establece como único motivo la eximición de las costas en los incidentes, que la cuestión tratada fuere dudosa en derecho, "debe ceder ante circunstancias de hecho no menos dudosas y eximentes, como las que resultan de la articulación planteada en autos".[1788]

Igualmente se decide sortear la norma, aplicando la excepción señalada en el artículo 68, segundo apartado, a circunstancias de hecho como por ejemplo, en incidentes provocados por un error de máquina o un error justificado al practicarse una liquidación.[1789]

Otros indicaron claramente que el artículo 68, 2ª parte del Código Procesal –también aplicable a los incidentes–, faculta la exención de costas al vencido siempre que el juzgador encuentre mérito para ello, cuestión que concretamente deberá expresar en su decisión bajo pena de nulidad;[1790] pero la prudencia llevó a señalar que en los incidentes, el arbitrio judicial para disponer la eximición de costas carece de la flexibilidad reconocida

1786. Morello, Mario Augusto; Sosa, Gualberto Lucas y Berizonce, Roberto Omar, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación*, *op. cit.*, p. 187.

1787. Fenochietto, Carlos Eduardo y Arazi, Roland, *Código procesal civil y comercial de la Nación*, Buenos Aires, Astrea, p. 272.

1788. CNCiv. Sala D, 06/03/1975, *LL* 1978-B-663.

1789. CNCiv., Sala F, 04/07/1978, *LL* 1978-C-144.

1790. CNCiv., Sala E, 29/12/1977, "Garat Lía c/ Garat E.", *LL* 1978-B-340.

por el artículo 68, encontrándose limitado al supuesto de la existencia de dificultades en la solución del incidente, sea por la complejidad que ofrece o por mediar criterios doctrinarios o jurisprudenciales divergentes.[1791]

En la provincia de Buenos Aires, se destaca el pronunciamiento del Superior Tribunal porque muestra una inflexión al sistema vigente cuando manifiesta que "No obstante la aparente rigidez del artículo 69 del C.P.C., no impide que se impongan las costas en el orden causado, aun tratándose de incidentes, cuando la condena en costas conduciría a una solución inequitativa".[1792]

Criterio que siguen los tribunales inferiores, casi en iguales términos, al decir:

> Las costas del incidente pueden correr por su orden, atendiendo a las particularidades del caso, toda vez que, no obstante la aparente rigidez del artículo 69 del Cód. Procesal, nada impide que se impongan así, aun tratándose de incidentes, cuando la condena en costas, así sea en parte, conduciría a una solución inequitativa.[1793]

Se explica asimismo que el arbitrio judicial para disponer la eximición de costas carece de la flexibilidad reconocida por el artículo 68 del CPCCN con referencia al pronunciamiento sobre las mismas en la sentencia definitiva. La razón de ser de ese diverso tratamiento normativo reside en la conveniencia de restringir el planteamiento de cuestiones que graviten en desmedro del normal desarrollo y duración del proceso.[1794]

En Misiones, en cambio, se afirma que en los incidentes se impone una mayor restricción en la admisión de excepciones al principio general del vencimiento, pues el artículo 66, 1ª parte, Código Procesal las admite "únicamente cuando se tratase de cuestiones dudosas de derecho";[1795] reiterando en otros términos:

> El principio general referente a las costas es el de que la parte vencida en el juicio debe pagar todos los gastos de la contraria aun cuando esta

1791. CNCiv., Sala A, "Reisman Pablo J. y otra c/ El Roli S.A.", 28/05/1978, *LL* 1979-A-569.

1792. SC Bs. As., Ac. 21.072, "López Zubiaurre de Hopff o López Escribano de Hopff, Elvira, sucesión testamentaria. Incidente de administración", 11/09/1979.

1793. CApel. CC Mercedes, Sala I, "Dominique c. Laurentino", 06/11/1979, *LL* 981-426.

1794. CApel. CC Junín, "Soler, Carlos E.", 26/02/1987, *DJ* 987-2-1008.

1795. CApel. CC Paraná, Sala I, "Banco de Entre Ríos c. Smidt, Apolinario C.", 10/08/1979, *Rep. La Ley* XLI, A-I, 821, sum. 272. Ídem, "Pieri, B. R. c. Santos, A. O. y otra", 17/10/1979, *Rep. La Ley* XLIII, A-I, 589, sum. 118.

> no lo hubiere solicitado, por lo que, para que proceda la eximición total o parcial de costas, debe haber mérito suficiente. En los incidentes se aplica esta regla, pero debe tratarse de cuestiones dudosas de derecho.[1796]

No obstante, cuadra afirmar que en la Capital Federal, el criterio de interpretar con amplitud el sistema de distribución de gastos causídicos en los incidentes –antes de la Ley N° 22434– no fue tan abierto.[1797]

La inteligencia que a nuestro entender subsiste es de la Ley N° 17454. En efecto, la disposición que persiste en los Códigos provinciales limitando la exención cuando se trate de cuestiones dudosas de derecho tiene apoyo en otro argumento.

No solamente la celeridad procesal identifica el carácter de la norma; también la moralidad como presupuesto de estructura y seguimiento determina la responsabilidad de quien insiste en los incidentes con finalidad retardataria o entorpecedora.

1796. CApel. CC Paraná, Sala II, "Brasseur, Juan C. H. c. Liendo, José", 31/10/1978, *Revista jurídica ZEUS* 19-145.

1797. Respecto de las costas, rige actualmente el principio objetivo de la derrota, con independencia de la malicia o buena fe para litigar, máxime en materia de incidentes, donde solo puede eximirse cuando se tratare de cuestiones dudosas (art. 69, Cód. Procesal). CNCiv., Sala C, 19/05/1969, *LL* 137-821 (referencia: 23.221-S), *DP* 969-245; CNCom., 01/04/1971, *LL* 143-475; CNCiv., 09/06/1971, *LL* 149-542 (referencia: 29.732-S), Ídem, 29/12/1977, *LL* 1978-B-340. Aconsejándose que la índole de pretensión planteada por vía incidental, que pone de manifiesto que no se trata de una cuestión de derecho dudosa sino más bien dificultosa por carencia de prueba, hace que corresponda imponer las costas de ambas instancias a la locadora incidentista, por no encuadrar la cuestión en la situación prevista por el último apartado del párrafo primero del art. 69 del Cód. Procesal (CNCom., Sala B, 09/09/1970, *LL* 145-412 (referencia: 28-192-S). Por tratarse de la interpretación de nuevas normas de derecho, a la vez que existe cierta jurisprudencia en contrario corresponde decretar las costas del incidente en el orden causado en ambas instancias (art. 69, párr. 1 *in fine*, Cód. Procesal), CNCiv., Sala C, 10/12/1970, *LL* 149-613 (referencia: 30.138-S), Ídem, 13/04/1976, *LL* 1976-C-439 (referencia: 33.720-S), *ED* 67-342. La imprecisión legislativa toma la cuestión como dudosa de derecho, por lo que resulta aplicable la excepción que contempla el art. 69 del Cód. Procesal con relación a las costas, las que se imponen por su orden en ambas instancias (CNCiv., Sala B, "Litta de Zuch, Silveira H. y otro, suc.", 21/06/1976, *LL* 1976-C-256). El principio general que domina nuestro sistema procesal en materia de costas es el de la imposición objetiva de la derrota pero, en el caso específico de los incidentes, el juez puede eximir de las mismas al vencido cuando se tratare de cuestiones dudosas de derecho (CNCiv., Sala F, 29/03/1977, *LL* 1977-C-643 (referencia: 34.223-S). La eximición de costas en los incidentes solo procede cuando se trata de cuestiones dudosas de derecho, el error en la liquidación, aun reconocido, no encuadra en esa regla. (CNCiv., Sala B, "Algañaraz de Morel, Esperanza T. c. Bonsignore, Daniel E. y otra", 15/10/1976, *LL* 1977-D-683 (referencia: 34.321-S).

Por supuesto que ello no impide satisfacer otras razones de evidente justicia que deduzcan uno de los casos del artículo 68, segunda parte del Código Procesal. Por eso, en esta materia podemos llegar a una primera conclusión:

El principio general del vencimiento puro y simple determina el criterio de imposición de costas en los incidentes, siempre y cuando el comportamiento procesal de las partes no lleve a deducir una distribución diferente basada en el principio de moralidad procesal, que impide la articulación de incidentes obstruccionistas, retardatarios o de sinrazón manifiesta.[1798]

388.3 Exoneración de las costas

El arbitrio judicial para disponer la eximición de costas en materia de incidentes se encuentra limitado al supuesto de que la cuestión jurídica, sobre la que el mismo versa, se preste a dificultades en su solución, sea por su complejidad natural o por la divergente interpretación que le haya dispensado la doctrina o la jurisprudencia. La rigidez de la norma citada debe ceder ante circunstancias de hecho no menos dudosa y eximente de las de hecho que expresamente prevé.[1799]

1798. Luego de la reforma del Código Procesal de la Nación por la Ley N° 22434, algunos pronunciamientos –no obstante la amplitud de criterio permitida– mantuvieron el carácter estricto de la interpretación del art. 69, *v. gr.* el arbitrio judicial para disponer la eximición de costas en los incidentes, se encuentra limitado, en principio, al supuesto de que la materia jurídica sobre la que versa se preste a complejidades en su solución, sea por su naturaleza, o por la divergente interpretación de la doctrina y jurisprudencia. (CNCiv., Sala C, "S. de G., M. y G., M.J.A.", 10/04/1986, *LL* 1987-B-582 (referencia: 37.568-S); Ídem 1985/11/26, "Ditomaso, Carlos A. c/ Municipalidad de la Capital", 1986-II, síntesis; Ídem CNCiv., Sala A, "Rodríguez Canedo de Larrea, Beatriz c/ Eduartes de Rodríguez Canedo, B. y otro", 26/08/1980, *LL* 1981-A-508; Ídem CNCiv., Sala G, 1980/09/25, "Capeluto, Alejandro s/ sucesión", *ED* 91-532; Ídem CNCiv., Sala A, "Sabajanes, María L. c/ Romano, Jorge E.", 12/02/1987, *LL* 1987-C-7. Asimismo, se dice que "la rigidez del art. 69 del código procesal debe ceder ante circunstancias de hecho no menos dudosas y eximentes que las de derecho que expresamente prevé" (CNCiv., Sala D, 17/10/1980, *ED* 91-540; Ídem 24/10/1980, *ED* 91-790; Ídem, Sala A, 04/02/1981, *ED* 94-394. Concluyendo que bien la norma del art. 69 del código procesal debe ser inflexiblemente cumplida atento su finalidad, como en definitiva implica una restricción al derecho a la jurisdicción debe ser de interpretación restrictiva (CNCiv., Sala F, 21/06/1982).

1799. CNCiv., Sala A, 06/07/1979, *LL* 1980-A-641 (referencia: 35.406-S); Ídem "González Pucci de Kuniv, Gabriela c. Duperial S.A. y otros", 04/06/1981, *LL* 1981-B-48.

En los casos de eximición de costas que signifiquen apartarse de la regla general, el juez debe fundamentar las razones que lo llevan a tal decisión, bajo pena de nulidad.

Entre otros pronunciamientos, procede la exoneración, cuando media razón fundada para litigar, expresión esta que contempla aquellos supuestos en que, por las particularidades del caso, cabe considerar que el vencido actuó sobre la base de una convicción razonable acerca del derecho invocado en el litigio.[1800]

Este mismo criterio ha llevado a que en el incidente de suspensión del régimen de visitas, las costas deban correr en el orden causado, toda vez que la cuestión a decidir en los hechos se tornó ciertamente dudosa, pues si bien se estimó el derecho del progenitor a las visitas como jurídicamente valioso, no lo es menos que la promoción del incidente se encontraba justificado ante el incumplimiento deliberado de la prestación alimentaria a la que fuera condenado el quejoso y a la que nunca dio satisfacción íntegramente;[1801] o bien se admitió la pretensión del incidentista, en cuanto al régimen de visitas, como el fijado resulta sensiblemente más estricto que el pretendido en el escrito inicial, el resultado es parcialmente favorable a las dos partes y, por ende, las costas deben ser impuestas en el orden causado.[1802]

Además, la naturaleza de las cuestiones y las condiciones subjetivas en que se manifiesta el acto procesal, deben reunir algunas condiciones para exonerar la responsabilidad de las costas del proceso.

Sobre esta primera característica, sucede que cuando no media dicha oposición a la petición incidental, o bien cuando el actor se

1800. CNCiv., Sala F, "Barro, José C." 21/12/1984. Se agrega que "el art. 68, parte 2ª del Cód. Procesal, –también aplicable a los incidentes– faculta la exención de costas al vencido siempre que el juzgador encuentre mérito para ello. La jurisprudencia tradicional alude, como causa genérica que autoriza el apartamiento del principio que manda imponer las costas a quien ve rechazada su pretensión, a la existencia de 'razón fundada' para litigar. Fórmula dotada de suficiente elasticidad como para resultar aplicable cuando, por las particularidades del caso cabe considerar que la parte perdidosa actuó sobre la base de una convicción razonable acerca del derecho pretendido en el pleito o incidencia" (CNCiv., Sala G, "Alvarez Claramount, Santiago y otros c. Fainman, Isaac L.", 21/08/1981, *ED* 97-624).

1801. CNCiv., Sala D, 05/11/1980, *LL* 1980-D-645.

1802. CNCiv., Sala E, 28/09/1981, *LL* 1981-D-645, citas de Morello, Mario Augusto; Sosa, Gualberto Lucas y Berizonce, Roberto Omar, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación*, *op. cit.*, p. 195.

allana de manera incondicional, total y efectiva, corresponde eximirlo de costas a pesar de su condición de vencido;[1803] cuidando en el último supuesto que su proceder anterior no hubiese dado motivo a la promoción del incidente.[1804]

Sin embargo, el reconocimiento efectuado por el justiciable no enerva su equivocada actitud anterior que dio origen a la reclamación; por eso el desistimiento del incidentista, después de haber provocado la actividad procesal de la contraria, no exime a aquel del pago de las costas mencionadas.[1805]

El estudio de la conducta en el proceso, en materia de incidentes, tiene otras manifestaciones: El principio objetivo del vencimiento en materia de costas no es de carácter absoluto, ya que admite numerosas excepciones y con fundamentos distintos; así por lo dispuesto en los artículos 356 y 356 bis se atempera el rigorismo del vencimiento objetivo. Este criterio, debe trasladarse a la imposición de costas en los incidentes, en los cuales, y atento las particularidades que se presentan, se hace necesario evaluar circunstancias subjetivas, como la conducta procesal de las partes, sin que ello signifique alterar la regla general de la derrota para determinar la imposición de costas, por

1803. CNCiv., Sala C, 30/11/1967, *ED* 24-250.

1804. CNCiv., Sala F, octubre 11/976, *LL* 1978-B-707; CNCom., Sala A, 13/08/1968, *LL* 135-1084; CNCiv., Sala D, 24/06/1964, *LL* 117-81; Ídem, Sala A, 31/07/1979, *RED* 14-265, sum. 77; C. 1ª CC San Juan, 12/02/1964, *Rep. La Ley*, 1981-E-267. Se ha dicho así que la imposición de costas en los incidentes no corresponde cuando no ha mediado oposición a la petición incidental o bien cuando como en el presente el actor se allana de manera incondicional, total y efectiva, debe aplicarse en consecuencia el principio general establecido por el art. 70 del Código procesal. Máxime cuando el acreedor ha reconocido su error, incurrido en la liquidación practicada perfectamente justificable. (CNCiv., Sala F, "Banco Avellaneda, S.A. c. Haitzmann de Gómez Fuentes, Elida G.", 11/10/1976, LL 1972-B-707, *JA* caso 3165. No obstante, se dice que: "Procede la imposición de costas por la incidencia promovida a raíz de la liquidación puesto que el reconocimiento efectuado por la actora no enerva su equivocada actitud anterior, que dio origen a la pertinente reclamación (arts. 69 y 70, inc. 1, Cód. Procesal)" (CNCiv., Sala D, "Vázquez, Andrés y otra c. Martínez, Félix A. y otra", 07/06/1974, *LL* 155-787 [referencia: 31.543-S]).

1805. C. 2ª CC Rosario, 22/08/1956 *J* 9-245. Igualmente se dice que: "No cabe eximir de costas al incidentista vencido aunque la subjetividad del caso abogara como justificativo de que hubo razón suficiente para accionar, si los datos que sirvieron al juez para fundar su resolución también pudieron ser ponderados por aquel y sobre su objetividad desistir de su pretensión, lo que no hizo" (CApel. Rosario, Sala I CC, 21/11/1960, *J* 18-268).

cuanto las circunstancias de excepción continúan siendo de interpretación restrictiva y fundada.[1806]

En los incidentes de embargo preventivo, si el deudor o presunto deudor no resiste la medida cautelar dispuesta, las costas deben ser soportadas por el solicitante en cuyo beneficio se decretó, salvo que ulteriormente se demuestre que la conducta del embargado desplegada en el proceso da motivo para sostener que la medida fue necesaria para satisfacer el crédito. Esto resulta así pues el traslado incidental, supone el ejercicio de defensa en sentido estricto y, por ende, la calidad de vencedor o derrotado a los fines de la imposición de costas.[1807]

La misma conclusión se alcanza cuando el incidente se plantea extemporáneamente,[1808] en tanto al haber sustanciación existe la actividad de oposición a que nos referimos. En otros términos, quien con su actuación genera un incidente y, como consecuencia, una actividad que resultó injustificada e innecesaria, debe solventar los gastos provocados.[1809]

Tratándose de incidentes suscitados en la denominada "jurisdicción voluntaria", cabe destacar que la naturaleza no contenciosa del proceso sucesorio no impide que puedan desarrollarse incidencias en

1806. TS Córdoba, Sala Civil y Com., "Ch., A. N. c. P. de G., M.", 28/09/1995, *LLC* 1996-799.

1807. CNCiv., Sala E, "Bonini, Oscar A. c. Casullo de Pratti, Lila B.", 25/07/1980, *Rep. La Ley*, XL, A-I, 648, sum. 199.

1808. Las costas del incidente deben ser impuestas al vencido, cuando el tema fue sustanciado, dando lugar a actividad profesional aun si hubiere sido promovido extemporáneamente. (CNCom., Sala D, 25/03/1981, *LL* 1980-D-70), por ello las costas del incidente deben serle impuestas al concurso perdidoso, ya que la incidentista no aparece formulando tardíamente su reclamo, pues no era ella la encargada de fiscalizar la realización de la subasta judicial desde el comienzo y cabe admitir que no presumiese la indebida inclusión de los lotes motivo de su reclamo ya que por su ubicación en el litigio, sus características y las finalidades de sus respectivos usos, podía dar por sentado que se los reconociera como accedidos al inmueble y cuando se enteró que iban a ser retirados dañando el edificio, formuló concretamente su oposición y la reiterada negativa del síndico a la pretensión de la incidentista determina la imposición de costas al concurso (CNCom., Sala B, "Radio en Electrónica", 19/10/1973, *LL* 155-693 [referencia: 31.482-S]).

1809. CNCiv., Sala E, "Edificadora Surcos c. Municipalidad de la Capital", 27/06/1985, *LL* 1986-A-623. No obstante se señala que la carga de las costas no constituye una penalidad sino la remuneración de trabajos realizados para lograr el reconocimiento de derechos. Por ello, deberán imponerse las del incidente de liquidación a su presentante si en definitiva fue resuelta según las correcciones propuestas por la incidentista habida cuenta que no hay en rigor allanamiento oportuno. (CNFed. Cont. Adm., Sala III, "Dozo, Elva A. c. Radio Splendid y otra", 13/12/1983, *LL* 1984-C-67).

su trámite por la existencia de intereses contrapuestos, cuya resolución lleva implícita la necesidad de decidir la imposición de las costas devengadas conforme al principio de la derrota.[1810]

Finalmente, como en el caso explicado para el principio general, si se consiente la resolución judicial que guarda silencio sobre las costas, estas, como en la sentencia definitiva, deben entenderse impuestas en el orden causado.[1811]

Y, si el incidente no fue sustanciado resolviendo el juzgado directamente, no corresponderá imponer las costas.[1812]

389. El interés para obrar en los incidentes

Constituye un principio válido de aplicación en todos los sistemas procesales el respeto y privilegio que debe darse a la equidad, como medio valedero de asegurar a los justiciables no solo la verdad de sus pretensiones, sino también la comprensión de sus respectivas posturas.

Dado que el proceso es un instrumento que no se maneja sin lesionar el interés ajeno y cuyo peso se debe soportar si se lo ha provocado sin razón suficiente para triunfar en la pretensión sostenida, se ha pensado ¿qué decisión corresponde adoptar cuando la litis se desenvuelve en beneficio de ambos contradictores?, es decir, cuando el procedimiento incidental no tiene lugar en interés de solo una de las partes sino en interés de ambas.

Según la opinión de Anastasi, no deben imponerse costas, debiendo distribuirlas en el orden causado.[1813]

Para Reimundín conviene apuntar, inicialmente, algunas observaciones al principio general para luego deducir las conclusiones. Ellas son:

> … a) Las costas pueden imponerse a la parte vencedora, en razón de su conducta procesal y también cuando el proceso se ha iniciado y sustanciado en su beneficio exclusivo, como una consecuencia del interés de

1810. CNCiv., Sala G, "García de Casado, María de los Milagros", 09/04/1981, *LL* 1981-C-645.

1811. CNCiv., Sala A, 16/04/1968, *LL* 132-1073; CNCiv., Sala E, 14/04/1966, *LL* 123-955.

1812. CNCiv., Sala C, 13/05/1969, *LL* 136-1148; 1ª Instancia Civil y Comercial, 13 nominación, Rosario, firme, 11/10/1979, *LL* 1980-B-94.

1813. Anastasi, Leónidas, "Nota sobre imposición de costas", *JA*, T. 1, p. 396; Reimundín, Ricardo, *La condena en costas en el proceso civil*, *op. cit.*, p. 203.

> obrar, b) las costas pueden imponerse al demandado cuando el proceso se ha seguido en su beneficio exclusivo, obrando el actor en interés del demandado y no contra el interés de éste; c) si el proceso tiene lugar en el interés común de ambas partes, cada una soportará sus propios gastos.[1814]

Ahora bien, en la forma como se suscita un proceso siempre es posible pensar en el derecho de oposición, en el silencio premeditado, o en una de las formas de ausencia (*v. gr.* rebeldía; desconocimiento de paradero y representación oficial; administrador de un sucesorio; etc.). La base de la resistencia está en el derecho que se controvierte, pero debe tenerse presente la afirmación de Chiovenda, acerca de que toda acción de declaración que promueve el interés o tutela judicial no depende necesariamente de un hecho del demandado, o que este formule su oposición.[1815] En estos casos, la respuesta es simple sin apartarnos del modelo: la falta de oposición en el proceso, genéricamente considerada, no conlleva necesariamente a la eximición de costas respecto de quien guardó silencio.[1816]

Pero cuando el silencio es obra de una actitud meditada que no provoca trastornos a la contraparte puede llegarse a una conclusión diferente.

Carnelutti explicando los alcances del acertamiento decía que puede ocurrir que el demandado no tenga ninguna responsabilidad en la falta de certeza a eliminar, es decir, que la inseguridad del actor no dependa del comportamiento del accionado. Es así como existe también interés en el acertamiento cuando aún sin discutirse actualmente una pretensión y no habiéndose, por lo mismo, manifestado el litigio, no se halla excluida su posibilidad en el futuro, por lo que puede reconocerse a una de las partes la facultad de solicitar la declaración judicial al respecto.[1817]

Sobre estas reflexiones pueden lograrse algunas pautas. Evidentemente, si los incidentes siguen el juego procesal de la derrota para determinar las costas, soslayar esta regla debe ser de interpretación restrictiva y fundamentada. Luego, si el trámite incidental se ventiló en base al interés jurídico de solo una de las partes habrá de observarse su influencia en la necesidad de promoverlo o si por el contrario ha

1814. Reimundín, Ricardo, *La condena en costas en el proceso civil, op. cit.*, p. 204.

1815. Chiovenda, José, *La condena en costas, op. cit.*, p. 187.

1816. CNCom., Sala C, 04/07/1980, *LL* 1980-D-223; Ídem, 08/08/1980, *LL* 1981-A-351.

1817. Carnelutti, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, vol. I, *op. cit.*, p. 175, Reimundín, Ricardo, *La condena en costas en el proceso civil, op. cit.*, p. 204.

sido innecesario o inútil. Si resulta uno de estos casos, las costas serán a su cargo, no obstante que ostente la calidad de vencedor.

Coincidiendo con Reimundín y en uso de sus conclusiones se puede afirmar que

> … el interés en obrar no puede constituir por sí solo una causal suficiente para eximir de las costas al adversario, puede sí ser un fundamento determinante de una imposición al vencedor que se ha beneficiado exclusivamente con la sustanciación del incidente.[1818]

390. La conducta procesal en los incidentes

De acuerdo con las particularidades que presenta la condena en costas en los incidentes, todo parece indicar que los términos del principio general se invierten. En efecto, si bien rige en todos sus aspectos el vencimiento como indicativo del sujeto responsable por los gastos, se observa que la calidad subjetiva del comportamiento procesal es lo que marca definitivamente la regla para eximir los gastos causídicos.

Desde este punto de vista existiría un lado *positivo* de la decisión, deducido del éxito obtenido en la incidencia, y un lado *negativo* por el cual se requiere en quien promueve la pretensión una conducta reñida con el principio de lealtad, honestidad y buena fe, que hace acumulativamente al principio de moralidad.

Dado que el incidente constituye un apartado del camino principal que conduce a resolver un conflicto, todo entorpecimiento a la marcha, cualquier desvío en la senda que se transita, alguna demora inesperada, se ha visto como una complicación que a lo único que tiende es a agotar la paciencia de los litigantes haciendo ilusoria la esperanza de un fallo próximo.

Por eso el incidente no es bien visto en la doctrina muy a pesar del derecho que en él pueda ejercerse.

Alcalá Zamora, clasificando las categorías de incidentes según el interés comprometido en su planteo, llegó a sostener que toda demanda incidental que no prospere debe llevar anexa la condena en costas contra la parte que lo promueve; en consecuencia, quien se opone a la demanda incidental, no debe ser condenado en costas si aquella

1818. Reimundín, Ricardo, *La condena en costas en el proceso civil, op. cit.*, p. 205.

excepcionalmente prospera, salvo el caso improbable y extremo de haberlo originado por temeridad y mala fe a ella imputable.

Por lo demás, y como regla general, quien quiere atajar incidentes se presenta favorecido por la presunción de auxiliar eficaz y razonable de la buena administración de justicia; y por lo mismo es preferible dar un trato desigual en favor de quien asume ese papel conveniente al interés general, frente a aquel otro, que aparece con indicios de perturbador. Incluso si la demanda incidental prospera, y la culpa que la motiva no es imputable a la otra parte litigante, que a esa demanda de incidente se opuso, sería mejor imponer las costas moderadamente al funcionario, que dio lugar a la falta, como aleccionadora corrección, cuyo castigo y aun cuya sola amenaza, servirán a todos de estímulo para proceder con más diligencia.[1819]

En nuestra opinión, los incidentes resuelven complicaciones parciales que surgen en el curso de la litis, pero también son el mejor instrumento para alterar la celeridad procesal y el principio de eficacia que pretende evitar el dispendio jurisdiccional. Cuando se advierte que la finalidad perseguida es obstruccionista y el proceso es desviado de sus fines nada más que para alongar su tiempo, presenciaremos un caso de malicia procesal. Puede ocurrir, también, que el éxito parcial

1819. Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, "Incidencias procesales y costas", *JA* 1946-I, sec. doctrina, p. 13. Debe señalarse que para este autor las costas son una pena, de manera que los incidentes, vistos como un agravio contra la celeridad procesal, deben ser sancionados. Agrega en este sentido: "Siendo las costas una sanción de conducta procesal, en la que de ordinario la reparación al perjudicado hace los oficios todos de la pena, debe reaparecer esta además como multa, y garantizada por previo depósito, cuando la reincidencia, con todo su valor de agravante, aparece en la temeridad como incorregible, o la convierte sin duda en mala fe. Multa debe haber cuando se producen varias demandas incidentales en un mismo pleito, ya que para ello hay por lo menos igual fundamento, que el inspirador de más severidad frente a una segunda demanda de tercería. Multa y depósito a más de costas debe haber ante la tercera y posteriores reposiciones o apelaciones de tramitación, sin relevar de depósito, cuando las primeras han sido desestimadas, ni por causa de pobreza, indicio corroborante de la temeridad o mala fe, que ya por sí sola se revela en la pertinacia. Y si esas severidades progresivas no atajan el mal, debe autorizarse la intervención obligatoria de otro letrado, cuando se desacredita por agotamiento de recursos abusivos el que inicia el pleito. Todo ello, e incluso la intervención del Ministerio Fiscal, antes que permitir hacer de cada providencia un nuevo e interminable pleito mediante recursos temerarios", p. 14.

en una incidencia se deba a cuestiones insustanciales para el fondo del asunto, de modo que resulte irrelevante el resultado.[1820]

La obstrucción al curso del proceso es múltiple en expresiones así, por ejemplo, "cuando so color de la defensa de derechos se perturba el normal desenvolvimiento de las actuaciones mediante presentaciones inconducentes y manifiestamente improcedentes".[1821]

De igual manera, la pretensión obstaculizante, retardataria que se realiza con el uso de facultades procedimentales debe ser analizada a la luz del principio de economía procesal pues no corresponde aplicar sanciones cuando la demora innecesaria es el producto de un legítimo ejercicio del derecho de defensa, y la postergación no corresponde a la clara demostración de perturbar el desarrollo de la causa.

La trascendencia del acto opuesto determina el módulo de atención para caracterizar la conducta.

En los incidentes el problema podría resolverse invirtiendo los términos de la proposición normativa. La fórmula sería: La conducta observada en la promoción del incidente, con relación a su necesidad, utilidad, certeza, declaración y otros móviles del comportamiento determinarán la suerte de la condena en costas, no obstante que quien lo promueve resulte vencedor.[1822]

391. Pago de las costas o depósito en garantía para promover otro incidente

En general los códigos de procedimiento regulan como requisito previo a la articulación de un nuevo incidente el pago de las costas en otro anterior que ha sido vencido.

1820. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Costas procesales, op. cit.*, T. I, p. 356.

1821. CNCiv., Sala C, 17/12/1975, *ED* 67-356.

1822. "En el proyecto Couture, las partes tienen distintos tratos según el carácter que tengan en el incidente. El proyecto es más severo contra la parte que promueve sin razón el incidente; por ello si la demanda incidental es declarada infundada, es de rigor la condenación del vencido, mientras que si se declara fundada, *podrá* imponerse las costas al adversario; el demandado puede ser exonerado de las costas. El principio de la imposición preceptiva y el diferente trato procesal de las partes se encuentran regulados en el proyecto en la forma que damos cuenta" (Reimundín, Ricardo, *La condena en costas en el proceso civil, op. cit.*, p. 201).

De este modo, el artículo 69 antes citado establece que

> No se sustanciarán nuevos incidentes promovidos por quien hubiese sido condenado al pago de las costas en otro anterior, mientras no satisfaga su importe o, en su caso, lo dé a embargo. No estarán sujetas a este requisito de admisibilidad las incidencias promovidas en el curso de las audiencias.

Este sistema reconoce diversos precedentes argentinos como el proyecto del Poder Ejecutivo nacional de 1949 ("El vencido y condenado en las costas del incidente, no podrá promover otro sin previo pago de aquellas" –artículo 88, parte final–); el proyecto Fernández, con texto parecido (art. 152), los códigos procesales de La Rioja (art. 240), Mendoza (art. 92), Santa Fe (art. 328), Jujuy ("El pago de las costas de cualquier incidente, por el condenado en ellas, ya se trate de quien lo interpuso o del que dio motivo o formuló oposición es condición previa para promover otro...", art. 212), Código de Córdoba, artículo 357. A ellos debe sumarse el que fuera Código de Córdoba redactado por Aguiar y Cabral (art. 155) y el anteproyecto del Dr. Reimundín para Salta (art. 207) similar al texto jujeño. Naturalmente que las provincias que siguieron al Código federal, adaptándolo como consecuencia de la política de unificación procesal seguida luego de su vigencia, llevan al texto resultante de la Ley N° 17454 por lo menos hasta este momento.[1823]

Es también el criterio del artículo 328 del código santafecino que dice: "El condenado en las costas de un incidente no podrá promover otro si no justifica el pago de aquellas. La parte vencedora tendrá derecho a pedir la paralización de los trámites del principal mientras no se efectúe el pago".

La finalidad del texto concuerda con otros dispositivos paralizantes de una nueva acción, *v. gr.* el juicio de conocimiento posterior al ejecutivo si previamente no se cumplió la condena dictada en el compulsorio; por lo cual adquiere el carácter de una excepción de falta de acción. Es el caso también de las condenaciones del posesorio para incoar el petitorio (arts. 2482, Código Civil y 622, 623 del Código Procesal). En todos los casos, según Rivas, "la solución legal tiene como finalidad el cumplimiento de la cosa juzgada como medio de recomponer totalmente el interés del vencedor puesto en juego en un conflicto anterior".[1824]

1823. Rivas, Adolfo Armando, *Medidas Cautelares*, Buenos Aires, LexisNexis, 2007, p. 989.
1824. Rivas, Adolfo Armando, *Tratado de las medidas cautelares*, Santa Fe, Ed. Jurídica Panamericana S.R.L., 1996, p. 986.

Algunos códigos provinciales advierten el caso como excepción dilatoria. Por ejemplo el artículo 173, inciso 6 del Código de Mendoza establece el impedimento ante la falta de cumplimiento de obligaciones derivadas de un proceso anterior, cuando se ejerza la facultad de deducir proceso ordinario y petitorio después del compulsorio o posesorio y en los demás casos previstos por este código.[1825]

La doctrina coincide en que el dispositivo regulado tiene como fin, como es sabido, el logro de una mayor celeridad procesal y el aseguramiento del principio de moralidad en juicio. Se trata entonces de una finalidad "intraprocesal", es decir inherente al litigio en el que se plantea el problema y está destinada a salvaguardar el mejor desarrollo de dicho conflicto.[1826]

Siendo esta la teleología de la norma puede razonarse su fundamento subjetivo, en tanto apunta –precisamente– a los aspectos voluntarios de la conducta de las partes; ello sin perjuicio de observar que el condicionamiento aparece con una clara orientación objetiva: el pago de la condenación previa.

El argumento se robustece –cimentando nuestra posición tendiente a invertir la forma de ponderar la carga de las costas en los incidentes– cuando notamos la desconfianza que tiene el legislador con la promoción de ellos (arg. arts. 173, 179 y conc. del Código Procesal de la Nación).

El Código nacional regulado por la Ley N° 17454 condicionaba la promoción del nuevo incidente a que el perdedor con costas las depositara en calidad de embargo. El texto actual se diferencia en que privilegia el pago de aquellas y en su defecto la caución cautelar. En uno u otro supuesto, el pago o el embargo se constituyen en requisitos de admisibilidad.[1827]

1825. Disposición coincidente con el párrafo 274 de la ZPO germana (Rivas, Adolfo Armando, *Tratado de las medidas cautelares*, *op. cit.*, p. 986).

1826. Rivas, Adolfo Armando, *Tratado de las medidas cautelares*, *op. cit.*, p. 987; Fenochietto, Carlos Eduardo y Arazi, Roland, *Código procesal civil y comercial de la Nación*, *op. cit.*, T. I, p. 273; Fassi, Santiago; Yañez, César y Maurino, Alberto, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y demás normas procesales vigentes. Comentado, anotado y concordado*, *op. cit.*, T. I, p. 248.

1827. "La admisión no impide que la parte contraria pueda obtener un pronunciamiento que la deje sin efecto, o incluso que el juez, declare la inadmisibilidad del planteo por ausencia de los requisitos exigibles, al tiempo de resolver acerca del mérito de la cuestión, siempre que hubiere lugar para ello. Por otro lado, un pronunciamiento de

Por ello, frente a la claridad de la norma del artículo 328 del Código Procesal de Santa Fe, no se requiere otra justificación que la de la parte vencedora para solicitar la paralización debiendo el vencido arbitrar los medios necesarios para llegar satisfactoriamente a la cancelación de las costas del incidente para pretender continuar con el trámite procesal principal.[1828]

Criterio que en la jurisprudencia nacional se advierte cuando se señala que

> Si bien la ley 22.434 en su artículo 69 parr. 2 establece que "no se sustanciarán nuevos incidentes..." promovidos por el condenado en costas mientras no las pague o no dé el importe a embargo, se entiende que no se innovó con relación al régimen anterior en cuanto implica, en definitiva, un requisito de admisibilidad.[1829]

---

inadmisibilidad puede ser subsanado o no, según la cuestión de la que se trate, el tipo de requisito faltante, la existencia de plazo dentro del que debiera cumplirse el intento afectado, o la producción de efecto preclusivo [...]. Desde ya que no son confundibles los conceptos de admisibilidad y procedencia; este último está referido a la fundabilidad del pedido, es decir a su legitimidad teniéndose en cuenta el derecho material aplicable al caso. El juicio de procedencia se dicta centralmente, como culminación o remate del curso procesal correspondiente, pero, en todo caso, el juez lo realiza de manera liminar aun cuando no lo exprese, ya que ha de velar para que no se intenten cuestiones en manifiesta violación del sistema de orden público y moralidad al que se refiere el art. 953 del Cód. Civil, ya que si se diera esa situación, el magistrado debería pronunciarse desestimándolo inmediatamente" (Rivas, Adolfo Armando, *Medidas Cautelares*, *op. cit.*, p. 990).

1828. C. Apel. CC Rosario, Sala II, "Di Carlo José T. c. Bonfante Alberto A.", 30/08/1979, *Rep. La Ley*, XLI, A-I, 821 sum. 273. Aclarando que el art. 328 del Cód. Procesal rige en forma exclusiva para los incidentes, como surge del propio texto de la norma, la cual es de carácter restrictivo y, por serlo, no puede extenderse a otros supuestos no previstos (CApel. CC Santa Fe, Sala III, "Van Perdeck, G. A. c. Oliva, J. A,", 25/03/1980, *Rep. La Ley*, XLIII, A-I, 589, sum. 121. Señalando que para que la falta de pago de las costas correspondiente a un incidente produzca la paralización del principal, se requiere la existencia de una liquidación de aquellas y una negativa del deudor a pagarlas (CApel. CC Santa Fe, Sala II, 06/03/1963, J 23-187). En contra: "Acreditado el hecho objetivo de la falta de pago de las costas, el pedido de paralización de los trámites formulados por quien resultara vencedor en el incidente se ajusta a derecho, sin que resulte necesario para ello el requerimiento previo, ni la liquidación, pues tales exigencias no surgen ni del texto ni del fin de la disposición legal en que la pretensión procesal se sustenta, ni importa la misma una restricción arbitraria o irrazonable a la garantía de la defensa en juicio de la persona y los derechos (art. 18 CN)". (C. Apel. CC Santa Fe, Sala I, "Espíndola P. c/ Viano S.V.", 08/08/1980, *Rep. La Ley*, XLI, A-I, 589, sum. 122).

1829. CNCiv, Sala F, 21/06/1982, *LL* 1982-D-109; Ídem, Sala E, 05/04/1983, *LL* 1984-C-151; Ídem, Sala B, *Rep. La Ley*, 26/07/1984, XLIV, A-I, 597, sum. 117.

Ahora bien, a pesar de este requisito de procedencia el juez se encuentra autorizado para cancelar la sustanciación por otros motivos ajenos al cumplimiento formal de la carga. Así, en el caso de tratarse de propuestas "manifiestamente improcedentes", o de escasa o nimia fundamentación, o de sinrazón evidente, etc., se puede coartar el avance *in limine* (arg. artículo 179 CPCC).

Naturalmente que la veda oficiosa debe tener un manejo ponderado; los deberes arriba señalados no importan la aplicación ciega de determinadas soluciones sino su uso adecuado, ajustándoles a la finalidad de justicia. De allí que el sistema del artículo 69 tenga un valor relativo, siendo por tanto improcedente exigir el pago o depósito cuando ello importa impedir el curso del requerimiento de alimentos. En estos casos, parece del todo desaconsejable hacer jugar la solución propiciada debiendo remitirse en último caso a un juicio de admisibilidad formulado luego de la sustanciación.

En suma, la prohibición de deducir otro incidente mientras el condenado al pago de las costas impuestas en otro anterior no satisfaga su importe o, en su caso, lo dé a embargo, es inflexible, toda vez que el propósito moralizador de la norma la torna de rigurosa aplicación.

Cabe aclarar, finalmente, que el depósito del importe de las costas "en calidad de embargo" juega, naturalmente, en tanto no medie decisión firme en el incidente, porque en caso contrario, y siempre que exista consentimiento del vencido o pronunciamiento confirmatorio de segunda instancia con relación a la condena en costas y a su monto, el correspondiente depósito se transforma en pago y su importe puede ser percibido por el vencedor.[1830]

392. Recursos

En materia de incidentes propiamente dichos rige el sistema recursivo dispuesto en los regímenes habituales de doble instancia. La sentencia se resuelve como providencia interlocutoria que se notifica personalmente o por cédula al tener la misma fuerza que una decisión definitiva

1830. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 387.

La única variedad está en las costas, porque el párrafo final del artículo 69 del Código Procesal nacional establece que

> Toda apelación sobre imposición de costas y regulación de honorarios se concederá en efecto diferido, salvo cuando el expediente deba ser remitido a la Cámara como consecuencia del recurso deducido por alguna de las partes contra la resolución que decidió el incidente.

En estos casos, cualquiera sea la materia del auto interlocutorio la apelación debe concederse en efecto diferido si los agravios se dirigen a la imposición de costas o a la regulación de honorarios.

En cambio, no se puede diferir la cuestión sobre las costas, si aun cuando el recurso fue concedido con efecto diferido, los interesados consintieron luego la agregación del memorial y el traslado; máxime si el proceso principal concluyó y los incidentistas no apelaron la resolución.[1831]

1831. CNCiv., Sala G, 17/11/1981, *RED* 16-285, sum. 64.

Capítulo XLVIII
Acumulación de procesos

393. Particularidades y diferencias

Cuando existe *acumulación de pretensiones* contra un sujeto la característica es la unidad del proceso, que reúne en solo un expediente las razones o motivos que se agregan originaria o sucesivamente, para evitar la dispersión de trámites, aplicar el principio de economía y concentración de los actos procesales, y esencialmente, para conseguir que se dicte solo una sentencia. Es decir, hay un demandante que tiene una o más pretensiones contra el demandado, las que congrega desde un comienzo (acumulación originaria) o amplía en el curso del procedimiento (acumulación sucesiva), siempre en una sola causa, porque de abrirlo en varios procesos, la cosa juzgada de uno podría afectar al otro, con el escándalo jurídico que ello importa.

En cambio, en la *acumulación de procesos* la coincidencia surge en alguno de los elementos, sin llegar a identificar totalmente a los sujetos, el objeto o la causa; dicho en otros términos, cuando existe la posibilidad de entablar varias demandas sucesivas o simultáneas contra uno o varios demandados, y se originan distintos procesos que, por esta causa, se encontrarán vinculados entre sí; o bien, existen varios litigios que concurren y se adhieren por la causa; o la sentencia de uno podría alterar a eficacia de los otros, es razonable tramitar cada uno en forma independiente, pero dictar una sola sentencia para todos.

La ventaja de la acumulación de litigios surge del principio de eventualidad que propone evitar el dictado hipotético de sentencias contradictorias; siendo una medida que pueden pedir las partes, o disponerlo de oficio el juez que entienda en cada uno por la conexidad que le unifica la competencia.

La doctrina llama a esta modalidad *proceso acumulativo propiamente dicho* que se caracteriza por la reunión de causas conexas que se sustanciarán independientemente, con una única sentencia por razones de seguridad jurídica.

394. Litispendencia y conexidad

La acumulación por conexidad es claramente diferente a la litispendencia, pues a pesar de las similitudes son asimétricas. La reunión de juicios es una institución destinada a facilitar el trámite conjunto de causas relacionadas que se juntan cuando llegan al estado de dictar sentencia. Una espera a la otra hasta que todas llegan al mismo período para obtener un pronunciamiento común.

La litispendencia, en cambio, tiende a eliminar el proceso paralelo, porque impide que existan dos causas iguales comenzadas en tiempos desiguales. Además, en la acumulación hay unidad de jurisdicción y una misma competencia; mientras que la litispendencia determina el desplazamiento de la competencia pese a la unidad jurisdiccional.

En la acumulación no es necesaria la presencia de las tres identidades (sujeto, objeto y causa), como lo requiere la litispendencia; empero esta última puede ser el camino para impedir la acumulación de procesos, porque al igual que sucede con la cosa juzgada, apunta al ejercicio de una segunda acción ya ventilada en otro proceso (pendiente o sentenciado, respectivamente), razón por la cual el segundo proceso, o el que se inicia, deben concluir.

La acumulación, en cambio, se apoya en la existencia de acciones conexas –no idénticas– y su finalidad es poner ambas bajo la lente del mismo juez a fin de que componga las causas en una sola sentencia. Cabe recordar que el concepto de conexidad se vincula con el principio de la *perpetuatio jurisdictionis*, cuya finalidad, afín con la acumulación de procesos, está dada por la conveniencia de que un mismo tribunal conozca en las cuestiones conexas o derivadas de la relación jurídica básica, sea para evitar pronunciamientos contradictorios como para facilitar la decisión de aquel que está en mejores condiciones de pronunciar sentencia por su previo conocimiento del asunto.[1832]

1832. A los efectos de la acumulación de procesos, son pretensiones conexas las que, no obstante su diversidad, tienen elementos comunes o interdependientes que las vinculan, sea por su objeto, causa o efecto procesal. Así, las decisiones que recaen en uno u otro proceso deben tener el mismo fundamento, que no puede ser admitido o negado en una u otra sin que exista contradicción o imposibilidad de ejecución, aun si no existen sentencias contradictorias (CNCiv., Sala A, "Microómnibus Norte S.A. c. Ferrari Taxi S.A. y otro", 14/07/1998, *LL* 1999C-70). Por ejemplo, existe conexidad que determina la acumulación de los procesos si en el juicio de alimentos seguido entre las partes

Además, es sabido que la acumulación de procesos, a los fines de evitar el pronunciamiento de sentencias diferentes respecto de algunas cuestiones comunes y procurar una mayor economía procesal, no quita a cada proceso su autonomía. De este modo aunque todos los procesos estén vinculados y de alguna manera pendientes de lo que entre ellos suceda, ninguno pierde individualidad.

La autonomía es de trámites sin perjuicio de la reunión que se pueda disponer por razones de economía procesal y de adquisición común de la prueba; pero la singularidad responde al principio del interés que tiene cada parte en la defensa de sus respectivas pretensiones.

395. Litisconsorcio y acumulación

Cuando suceden situaciones de litisconsorcio facultativo el actor puede encaminar el proceso contra cualquiera de ellos, quienes a su vez podrán plantear la simetría procesal y reunir los procesos, o suscitar la integración de la litis para que en cada uno esté quiénes podrán quedar alcanzados por la sentencia.

La acumulación es preventiva en cuanto persigue evitar que se superpongan acciones sobre un mismo bien jurídico, sin importar que las personas sean distintas o que las causas difieran. Ahora, cuando se habla de litisconsorcio los sujetos que están en él integrados mantienen autonomía, de modo tal que deben ser considerados en sus relaciones con la contraparte como litigantes distintos y los actos de uno no perjudican a los demás. No obstante que, en un litisconsorcio facultativo, cada uno de los litisconsortes actúa en forma autónoma, de manera que los recursos interpuestos solo benefician a quienes los opusieron.

se dispuso el embargo de un inmueble ganancial, y ello motivó a la actora a promover juicio por disolución de sociedad conyugal (CNCiv., Sala C, "Rearte, Ofelia H. c. Costilla, E.", 08/08/1997, *LL* 1998-A-515). Asimismo, se afirma que, desde que la redargución de falsedad de la escritura pública tiene por objeto la falsedad del testamento y la otra demanda la nulidad de ese instrumento, aunque la recurrente alegue que por una vía se intenta la inexistencia del acto y por la otra su invalidez, es indudable que por distintas vías es atacado el acto. La finalidad perseguida en ambos procesos consiste en hacer caer el testamento objetado, lo cual torna procedente la acumulación (CNCiv., Sala C, "Fernández de Villaverde E.", 26/10/1979, *LL* 1980-B-343).

Cabe agregar que esta figura se caracteriza por el hecho de responder a la libre y espontánea voluntad de las partes que intervienen en el proceso; por lo que no viene impuesto por la ley o por la naturaleza de la situación jurídica controvertida, sino que se haya autorizado por razones de economía procesal y de certeza en la aplicación del derecho.

396. Requisitos procesales

La base para disponer la acumulación de procesos es la influencia de la cosa juzgada de uno en otro proceso. Sin embargo, la extensión de la *res judicata* no es la única causa exigida porque es ineludible que todos los procesos tengan conexidad y, en particular, el principio de la acumulación subjetiva.

Por razones obvias se debe ordenar el encuentro de causas antes que en cualquiera de ellas se hubiera dictado sentencia, es decir, que tienen que estar en la misma instancia, aunque no lo estén en igualdad de etapas.

De similar exigencia es que el juez sea competente por razón de la materia, siendo indiferente en el fuero nacional la jurisdicción civil o comercial; y que las causas se puedan sustanciar por los mismos trámites, aunque se prevé el supuesto de acumulación de dos o más procesos de conocimiento sujetos a distintos trámites, cuando concurran situaciones de evidente conveniencia para el trámite conjunto.

La acumulación de procesos es un caso de excepción que debe apreciarse con criterio restrictivo, por lo que no se debe extender a hipótesis en las que media una mera relación de afinidad de pretensiones, que dista de ser expresiva de una identidad de materia controvertida o, al menos, de asuntos que se originen y giren en derredor de iguales elementos. También constituye un obstáculo para la acumulación de autos la diferencia en el estado procesal de los procesos.

Sin embargo, no es esta una regla rígida pues la Corte ha dicho que procede la acumulación al juicio universal de las causas alcanzadas por el fuero de atracción aun respecto de los procesos terminados por sentencia, mientras el ejecutante no haya percibido el importe de su crédito.[1833]

1833. CSJN, Fallos: 299:383, "Molina, J. C., suc.". El mismo temperamento se advierte en la afirmación de que no puede constituir un obstáculo para la pretendida acumula-

No obstante, la autorización de acumular dos o más procesos de conocimiento, o dos o más procesos de ejecución sujetos a distintos trámites, no permite la acumulación de un proceso de conocimiento a otro de ejecución. La regla responde a principios de orden procesal y cobra mayor fuerza, toda vez que, como es sabido, la sentencia a dictarse en un juicio ejecutivo no causa instancia.

396.1 Competencia

La acumulación se ordena en el expediente que más avanzado se encuentre; tiempo que no es calendario sino procesal porque se tiene en cuenta donde primero se hubiese notificado en forma fehaciente y regular la demanda.

La conexidad basada en el principio de prevención, en cuanto consagra una excepción a las reglas generales en materia de competencia, se configura en supuestos en los cuales la materia litigiosa traída con posterioridad a la radicación originaria constituye una prolongación de la misma controversia, de modo que debe ser sometida al tribunal que previno, permitiendo continuidad de criterio en la valoración de los hechos y derechos invocados.

En los casos de prioridad indebida en la iniciación de procesos sucesorios, la acumulación no debe resolverse teniendo en cuenta solo criterios prácticos de economía procesal. No solo porque el artículo 722 del código procesal permite apartarse del principio general que contempla el adelanto en los trámites y las medidas útiles cumplidas, sino también porque el principio de economía procesal, si bien es respetable, debe ceder ante otros de mayor entidad moral, como lo es la prevención de la violación de los deberes de lealtad y buena fe.[1834]

---

ción de dos procesos la pérdida por el comprador de la posibilidad de reconvenir en el pleito por resolución del contrato y producir las probanzas que ahora pretende en el de escrituración pues la Ley siempre la acuerda el derecho de hacer valer su pretensión en otro proceso (art. 357, CPCC) (CNCiv., Sala A, "Miserere, Soc. en Com. por Accs. c. Pagano, Antonio J. y otro", 22/05/1984, *LL* 1985-A-142).

1834. El criterio más aceptado es aquel que indica que el art. 189 del Cód. Proc., en cuanto a la acumulación, el principio de la prevención, o sea que corresponde tener en cuenta el expediente donde primero se hubiera notificado la demanda; en virtud de ese principio, la acumulación debe efectuarse en el expediente en el cual la otra parte tuvo con anterioridad, conocimiento de su existencia (CNEsp. Civ. y Com., en Pleno, "Amaral, Mario R. c. Rodríguez, José M.", 21/05/1976, *LL* 1976-C-102).

Si la acumulación debe quedar resuelta entre jueces de igual competencia, pero diferenciados por los montos económicos que determinan el límite de su jurisdicción (*v. gr.* juez civil y juez de paz) la radicación de las actuaciones se prefiere en el de mayor cuantía.

Cuando son los jueces quienes resisten la conexidad que obliga la acumulación, la Cámara debe resolver como organismo de Alzada, siendo un caso diferente a las cuestiones de declinatoria que se deciden en los conflictos de competencia. En este aspecto, más allá de si el turno judicial o la radicación de causas en los juzgados puede estimarse como una cuestión de competencia en los términos puros en que a esta se considere, lo cierto es que en nuestra legislación no caben dudas de que se encuentra sujeta al control judicial.

396.2 Oportunidad

El artículo 190 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece que

> La acumulación se ordenará de oficio, o a petición de parte formulada al contestar la demanda o, posteriormente, por incidente que podrá promoverse en cualquier instancia o etapa del proceso, hasta el momento de quedar en estado de sentencia, siempre que fuere admisible con arreglo a lo que dispone el artículo 188 inc. 4.

La acumulación surge entre los deberes del juez para que la instancia se ejecute de modo regular impidiendo eventuales nulidades futuras. Cuando sabe de la existencia de causas vinculadas que radican en su tribunal puede ordenar, en cualquier tiempo anterior al llamado de autos para sentencia, la tramitación simultánea y la acumulación de actuaciones en los términos que se estudian.

En cambio, aunque existieran expedientes vinculados, pero ante otro tribunal, la pretensión de acumular se debe plantear por incidente, o en su caso, al tiempo de contestar la demanda o la reconvención, por la vía de la excepción de litispendencia.

El fundamento es que la acumulación es aconsejable por existir entre las causas una conexidad *subjetiva*, que supone la presencia de más de dos personas dentro de un proceso ya sea como demandantes o como demandados. El litisconsorcio, en realidad, implica una acumu-

lación subjetiva por la presencia de más de una persona en la calidad de demandantes o demandados.

El recaudo que relaciona a los sujetos obedece a que en el sistema procesal de nuestro país, la cosa juzgada es inter-partes sin que alcance a terceros salvo supuestos excepcionales (art. 96, CPCC).

396.3 Trámite de la acumulación

Quien pretende la acumulación debe presentar el incidente ante el juez que considera debe conocer, en definitiva, u optar para hacerlo ante el que imagina debe remitir el expediente.

Se trata de un incidente autónomo regulado en el Código Procesal por el artículo 191, de manera que encuentra tipicidad reglamentaria en él. De acuerdo con el ritual establecido, las situaciones a considerar son varias:

a. Trámite ante juez que debe conocer, o hubiera prevenido: El planteo se puede formular al contestar la demanda o por vía de incidente siempre que aun no se hubiese dictado sentencia. El juez ordenará el traslado de lo peticionado a la contraparte, y requerirá simultáneamente la remisión de los expedientes vinculados. Cumplidos los plazos deberá resolver. La decisión que disponga la acumulación de procesos es inapelable, aun cuando ello se hubiera dictado en el trámite incidental.
b. Trámite ante el juez que debe inhibirse: Si al contestar la demanda el accionado plantea la acumulación de autos, al no poder plantearlo como litispendencia, deberá correrse traslado al actor para que formule observaciones. Cumplido, se deberá resolver.

Si interpreta que la medida procede, remite las actuaciones al juzgado que previno, sin más trámite. Pero puede suceder que considere necesario contar con los expedientes relacionados que se invocan como fundamento y necesidad de la acumulación, en cuyo caso tiene que requerir la remisión de la causa que tramita en otro juzgado, advirtiendo en los motivos de la petición que, *prima facie*, se entiende que la acumulación debe hacerse en la causa que ante él tramita. Con ellos, decidirá.

En caso de estimar la procedencia enviará el expediente al juez que haya prevenido; pero si decide declarar la acumulación en su

juzgado, podrá ocurrir que el magistrado requerido lo consiente y, en tal caso, no habrá conflicto alguno; pero de oponerse se dará un claro supuesto de conflicto entre jurisdicciones (art. 192, CPCCN).

El pronunciamiento que ordena la acumulación de procesos no es susceptible de apelación. Únicamente en el supuesto en que se planteara conflicto o contienda entre los magistrados que entienden en ambas causas podría justificarse la intervención del tribunal de Alzada.

Cabe agregar que la inapelabilidad prevista por el artículo 191 para la resolución del incidente de acumulación articulado, por una parte, no se extiende a la disputa de oficio por el juez conforme al artículo 190.[1835]

396.4 Suspensión de las actuaciones

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 193 del régimen local, el pedido de acumulación de procesos, en caso de que los mismos tramitasen ante distintos jueces, produce la suspensión de los juicios involucrados desde que se comunica la solicitud al juez respectivo. Sus trámites no se reanudan hasta tanto no quede resuelta, firme o ejecutoriada, la acumulación que los suspendió.

Las decisiones sobre la suspensión de trámites deben tomarse atendiendo razones de orden práctico, pues no puede perderse de vista el fundamento de esta norma, cual es la conveniencia de evitar que el avance de los trámites dificulte o torne imposible la acumulación solicitada.[1836]

1835. CNCiv., Sala G, "Longo de Salimbeni, Zulema c. Benidor, S. R. L.", 03/12/1987, *LL* 1990-C-574, *JA* caso 7137.

1836. Del voto en disidencia del doctor Boggiano (CSJN, "Punte, Roberto A. c. Provincia del Neuquén", 09/06/1994, *ED* 160-151). Se ha dicho que el solo pedido de acumulación de los autos de consignación con el juicio de desalojo en trámite por ante otro juzgado donde se formuló no produce la suspensión de los trámites en aquella, ya que tramitando ambas ante distintos jueces la suspensión recién opera desde la comunicación al otro juez del planteo de acumulación, siendo que el anoticiamiento no había tenido lugar al momento de articularse el planteo de caducidad de la instancia en la primera causa (CNCiv., Sala B, 1990/12/12, "Dayan, Rafael O. c. Zadoff, Ricardo", *LL* 1991-E-774, *J. Agrup.* caso 7456).
Finalmente se afirma que, es improcedente el pedido de caducidad de instancia de un incidente de revisión en virtud de haber transcurrido el plazo previsto en el art. 277 de la Ley N° 24.522, si el curso del mismo quedó suspendido por una petición de acumulación de procesos –en el caso, de un pedido de extensión de la quiebra a los ex directores y accionistas de la fallida– sin que importe que tal suspensión no haya sido formalmente declarada en tanto deriva de fuente legal (art. 193, Código Procesal) y opera de pleno

397. Independencia de los procesos

La sola acumulación de procesos a los fines de evitar el pronunciamiento de sentencias diferentes respecto de algunas cuestiones comunes y procurar una mayor economía procesal no quita a cada proceso su autonomía.

Es indiferente la etapa procesal que atraviesen porque todos siguen el curso normal de la instancia hasta llegar al estado de dictar sentencia. Este es el momento cuando se paraliza a la espera de los demás acumulados.

A veces, este detenimiento provoca roces con otras instituciones como la caducidad de la instancia, en la medida que el tiempo de suspensión significa inactividad y falta de impulso. Por ello, para evitar la perención es necesario que la demora en el trámite ocurra en un período anterior, es decir durante el desarrollo, que es el tiempo cuando está vigente el principio del interés en la prosecución del juicio.

Es que no importa supeditar el procedimiento de uno a otro juicio al punto de unificarlos en una causa única, sino de darle a cada cual su autonomía hasta radicarlos en común con la sentencia única que para ellos se pronuncia.

Inclusive se afirma que la acumulación no impide que se produzca la perención de instancia, pues las causas acumuladas conservan su individualidad y las alternativas de sus respectivas secuelas son inherentes a cada una de ellas, razón por la cual son susceptibles de finalizar por separado, por caducidad de instancia, transacción o desistimiento.[1837]

398. Desacumulación de autos

Una vez dispuesta la acumulación la providencia ordenatoria es irrecurrible, pero no significa definitividad del auto, sino tan solo que contra esa decisión no se admitirán recursos.

---

derecho (CNCom., Sala D, "Transportes Automotores Chevallier S.A. s/quiebra s/inc. de rev. por: García, Perfecto y otros", 10/04/2001, *LL* 2001-E-545; *DJ* 2001-3-55).

1837. CNCiv., Sala A, "Pérez, Eufemia c. Dos Anjos Do Vale, Antonio", 13/03/1996, *LL* 1996-C-776.

La medida se mantiene mientras demuestre su utilidad, pero no puede ser la fuente de demoras irrazonables para que en otro expediente se postergue el dictado de la sentencia definitiva. En su caso, hasta se podría considerar un caso de dilaciones indebidas con violación a la garantía de plazo razonable.

Cuando se advierte esta situación, de oficio o a petición de parte, el juez o, en su caso, el tribunal superior podrá modificar la suspensión ordenada por considerar que la acumulación afecta el principio de economía procesal, por razón de tiempo, gasto o esfuerzo humano. De este modo, no solo dispondrá la desacumulación sino que podrá separar los procesos devolviendo la causa al juez que la hubiera delegado, o dictando sentencia en la causa si no hubiera existido foro prorrogado.

Esta resolución se fundamenta en que la demora no provoque la obstrucción de otro, o sucedan demoras inútiles que sean perjudiciales para las partes.

399. Sentencia única

La regla ideal es que los procesos acumulados sustancien conjunta y simultáneamente, conservando la autonomía procesal de los trámites, pero actuando en conjunto cuando fuera posible. Este es un principio razonado sobre la economía y concentración de los actos, pero de difícil consagración cuando se trata de litigantes desiguales en la gestión y actividad dispuesta. Por eso lo habitual es la independencia de diligencias a la espera de una sentencia común.

Capítulo XLIX
Nulidades en el proceso

400. Introducción

Las nulidades procesales son producto de un desvío en el camino que tomó el derecho de fondo cuando pretendió unificar las irregularidades de los actos jurídicos poniéndolos en estándares de validez según fueran regulares (formales), válidos en cuanto a los sujetos que los producen (eficacia subjetiva) y de cumplimiento posible (eficacia objetiva).

Eran tiempos comunes que coincidieron en la codificación tanto del derecho civil como del derecho procesal, si bien se puede reconocer que este último se desarrolló poco después. La importancia del origen deviene de considerar al acto procesal como una especie del acto jurídico, al punto de encontrar principios que se aplican en unos y otros de igual manera.

Comenzado el siglo XX la teoría de la relación jurídica procesal influyó para que los actos procesales se aislaran del acto jurídico. Una razón esencial fue la categoria de acto inexistente que se aplicaba a las actuaciones procesales que no cumplían con el principio de legalidad formal, por ejemplo.

Chiovenda fue uno de los primeros en demostrar que los actos jurídicos procesales tenían su causa-fuente en la relación procesal, es decir, en el vínculo que se formaba entre litigantes que con sus escritos o actuaciones producían efectos, sea ya para constituir, conservar, desarrollar, modificar o extinguir derechos recreados a través del proceso. El acto jurídico procesal más importante que producían las partes fueron los escritos formativos del proceso; mientras que los del órgano jurisdiccional eran las resoluciones, y por encima de todo, la sentencia.[1838]

La simple diferencia de tener actos procesales cuando la formación y el desarrollo se daban en el proceso judicial, y los actos jurídicos

1838. Chiovenda, José, *Principios de derecho procesal civil, op. cit.*, T. I, p. 322.

como forjadores de derechos fundados en los códigos de fondo, sirvió en estos primeros tiempos para dar una definición y conceptualizar la eficacia y validez del acto voluntario y lícito.

Ubicado en su tiempo, era comprensible que se respetara a pie juntillas el principio de legalidad formal. Las formas del proceso daban previsibilidad y certidumbre; lo escrito era comprendido como reglas del juego, y cuando se juega con reglas no es menester cambiarlas por la simple voluntad de hacerlo.

El problema fue que se evolucionó hacia un culto a las solemnidades que hizo decir a Carnelutti que no se podía rendir tamaña dimensión al formalismo pues la consecuencia inmediata era la injusticia.[1839]

El cambio de enfoque acentuó perseguir la eficacia del acto cumplido. El artículo 156 del *Codice di procedura civile* de 1940 tuvo mucho que ver en este enroque, en la medida que reemplazó la esencia de las formas como sistema de certidumbre y seguridad jurídica, por el de finalidad cumplida sin resentimiento para el derecho de defensa.

De este modo, el pensamiento del siglo XIX tuvo una alteración y otros argumentos. Se mantuvo la tendencia mayoritaria de ver en el acto procesal una figura desigual del acto jurídico; pero comenzó a verse otro pensamiento que insinuaba que todos eran actos jurídicos solo que se diferenciaban por las formas.

Las coincidencias se constataron en los principios aplicables. No hay nulidad sin texto legal que la consagre. No hay nulidad sin perjuicio ocasionado. Quien da lugar al acto nulo o anulable a causa de sus propios actos no puede pedir la anulación. El defecto o vicio debe ser trascendente, todos estos eran los más recurrentes en los ordenamientos jurídicos.

La decisión a tomar cuando se planteaba una nulidad era y es actualmente resolver si la finalidad de la ley es conservar la sacramentalidad del proceso evitando que las formas y contenidos se adulteren sin importar que el acto fuera consentido; o en su caso, precisar la calidad del vicio denunciado para identificar el grado de afectación que sufre la garantía procesal.

Entre uno y otro sentido hay polaridad ideológica, según se entienda que el juez debe aplicar la ley sin interpretarla, o en su caso, no

1839. Carnelutti, Francesco, *Derecho Procesal Civil y Penal*, Buenos Aires, Ejea, 1944, p. 851.

ritualizar al litigio cuando apenas se encuentran irregularidades que no alcanzan a denostar el derecho de defensa en juicio.

401. Peligros de las nulidades

De acuerdo con la base propuesta, cuando se debe resolver un planteo de nulidad lo primero que se afirma es que no hay juicio de ponderación, pues lo único que se ha de confrontar es la regularidad del acto en sí. Con ello la tarea sería simple: hay un modelo estandarizado por las formas y un acto ejecutado, quizás, con alguna modalidad diferente. El cambio lo haría nulo (de oficio) o anulable (a petición de parte).

Algunos acentúan este deber de anular fundado en lo siguiente:

> El Derecho como conjunto de normas de conducta regula cuestiones de fondo y de forma; determina cómo debemos actuar y de qué manera debemos proceder. El derecho substancial norma el contenido y el derecho procesal la forma. Hay quienes restan valor a la forma, pero, al hacerlo, olvidan el sabio refrán que dice: *si se rompe la forma, se pierde el contenido*. El Derecho Procesal Civil es precisamente eso, un conjunto de formas predispuestas que regulan el proceso, como una manera de salvar el contenido. Siendo así como lo es, las nulidades procesales tienen sentido para asegurar el fin de justicia.[1840]

La corriente opuesta realiza un test diferente para controlar la regularidad del acto conforme a derecho, y si no lo fuera, podría ser irregular pero igualmente eficaz porque la gravedad del error no es trascendente, o estar convalidado por el agente que debiera impugnar el desvío.

Para la primera posición toda irregularidad conlleva la nulidad implícita; mientras que para la segunda el acto informal puede ser confirmado, lo que implica que no toda irregularidad generará invalidez; y que toda invalidez presupone un acto ineficaz.

Titulamos peligros de las nulidades porque pensamos que la desformalización del proceso es una necesidad impostergable. En el orden nacional (federal) han existido múltiples intentos de reforma en pos de conseguir la eficiencia judicial y la confianza social en los resultados del litigio. En ese curso se dieron formas alternativas de resolver

1840. Riera Escudero, Manuel, "De actos procesales y decir de nulidad", Asunción, 2002, p. 4.

conflictos (*v. gr.* mediación, conciliación, arbitraje), se insinuó la necesidad de laborar con la tutela de urgencia, de preservar y resguardar los bienes del litigio y por qué no también, de proteger al Estado contra los abusos litigiosos.

No obstante, la estructura formalista del proceso civil, sostenida por principios y presupuestos inalterables, comparte la función con un marco discrecional de poderes judiciales que se discuten como posibles con ley y sin ley, dando lugar así al "código del juzgado" que no es otra cosa que la solución dada por los jueces conforme su capricho o su sabiduría.

Todo este movimiento revulsivo que genera el proceso judicial es producto de la inclusión de disposiciones reformistas dentro de modelos arcaicos. Cada una de las modificaciones procesales reitera el yerro precedente; deja las cosas como están, y pone más deberes, cargas y obligaciones que jamás se cumplen. Y no se cumplen, sencillamente porque es imposible encontrar empalmes razonables.

Por ejemplo ¿por qué no hay nulidad de la audiencia preliminar cuando el juez no la preside? (así lo indica el art. 360). Sencillamente porque el código mantiene el principio que sostiene la convalidación del vicio irregular (arts. 169 y 170).

O bien, ¿por qué se debe pedir la apertura a prueba cuando es el juez quien debe pasar de una etapa a otra aunque las partes no lo pidan? Simplemente porque el impulso procesal sigue entendiéndose a cargo de las partes (como en el proceso privado) cuando la tendencia reformista lo transformó.

Esta asimetría ha provocado también que la ciencia procesal haya dividido la doctrina entre quienes pretenden seguir el curso del proceso como lucha igualitaria ante un juez imparcial (garantismo), respecto a otros que atienden al proceso como una cosa pública, donde la dirección del juez es lo más importante, así como las potestades para definir el objeto a probar y las pretensiones a resolver.

Quizás anide aquí uno de los temas vitales del desencuentro y donde se puede mostrar claramente el tremendo error de los proyectos locales y provinciales de reformar sus textos procesales manteniendo la estructura de lo vigente.

La peor confrontación está en el Capítulo V del Código Procesal (y los que siguen sus aguas, que son la mayoría). En efecto, la sección pri-

mera crea el proceso por audiencias sin reformar las secciones sucesivas (medios de prueba), provocando las inconsistencias siguientes:

a. Si la prueba se ofrece en los escritos constitutivos del proceso, no hay allí, todavía, hechos controvertidos, de manera que el ofrecimiento de prueba informativa (art. 396), prueba de confesión (art. 411), prueba de testigos (art. 442) y la prueba de peritos (art. 457) sería posible solamente cuando exista la disparidad en los hechos.
b. Si la prueba la ofrecen las partes y solo ellas deben producirlas (art. 364), no se entiende por qué deba el juez intervenir fijando los hechos cuya prueba crea necesaria. En todo caso, la visión publicística del proceso convalida esta actuación como producto del deber de esclarecer la verdad de los hechos (art. 36, inc. 4), pero sería indudable que quedaría resentido el derecho de defensa por la limitación que sufre el derecho a la prueba.
c. Cada uno de los medios de prueba reglamentados en los ordenamientos rituales ha conservado su esquema de producción, sin advertir las reformas que en un proceso por audiencias, o en un mecanismo de litigación oral, la fisonomía es diferente. Esto ha llevado a que la práctica cotidiana haya dejado en los desechos a la prueba de absolución de posiciones (por la *probatio inutilissima*), o al testimonio en situaciones especiales (arts. 418 y 436); o con ciertas reglas que por impracticables generan desafortunados privilegios (arts. 447, 448, 462, etc.).

Si alineamos la teoría de las nulidades procesales en un marco como el actualmente vigente, estaremos repitiendo el error ancestral de no ver lo evidente. La teoría llevada a la práctica demuestra los motivos por los que al tratar el principio de legalidad formal se enfrentan las posiciones de quienes quieren flexibilizar las reglas, frente a los que acentúan el deber formal como un reaseguro de la seguridad jurídica.

En nuestra opinión, el problema de si existe o no una categoría única de nulidades, o se admiten principios propios en los vicios que presenten los actos procesales, debe adecuarse a la perfección que buscan los actos jurídicos (en general).

El refinamiento en el derecho civil se diseña como un aspecto de licitud de los actos. Cuando un contrato se celebra y cumple con ajuste estricto a las previsiones normativas, se dice que el acto es perfecto y

legítimo. Pero en el derecho procesal, un acto imperfecto puede ser válido, no obstante ser ilegítimo (inválido). Igualmente, una actividad ilegítima puede estar expresada en los moldes predispuestos y tener por ese encuadre la misma validez y eficacia; de manera que ambas situaciones muestran que habría una distancia apreciable entre la perfección y la legalidad como premisas asimilables.

Cuando el problema se enfoca desde la teoría del negocio jurídico, las cuestiones parecen estar espejadas. Observemos el problema en el espacio de la dualidad de partes para confrontar la cuestión.

La imperfección del acto civil puede ser confirmado por la actitud de las partes contratantes y generar los efectos jurídicos que fueron estipulados; esos defectos pueden ser más o menos graves, y, en consecuencia, no podría el orden jurídico material admitir que la voluntad de las partes supere al derecho establecido como voluntad del Estado a través de la legislación. Se habla entonces de invalidez de los actos dentro de una sistematización de actos imperfectos. Existe un orden insuperable para las partes que traduce el patrón del "orden público".

Bien se explica que

> El ordenamiento no convierte a la voluntad humana en factor omnipotente de las consecuencias jurídicas; esta tiranía sería absurda, porque entonces el legislador abdicaría de su función coordinadora de las relaciones sociales, transformándose en esclavo de los caprichos de las partes.[1841]

Ahora bien, la validez frente a la perfección pareciera no tener la misma secuencia que la invalidez ante la imperfección, porque mientras la primera relación supone el efecto que logra un acto adecuado a su implementación objetiva; la segunda no guarda vínculos entre sí, podrían ser consecuencias diferentes de un mismo acto viciado.

El acto jurídico se tiene por válido mientras no sea anulado por una sentencia judicial. Esto llevaría a creer que hay actos potencialmente válidos o sujetos a una condición resolutiva inserta en el interés de las partes. Desde una mirada diferente podría decirse que el acto es simplemente anulable, y hasta entonces ser, también, simplemente válido.

Así planteado, las diferencias están en los efectos, más que en la producción interna y regular del acto. De modo tal que un acto cual-

1841. Ferrara, Francesco, *La simulación de los negocios jurídicos*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 3ª ed., 1953, p. 19.

quiera puede llegar a ser válido aun siendo imperfecto. Sin embargo, hay actos que para ser lícitos, necesitan adecuarse a los fines legales, sin que las partes puedan subordinarlos a sus propias disposiciones. Los actos que vulneren esa condición son nulos, y evidencian su ilegalidad.

Se pone aquí de contraste una nueva realidad: el acto ilícito no puede tolerarse por el orden jurídico, sea porque viola el interés público, un derecho subjetivo, una situación determinada o una simple o mera facultad. La invalidez cobra en este sentido una fisonomía punitiva. Esta construcción natural y constante del derecho civil, aunque con diversidad de enfoques y planificación en las categorías de irregularidades, vicios, nulidades, etc., tiene el valor de la unidad que cimenta como orden jurídico; pero cuando se trata de aplicarla a todas las ramas, y en especial, al derecho procesal, se observa cierta inadecuación fundada en los principios formativos que este tiene y afirma como fundantes de su autonomía, que demuestran la escasa significación que tiene la nulidad en los negocios jurídicos respecto de la relación jurídica procesal.

Esta diferencia entre el negocio jurídico y la relación procesal, desde la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se aligeró y hasta podríamos afirmar que se ha diluido. Habíamos dicho que, de admitirse que las nulidades procesales se rigen por las normas sustantivas, ello llevaría a tener una base regida por orientaciones que en vez de fundarse en la flexibilidad tolerada en las formas, orquestaría principios sobre eficacia y aplicación práctica que son contrarias a los principios modernos del derecho procesal.[1842] Hoy creemos que el Código Civil y Comercial puede influir en el sistema procesal con su tendencia hacia la eficacia real antes que entronizar la rigidez abstracta de disposiciones que lucen dentro del proceso civil.

402. El Código Civil y Comercial ante los principios procesales

Una demostración clara de la tendencia que se persigue fortalecer es abandonar la verbalización de las nulidades prefiriendo el uso de la voz ineficacia. Así lo dispone el Código Civil y Comercial que

1842. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ediar, 1992, T. I, p. 278 y ss.

en el artículo 382 comienza a tratar la "ineficacia de los actos jurídicos". La norma establece "Categorías de ineficacia. Los actos jurídicos pueden ser ineficaces en razón de su nulidad o de su inoponibilidad respecto de determinadas personas".

La ineficacia basada en la nulidad vuelve a los principios, y la inoponibilidad hacia personas determinadas trabaja también con la defensa en juicio.

La nulidad puede argüirse por vía de acción autónoma o incidente; u oponerse como excepción. En todos los casos debe sustanciarse tal como lo dice el artículo 383 del orden citado. También procede de oficio cuando existe nulidad absoluta de los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres. En tanto que los demás son de nulidad relativa pues depende, precisamente, de los actos a los cuales la ley impone esta sanción solo en protección del interés de ciertas personas (art. 386, CCyC).

402.1 Principio de protección

Este principio es una formulación más acotada del que rige en todo el derecho, especialmente en los de contenido patrimonial. Tiende a dar funcionalidad y efectos a los actos jurídicos sin importar el vicio que expongan, siempre y cuando, claro está, esa nulidad no sea de tal importancia que inficione la calidad misma del acto.

En la praxis opera complementario del principio de saneamiento; en tanto su consagración procesal la expresa el párrafo tercero del artículo 169 del Código Procesal.

El principio de conservación apunta así a resguardar los valores de seguridad y firmeza, de suma importancia para la función jurisdiccional, toda vez que esta aspira a obtener resultados justos, y logros fructíferos, sin menoscabarse en dispendios inútiles como los que motivan las nulidades por el solo hecho de asegurar el respaldo en las formas.

El valor seguridad tiende a prevalecer axiológicamente sobre el de validez. Por tanto, cabe concluir que un acto procesal si ha logrado el fin a que estaba destinado es válido, aun siendo irregular o defectuoso. Además, en caso de duda acerca de la existencia o no de un vicio, debe estarse por la validez del acto, por cuanto su nulidad debe ser considerada como un remedio excepcional.

De algún modo afirma la expresión clásica que sostiene que no hay nulidad por el solo hecho de constatar un acto irregular. Criterio que se impone también en el Código Civil y Comercial a través de los artículos 384 y 385 que dicen:

> Artículo 384. Conversión. El acto nulo puede convertirse en otro diferente válido cuyos requisitos esenciales satisfaga, si el fin práctico perseguido por las partes permite suponer que ellas lo habrían querido si hubiesen previsto la nulidad.
> Artículo 385. Acto indirecto. Un acto jurídico celebrado para obtener un resultado que es propio de los efectos de otro acto, es válido si no se otorga para eludir una prohibición de la ley o para perjudicar a un tercero.

En tercería también se presentan aquellos que entienden que al menos un mínimo de formalismo se debe conservar porque de otro modo, lo práctico y confiable superaría el dogma de las formas y el espíritu de lo previsible.

> Se postula la existencia de una exigencia implícita de que el acto concreto tenga al menos la fisonomía del acto correspondiente al modelo legal, lo que permitiría considerar que es susceptible de reconocérsele validez al acto procesal defectuoso, pero no al simple cumplimiento por equivalencia a través de un acto completamente distinto y que se ha considerado igualmente idóneo para el cumplimiento de la finalidad buscada.[1843]

402.2 Principio de especificidad

El Código Procesal recepta este presupuesto de nulificación, en el artículo 169 párrafo primero, cuando indica que "ningún acto procesal será declarado nulo, si la ley no prevé expresamente esa sanción". El principio recuerda la regla del Código Napoleón *pas de nullité sans texte*, pero no impide que se anulen actos que comprometen algunas formalidades esenciales (nulidades implícitas).

1843. Gorigoitia Abbot, Felipe, "La regulación de la nulidad procesal en el nuevo código procesal boliviano: un análisis a partir de cuatro cuestiones", *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho* [*online*], Nº 19, Santa Cruz de la Sierra, 2015. Disponible en: http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572015000100003 [fecha de consulta: 01/08/2019].

El Código Civil y Comercial abandona la línea que tenía el código anterior que repetía la fórmula procesal. Ahora dice el artículo 387:

> Nulidad absoluta. Consecuencias. La nulidad absoluta puede declararse por el juez, aun sin mediar petición de parte, si es manifiesta en el momento de dictar sentencia. Puede alegarse por el Ministerio Público y por cualquier interesado, excepto por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho. No puede sanearse por la confirmación del acto ni por la prescripción.

Aun siendo precisa la explicación que ofrece la doctrina, respecto a que la norma indica que la nulidad no puede asumirse como una sanción; el espíritu que emite no difiere del que postula el presupuesto procesal.

En suma, ambos ordenamientos tutelan la finalidad de orden y seguridad en las relaciones humanas, por lo tanto, también ambas toleran nulidades en casos que no estén específicamente contempladas. La tendencia operada confirma que se persigue conservar el acto eficaz aunque sea irregular, pero que no se admite el aprovechamiento de actos de nulidad absoluta que son de interpretación funcional del juez, o de la invocación de quien los quiere utilizar en su beneficio.

402.3 Principio de trascendencia

Bajo este título, el mismo artículo 169 en sus párrafos segundo y tercero considera la cuestión. El principio vuelve su fuente al derecho francés (aun sin ley expresa), *pas de nullité sans grief* (no hay nulidad sin perjuicio); con la importancia de concatenar la finalidad de los actos con las garantías de defensa y alegación.

Vale recordar que los vicios de los actos procesales deben referirse a estos mismos, considerando sus elementos (sujeto, objeto y modalidad), de suerte que la nulidad probable a invocar no tenga otro origen que la trasgresión de la norma que reglamenta la actividad de las partes y de la jurisdicción.

La nulidad de actuaciones que no se funda en defectos o vicios del procedimiento en sí, sino en lo sustancial del acto jurídico, no hace procedente la nulidad procesal, porque el caso se rige por principios distintos.

Dice al respeto el artículo 388 del CCyC:

> Nulidad relativa. Consecuencias. La nulidad relativa solo puede declararse a instancia de las personas en cuyo beneficio se establece. Excepcional-

> mente puede invocarla la otra parte, si es de buena fe y ha experimentado un perjuicio importante. Puede sanearse por la confirmación del acto y por la prescripción de la acción. La parte que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto, no puede alegarla si obró con dolo.

La instrumentalidad de las formas permite bajo este presupuesto, otorgar validez a un acto irregular si alcanzó la finalidad que, en cada caso en concreto, estaba destinado a satisfacer. No importan sus defectos, porque no existe subordinación estricta a las formas, sino a la relación que existe entre el vicio y el fin del acto.

De allí que la norma prevenga que la declaración de nulidad procede si hay perjuicio demostrado. No existe la nulidad por la nulidad misma, no es preciso responder cabalmente a las solemnidades cuando van de por medio otras prioridades del proceso, como la celeridad, la claridad, y, en definitiva, la justicia misma.

La trascendencia hace a un modismo de práctica valorativa, donde las advertencias radican en: a) el tipo de acto desenvuelto, b) el carácter del vicio que porta, c) la finalidad que persigue, d) si alcanzó la pretensión su destino, e) si existe perjuicio, f) en su caso, qué importancia tiene el gravamen.

La nulidad viene a constituir así una serie progresiva de respuestas, las cuales se guían por el norte de la conservación de los actos; no son las nulidades un fin propio de la seguridad jurídica sino una vía indirecta para llegar a asegurar la justicia del caso.

402.4 Principio de convalidación

De acuerdo con lo recién explicado, una forma de convalidar actos defectuosos ocurre si ellos alcanzan los fines que estaban previstos al ejercerlos. Se podría decir que es una convalidación legal, donde no existe actividad de la parte.

Es una regla procesal que se adopta asimismo en el nuevo Código de fondo con la siguiente redacción:

> Artículo 393. Requisitos. Hay confirmación cuando la parte que puede articular la nulidad relativa manifiesta expresa o tácitamente su voluntad de tener al acto por válido, después de haber desaparecido la causa de nulidad. El acto de confirmación no requiere la conformidad de la otra parte.

> Artículo 394. Forma. Si la confirmación es expresa, el instrumento en que ella conste debe reunir las formas exigidas para el acto que se sanea y contener la mención precisa de la causa de la nulidad, de su desaparición y de la voluntad de confirmar el acto. La confirmación tácita resulta del cumplimiento total o parcial del acto nulo realizado con conocimiento de la causa de nulidad o de otro acto del que se deriva la voluntad inequívoca de sanear el vicio del acto.

Impera en la regla el principio dispositivo, y demás afluentes de los principios procesales (preclusión, celeridad, buena fe, etc.), sin perjuicio de concretar el carácter relativo de todas las nulidades que sucedan en el proceso.

El Código Procesal lo define como subsanación de los actos nulos, a diferencia del Código Civil que habla de confirmación. En ambos casos, se constata la actividad de una persona, plenamente capaz de obligarse y de disponer de sus bienes, que es parte en el proceso, y conociendo el vicio que hace anulable un acto jurídico, no ejerce actividad nulificatoria alguna. Por tanto, habiendo cesado el defecto, quedan convalidados los efectos y la eficacia, ora por la ejecución voluntaria de la obligación a su cargo, ora por su inacción y silencio, durante todo el tiempo fijado a la prescripción de la acción de nulidad.

Este principio a pesar de su expresa consagración, no puede recibirse sin más contenidos que la simpleza de la voluntad de los interesados. Hemos indicado que la condición relativa de las nulidades no consiente otros actos que no sean inválidos por la actividad defectuosa (puramente formales), y cuya fuente sea la falta o distorsión con los recaudos de constitución ritual relacionados con el modo de actuación de juez y partes vinculados a un procedimiento.

Esta extensión no cubre los actos que necesariamente deben revestir una solemnidad intrínseca determinada (por ejemplo, porque refieren al mismo ejercicio de la función jurisdiccional), o que por no ser tales (inexistentes) puedan tener algún tipo de subsanación.

El saneamiento automático que se propone con la regla supone atender una multiplicidad de situaciones que parten de reconocer cuáles son los actos procesales que pueden convalidarse. Con las aclaraciones siguientes:

a. Los actos inexistentes no pueden subsanarse, sencillamente porque son un no hecho, y carecen de las mínimas expresiones útiles que le otorguen validez formal y eficacia.

b. Los actos nulos de nulidad absoluta no son subsanables, porque ellos están afectados y no se pueden convalidar. Si bien puede existir consentimiento, ello no supone convalidación, es decir, una voluntad expresada ficta o realmente, que permita la eficacia del acto.
c. Los actos de nulidad relativa son válidos, útiles y eficaces, mientras no sean invalidados por una providencia que los anule. Son actos de anulación provocada en las características que vimos anteriormente.
   El caso más común, es el que establece el artículo 172 que establece la imposibilidad de decretar la nulidad si el acto estuviese consentido.
d. Otra probable contingencia ofrece la impugnación tardía de las nulidades, en la cual la preclusión obra definitoria en el sentido de que la firmeza de los actos procesales es una necesidad jurídica que justifica la validez de los actos, a pesar de los vicios que manifiesten.

La firmeza del precepto *consensus non minus ex facto quam ex verbis colligatur* (si el que puede y debe atacar no ataca) cobra destacada preeminencia en la práctica procesal.

402.5 Principio de protección

Este presupuesto toma cuerpo en las vías de impugnación que se disponen para atacar las nulidades en el proceso; en particular, pretende otorgar razonabilidad a las nulidades que se deduzcan, requiriendo tres condiciones específicas:

a. que la anulación pretendida justifique el accionar de la justicia ante la evidencia del perjuicio que generan los efectos del acto viciado;
b. que la nulidad provenga de actos propios de la jurisdicción, o de la parte contraria, y
c. que quien promueve la impugnación no haya dado lugar con sus actos al vicio que denuncia.

El artículo 171 del orden adjetivo establece un aspecto de la regla en estos términos: "La parte que hubiere dado lugar a la nulidad, no podrá pedir la invalidez del acto realizado".

El principio demuestra una extensión del precepto *nemo auditur propriam turpitudine allegans* (nadie puede alegar su propia torpeza) que en la doctrina procesal se expresa como doctrina o teoría de los propios actos, según el cual no es lícito admitir que las partes ejerciten actos contrarios a los que la otra parte, de buena fe acepta, por observarlos continuos y destinados a una determinada conducta futura.

Es también la orientación que sigue el Código Civil y Comercial en el artículo 388 párrafo final que dice: "Puede sanearse por la confirmación del acto y por la prescripción de la acción. La parte que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto, no puede alegarla si obró con dolo".

Colaboran actuando con este principio la buena fe y lealtad en el proceso y los principios particulares en las vías de exposición de gravámenes, al no tener interés tutelable, la parte que denuncia un vicio que él mismo ha originado (*v. gr.* quien ha pedido expresamente que se imprimiere a una cuestión un trámite determinado, a pesar de no ser dicho trámite el adecuado, no puede sostener luego la nulidad de aquel).

Justamente, uno de los presupuestos de la nulidad es la ausencia de culpabilidad de quien la alega. Pero esta identidad o simetría se da en pocas situaciones. Generalmente, en el campo procesal ocupa a las nulidades absolutas o manifiestas, porque la regla que impera es la validez y conservación de los actos, postergando los vicios que no fuesen trascendentes o enquisten las reglas de la legítima defensa o, más ampliamente, del debido proceso.

403. Efectos de las nulidades

La posibilidad de conservar la eficacia del acto nulo lo vuelve anulable cuando la gravedad que porta así lo aconseja, y lo confirma cuando el vicio no es grave. Esta es la regla, pero al mismo tiempo, el acto que se considera admite eludir la nulidad íntegra que afectaría a toda la actuación en sí misma (*v. gr.* contestación de demanda que tiene defectos procesales), respecto de aquella que se conserva por el principio protectorio que anula solo la parte afectada con el error.

Así lo establece el artículo 389 del CCyC que nulifica todo el acto cuando se altera el orden público, moral y buenas costumbres; o lo hace solamente en forma parcial dependiendo de las partes del acto

que se encuentra afectado. Pero la nulidad de una disposición no afecta a las demás siempre que sean separables. Si no lo son porque el acto no puede subsistir sin cumplir su finalidad, se declara la nulidad total.

En la nulidad parcial, en caso de ser necesario, el juez debe integrar el acto de acuerdo a su naturaleza y los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes.

La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto declarado nulo y obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido. Estas restituciones se rigen por las disposiciones relativas a la buena o mala fe según sea el caso, de acuerdo con lo dispuesto en las normas del Capítulo 3, Título II del Libro Cuarto del CCyC (art. 390).

El vicio encontrado y declarado nulifica el acto jurídico, y permite reclamar los daños y perjuicios derivados de la responsabilidad, aunque el documento no produzca los efectos de los actos válidos.

Con relación a los efectos sobre derechos o bienes registrables, el artículo 392 dice:

> Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable, por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo, quedan sin ningún valor, y pueden ser reclamados directamente del tercero, excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso.
> Los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho.

SECCIÓN 3ª
EL DERECHO PROBATORIO

Capítulo L
Conceptos generales de la prueba

404. Aspectos de la prueba

Seguramente uno de los temas más apasionantes en el derecho procesal civil es el capítulo de "la prueba". La evolución habida la presenta con una creatividad inmensa que transforma los enunciados originales, provocando un gran debate sobre la posibilidad cierta de esa recreación (para algunos) o alteración (para otros) que conmueve los cimientos.

Por mucho tiempo se aseguró que era la bisectriz del procedimiento, el lugar donde se definía la suerte o verdad de las pretensiones; pero no había un espacio seguro para definir su naturaleza y objeto, desde que la tradición romana la consideró en el campo de las *razones*, y los germanos en los resultados de las *verdades divinas*, aunque siempre enlazados a un sistema sin otra precisión que las experiencias.

Unos y otros coinciden en la necesidad de trabajar con la prueba para lograr que la jurisdicción produzca los mejores resultados. La prueba es el medio esencial del juicio, dijo Carnelutti.[1844] Su función absorbe todo el proceso y lo define con la certeza que aporta la verdad conseguida; es el punto de equilibrio entre los intereses privados que persiguen la razón de sus afirmaciones, y el interés público que procura la resolución de las controversias con justicia.

La prueba procesal, o dicho en otros términos, el derecho probatorio, es una construcción destinada a reglamentar la actividad que despliega el proceso para establecer la veracidad y la razón de las pretensiones. Es un aspecto central de nuestra disciplina que se fue formando con el correr del tiempo y al influjo de variables diferentes.

A partir del período formulario existen dos principios en el sistema probatorio del derecho romano que han obrado notablemente el dogmatismo posterior. Uno es el concepto de carga de la prueba, por

1844. Carnelutti, Francesco, *La prueba civil*, con apéndice de Augenti, Giacomo Primo (trad. de Alcalá Zamora y Castillo, Niceto), Buenos Aires, Depalma, 1978, p. 4.

el cual es el actor quien tiene interés en demostrar al magistrado la verdad de sus dichos y el derecho a que, por ello, tenga una sentencia favorable. El otro es la libertad de apreciación por el juez que lo faculta a inferir sobre las pruebas aportadas.

Este esquema pervive, y también sobrelleva algunas consignas como tener por ciertos y verdaderos los hechos que no se niegan, o darle un valor decisivo a pruebas como el juramento y la confesión. Tiempo después los testimonios de terceros llegaron a incidir con preferencia, al punto que se ha discutido sobre la obligatoriedad de prestar declaración,[1845] hasta dejar consagrada la eficacia del testimonio como un medio de persuadir al magistrado.

Sin embargo, en la historia no se adopta este método sin discusiones. En la Edad Media, período de oscurantismo y abandono hacia todo saber científico, se usaban las llamadas "ordalías" o "juicio de Dios" que fue aplicado por la Santa Inquisición, con el fin de forzar la voluntad para conseguir resultados probatorios.[1846]

1845. Según Arangio Ruiz, en la época primitiva, el testigo presencial de un hecho debía declarar y en caso de no hacerlo debía tolerar que el interesado recitase por tres noches consecutivas, delante de su puerta, fórmulas mágicas conjurando genios maléficos; pero la mayoría de los autores están contestes en que no existían sanciones para el testigo contumaz (Cuenca, Humberto, *Proceso Civil Romano*, Buenos Aires, Ejea, 1957, p. 85).

1846. El origen de las ordalías no está precisado, pero se cree que proviene de los pueblos bárbaros donde imperaba la ley del más fuerte, y si bien con la ordalía la prueba de la fuerza continúa, se coloca bajo el signo de potencias superiores a los hombres. Varios eran los sistemas que se usaban; en Occidente se preferían las pruebas a base del *combate* y del *duelo*, en los que cada parte elegía un campeón que, con la fuerza, debía hacer triunfar su buen derecho. La ley germánica precisaba que esta forma de combate era consentida si la disputa se refería a campos, viñas o dinero, estaba prohibido insultarse y era necesario nombrar dos personas encargadas de decidir la causa con un duelo. La ordalía por medio del *veneno* era poco conocida en Europa, probablemente por la falta de un buen tóxico adecuado a este tipo de justicia, pero se utilizaba a veces la curiosa *prueba del pan y el queso*, que ya se practicaba en el siglo II en algunos lugares del Imperio romano. El acusado, ante el altar, debía comer cierta cantidad de pan y de queso, y los jueces retenían que, si el acusado era culpable, Dios enviaría a uno de sus ángeles para apretarle el gaznate de modo que no pudiese tragar aquello que comía. La prueba del *hierro candente*, en cambio, era muy practicada. El acusado debía coger con las manos un hierro al rojo por cierto tiempo. En algunas ordalías se prescribía que se debía llevar en la mano este hierro el tiempo necesario para cumplir siete pasos y luego se examinaban las manos para descubrir si en ellas había signos de quemaduras que acusaban al culpable. El hierro candente era muchas veces sustituido por agua o aceite hirviendo, o incluso por plomo fundido. En el primer caso la ordalía consistía en coger con la mano un objeto

El tiempo mitigó su empleo, pero conservó la idea de investigar desde lo inquisitivo para alcanzar la prueba de los hechos; cuestión que se manifiesta, en esencia, en los procedimientos penales de los siglos XVII y XVIII.

Con la codificación empezó una etapa de definiciones. La idea de abandonar los esbozos para fijar los conceptos "de una vez y para siempre", fue la impronta de los códigos, donde el francés de comienzos del siglo XIX es un ejemplo de cómo desde las leyes de fondo se quiso abarcar el espacio de varias disciplinas.

En efecto, la prueba, que en el proceso fue concebida como un procedimiento de reconstrucción histórica,[1847] varió hacia condiciones

pesado que se encontraba en el fondo de una olla de agua hirviendo; en el caso de que la mano quedara indemne, el acusado era considerado inocente.
En 1215, en Estrasburgo, numerosas personas sospechosas de herejía fueron condenadas a ser quemadas después de una ordalía con hierro candente de la que habían resultado culpables. Mientras iban siendo conducidas al lugar del suplicio, en compañía de un sacerdote que les exhortaba a convertirse, la mano de un condenado curó de improviso, y como los restos de la quemadura hubiesen desaparecido completamente en el momento en que el cortejo llegaba al lugar del suplicio, el hombre curado fue liberado inmediatamente porque, sin ninguna duda posible, Dios había hablado en su favor.
En algunos sitios se hacía pasar al acusado caminando con los pies descalzos sobre rejas de arado generalmente en número impar. Fue el suplicio impuesto a la madre del rey de Inglaterra Eduardo el Confesor, que superó la prueba. La ordalía por el *agua* era muy practicada en Europa para absolver o condenar a los acusados. El procedimiento era muy simple: bastaba con atar al imputado de modo que no pudiese mover ni brazos ni piernas y después se le echaba al agua de un río, un estanque o el mar. Se consideraba que si flotaba era culpable, y si, por el contrario, se hundía, era inocente, porque se pensaba que el agua siempre estaba dispuesta a acoger en su seno a un inocente mientras rechazaba al culpable. Claro que existía el peligro de que el inocente se ahogase, pero esto no preocupaba a los jueces. Por ello, en el siglo IX Hincmaro de Reims, arzobispo de la ciudad, recomendó mitigar la prueba atando con una cuerda a cada uno de los que fuesen sometidos a esta ordalía para evitar, si se hundían, que "bebiesen durante demasiado tiempo". Esta prueba se usó mucho en Europa con las personas acusadas de brujería.
Durante la segunda mitad del siglo XII el papa Alejandro III prohibió los juicios del agua hirviendo, del hierro candente e incluso los "duelos de Dios", y el cuarto concilio Luterano, bajo el pontificado de Inocencio III, prohibió toda forma de ordalía a excepción de los combates: "Nadie puede bendecir, consagrar una prueba con agua hirviente o fría o con el hierro candente". Pero, no obstante, estas prohibiciones, la ordalía continuó practicándose durante la Edad Media, por lo que doce años después, durante un concilio en Tréveris, tuvo que renovarse la prohibición.

1847. Decía Carnelutti que "... el concepto de prueba se encuentra fuera del derecho y es instrumento indispensable para cualquiera que haga, no ya derecho, sino historia" (Carnelutti, Francesco, *La prueba civil*, *op. cit.*, p. XIII).

de eficacia y validez preconcebidas que le quitaron al juez la libertad de apreciación que antes tenía.

Dice Manresa que

> No han faltado expositores y comentaristas, que partiendo de la división de las leyes, ideada por Bentham, en sustantivas y adjetivas, hayan censurado esas disposiciones del Código; y si bien el libro 4 del mismo es el que menos novedades ha introducido y el que más a salvo ha quedado de la crítica, ha habido, sin embargo, quien ha considerado como un retroceso la intrusión de nuestras leyes puramente sustantivas en la rituaria y procesal materia de las pruebas. Cierto es que esta entra evidentemente en la esfera y en los límites de las leyes adjetivas, en cuanto se contraen a determinar los medios y las reglas más conducentes a la consecución o al descubrimiento de la verdad, toda vez que en esos problemas jurídicos no se trata de investigar las consecuencias legales de los hechos determinados que pueden ser materia de las mismas, sino únicamente de conocer los medios de llegar a consignar y confirmar su existencia. Pero esto, no obstante, nuestro Código Civil, como el proyecto de 1851 y el de 1882, y el Código Civil francés, siguiendo el sistema adoptado por Pothier, al tratar de las obligaciones, se ha ocupado de los medios de prueba de las mismas, a pesar de ser una legislación esencialmente sustantiva, porque las reglas sancionadas en sus preceptos respecto a ellos son el complemento indispensable de las prescripciones establecidas en cuanto al fondo de dicha materia, o sea de las que determinan y regulan los efectos jurídicos de las obligaciones.[1848]

En suma, la reglamentación de cuestiones probatorias en los Códigos Civiles (*v. gr.* forma y prueba de los contratos; acreditación del pago, etc.) responde a un tiempo donde el principio de legalidad seguía el camino de orientar y obligar a la aplicación de la ley. No olvidemos que fue Chiovenda quien sostuvo que la finalidad del derecho procesal era conseguir que los jueces actuaran la voluntad de la ley;[1849] pero la evolución va separando los *conceptos* de la *actividad*; es decir, por un lado, transitan las formas y los medios de prueba, y por otro, la práctica y el desarrollo, para dejar en la etapa final el *resultado* de la fusión entre las dos cuestiones.

1848. Prólogo de Manresa, José María en Lessona, Carlos, *Teoría General de la Prueba en Derecho Civil*, Parte General (Confesión e interrogatorio), Madrid, Reus, 1906, p. 14.

1849. Chiovenda, José, *Principios de derecho procesal civil, op. cit.*, T. I, p. 179.

Por eso, la prueba involucra muchas otras cuestiones que se proyectan desde su etimología. En el derecho procesal, coincidimos con Falcón cuando afirma que

> … desde el punto de vista científico podemos decir que el derecho procesal se asienta en tres estadios: el *teórico –filosófico* o *científico– teórico*; el *técnico* o de *aplicación*; y el *práctico* o de *ejecución*. En diversos momentos podremos apreciar la prueba. Cada uno de ellos ocupa las unidades estructurales del estudio del derecho procesal que se ha realizado tradicionalmente en las facultades de derecho, aun con las limitaciones que se dieron en cada época.[1850]

405. Historia y progreso de la prueba

En el proceso la prueba se concibe como una necesidad. Son excepcionales los hechos manifiestos que evitan tener que comprobarlos para dar razón inmediata al que formula una pretensión basándose en lo evidente y sin discusión alguna. Es una condición del intelecto que no quiere equivocarse oyendo solo una de las versiones; de allí que el punto de partida histórico haya sido la obligación de demostrar o de verificar.

Aquella división originada entre la apreciación libre de la prueba y la verdad legal que llega desde la norma confundió la tarea de comprobación como actividad humana que debía realizar el juez. Para algunos, la prueba debía comenzar con la investigación (que en realidad es propio del campo penal), se averigua y recién después se hacen afirmaciones. En cambio, otros sostuvieron que era una labor de comparación, donde quien tiene que resolver ha de esperar las pruebas de una u otra parte, de modo que pueda confrontarlas y decidir después su fuerza probatoria.[1851]

La duda generó proyecciones de esta situación. Por ejemplo, Mittermaier afirmó que

> En toda prueba, cualquiera que sea, se ve la idea de una verdad *formal* o de una verdad *material*, que constituye su objeto; es decir, que en el primer sistema, sin consideración a la íntima convicción del juez, o a los motivos de decidir, suministrados por la razón y la experiencia, la ley precisa

1850. Falcón, Enrique Manuel, *Tratado de la prueba*, Buenos Aires, Astrea, 2003, T. I, p. 13.
1851. Bentham, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, traducción de Ossorio Florit, Manuel, Buenos Aires, Ejea, 1971, Vol. I, p. 10.

> tener por verdadera la demostración, que, por lo demás, solo se apoyaría en ciertos motivos de pura forma; en el segundo, al contrario, tiene derecho de basar su convicción sobre los medios más seguros para llegar a la verdad: aquí, las reglas establecidas por el legislador no traen su origen sino del principio, que él mismo se ha fijado, de sancionar solamente los medios de certeza más conformes a su objeto, que es la verdad absoluta.[1852]

Cualquiera sea el camino, lo cierto es que la prueba tiene distintas fases históricas que consideran la función que cumple. Podemos constatar así que en los orígenes del proceso, como medio de resolución pacífica de las controversias entre personas, la prueba se deja llevar por *impresiones* y el *subjetivismo* de quien tiene que resolver. Hay una clara preeminencia de la autoridad que posee el buen padre de familia, el jefe del clan, el consejero legal, el cacique, o cualquiera que merced a la confianza que la sociedad le concede, resuelve sobre percepciones y sentimientos. Obviamente es una etapa primitiva, solo mencionada para dar un punto de partida.

Después fue la etapa del *razonamiento* probatorio impreso en los procesos romanos que tanta influencia conserva en el sistema actual de juzgamiento. Inclusive, Devis Echandía sostiene que la construcción romana llega de la Grecia antigua (clásica) porque advierte en el estudio de Aristóteles en *Retórica* una clasificación de la prueba que quiere separar del fanatismo y la religión:

> En Grecia imperó la oralidad, tanto en el proceso civil como en el penal. Por regla general rigió el principio dispositivo, que coloca sobre las partes la carga de producir la prueba, y solo en casos especiales se le permitía al juez tener iniciativa para aportarlas y practicarlas de oficio. Los medios principales de prueba fueron los testimonios, los documentos y el juramento. Existían restricciones a las declaraciones de mujeres, niños y esclavos, pero en los procesos mercantiles podían declarar los esclavos comerciantes y, en algunas causas, las mujeres, si lo hacían voluntariamente.[1853]

En cada período del proceso romano estuvo presente el raciocinio, pero se va atenuando desde la amplia libertad de las acciones de la ley y el período formulario, a la etapa extraordinaria cuando se aplican criterios

1852. Mittermaier, Karl Joseph Anton, *Tratado de la prueba en materia criminal* (trad. de González del Alba, Primitivo), Buenos Aires, Hammurabi, 2006, p. 39.

1853. Devis Echandía, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Ed. ABC, 5ª ed., 1995, T. I, p. 56.

preestablecidos para observar los resultados de la prueba. En un pasaje de Cicerón se dice "El deber del juez es profundizar el examen del testimonio y condenar solo a aquellos que producen un real convencimiento de ser culpables, declarándolos, en caso contrario, en libertad".[1854]

La limitación absoluta se advierte con la influencia del derecho canónico que le otorga a la prueba casi una función mística. Hay dos claras manifestaciones de este tiempo. Uno llega del antiguo derecho germánico donde la etapa probatoria queda representada por solemnidades rigurosas que establecen la prueba o verdad legal. Se deja de buscar el convencimiento razonado para alcanzar una decisión formal en correspondencia con las formas establecidas. Los procedimientos eran como juegos de azar o escenas de juglería y, en cambio de lógicos, existían exorcistas y verdugos.[1855]

La otra queda expuesta con el derecho canónico, que crea una figura diferente al escabinado convirtiendo en jueces a los sacerdotes, bajo un régimen estricto para la apreciación jurídica de la prueba.

Algunos justifican y sostienen que

> Con el derecho canónico se impone definitivamente, como un apreciable avance en la cultura jurídica, a pesar de estar dominado por el criterio de la regulación detallada de los medios de prueba y su apreciación previa, que para esa época fue quizás indispensable en la lucha contra los sistemas místicos oprobiosos que regían en toda Europa; se trató de darle una base jurídica al proceso, y la ignorancia e impreparación de los jueces hizo aconsejable la predeterminación por el legislador eclesiástico, primero, y luego por el civil, de todo un sistema probatorio. Los Papas dan instrucciones detalladas para el proceso canónico y los canonistas elaboran muchas reglas sobre pruebas, guiados por el método escolástico, utilizando las tradiciones romanas, especialmente el derecho justinianeo, pero mezclando en ocasiones principios tomados de la Biblia, como el caso del número de testigos necesarios para formar la convicción.[1856]

Surge el *principio inquisitivo* y se faculta al juez a forzar la confesión; se legaliza el tormento y la crueldad irrazonable, para alcanzar deducciones de simples sospechas.

1854. Cita de Silva Melero, Valentín, "La prueba procesal", en *Revista de Derecho Privado*, vol. 1, Madrid, 1963, p. 6.

1855. Bentham, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, *op. cit.*, vol. 1, p. 45.

1856. Devis Echandía, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, *op. cit.*, T. I, p. 61.

Este no es un período intrascendente; todo lo opuesto. Se refleja en numerosos ordenamientos españoles como el Ordenamiento de Alcalá y las Leyes de Toro; y si bien estaban desaparecidas las ordalías por los Concilios de Letrán de 1215, de León en 1288 y de Valladolid de 1322, se conservó la prueba de tormento.

En suma, es el período de la *prueba legal*; de criterios rígidos y absolutos, que se mantiene hasta las postrimerías del siglo XVIII cuando la obra de Beccaria *De los delitos y las penas* va a reivindicar el sistema del convencimiento y la razón.

Desde entonces queda polarizado el debate para sostener cuál era el mejor sistema probatorio. Todavía no existía el derecho procesal como ciencia, por lo que muchas de estas polémicas se trabaron dentro de la literatura; en obras religiosas; y en la ciencia jurídica, especialmente el derecho penal y el derecho civil.

A fines del siglo XIX la oralidad tiene una repercusión inesperada en el tema probatorio. Se la concibe como un método para controlar la gestión judicial al obligar al juez a cumplir con el principio de inmediación. Klein fue el primero en adoptar esta corriente, propiciando un juez con amplios poderes y atribuciones que impactará en la doctrina de Chiovenda cuando redacta el anteproyecto de Código Procesal para Italia, tiempo después seguido parcialmente, por los codificadores Carnelutti, Calamandrei y Redenti.

De alguna manera es un resurgimiento del espíritu romano en el proceso. Para Giuliani, ello se expresa al consagrar un concepto clásico de prueba cuyas características fueron:

> ... a) se considera a la prueba como un *argumento*, es decir, como algo retórico y abstracto; b) la actividad probatoria está dominada por la lógica, la ética y la teoría de la formación de las cuestiones; c) el sistema probatorio se basa en el principio de la carga de la prueba y en la identificación de lo probable con lo éticamente preferible (no sobre la realidad o lo que comúnmente sucede); d) se confunde el hecho con el derecho, desconociendo la autonomía del primero, porque al último no se lo concibe separado de la *ratio artificiales* y se llega prácticamente a igualar a éste con su prueba; e) se limita el campo de la investigación a lo más importante o relevante, en virtud de la llamada teoría de las exclusiones.[1857]

1857. Giuliani, Alessandro, *Il concetto di prova*, Milano, Giuffrè, 1971, p. 239.

A partir del siglo XX, se concibe estudiar la prueba en tres niveles: 1) *La proposición*, que supone evaluar la admisión, considerar la legalidad y pertinencia; resolver las cuestiones que son objeto de prueba y, en su caso, fijar los hechos que deban ser materia de prueba; 2) *Las actividades* de las partes en orden a producir aquellas de las que intentan valerse; cumpliendo *cargas* (*v. gr.* art. 377, Código Procesal en cuanto al imperativo del propio interés), *deberes* (*v. gr.* art. 333, Código Procesal en cuanto al ofrecimiento oportuno) y *obligaciones* (*v. gr.* art. 387, Código Procesal referido a la obligación de exhibir prueba documental); y las que le corresponden al juez respecto a la ordenación, control, sustanciación y proveimiento de oficio o a pedido de partes; 3) *La apreciación* es la última etapa; es aquí donde el juez valora o fija la eficacia de cada medio probatorio, y que se trasunta en el resultado de la prueba.

406. La prueba en el derecho civil y comercial

El campo donde se ubica el derecho probatorio también fue oscilante. Muchos, siguiendo los primeros conceptos reglados, dijeron que la prueba era de naturaleza sustancial, es decir, que las normas que regulan lo concerniente a la prueba pertenecen al derecho civil.

El origen de esta afirmación proviene del Código Civil francés de 1804 y del Procesal de 1806, donde se pueden diferenciar normas materiales relativas a la admisibilidad de las pruebas y a su valoración; y rituales o adjetivas destinadas a la pura actividad.

Afirma Montero Aroca que

> … esta distinción no tenía un simple valor teórico, pues afectaba nada menos que a la determinación de la norma aplicable, bien cuando intervienen elementos extranjeros en el proceso, bien cuando hay problemas de aplicación de la norma en el tiempo. Así lo relativo a la admisión y a la valoración de la prueba debía regirse por la ley personal de las partes, o para la determinación del valor de un acto jurídico debía estarse a la ley en vigor en el momento de la realización del acto, aunque hubiera sido derogada, mientras que el procedimiento probatorio quedaba siempre bajo la ley procesal, esto es, la ley del foro nacional del juez, la vigente en el momento del proceso.[1858]

1858. Montero Aroca, Juan, "Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)", en *Cuadernos de Derecho Judicial –La prueba–*, N° 7, Madrid, 2000, pp. 18-19.

Esta línea marcó los arquetipos posteriores al punto de incidir en la legislación hispanoamericana a través de la Ley de Enjuiciamiento Civil española y del propio Código Civil de Vélez Sársfield. Vale decir, la legislación procesal siguió este rumbo de considerar los presupuestos de validez de los medios de prueba a través de las leyes de fondo, y relegar al espacio del proceso el problema de la práctica.

En general, la pauta del legislador francés, especialmente Pothier, fue adoptar las normas sobre prueba en el terreno de las obligaciones, poniendo en cabeza del sujeto un cúmulo de necesidades de verificación desde la cual el medio aprobaba su aplicación a la relación jurídica.

Esta división que se podría aceptar en el *common law*, porque distingue repetidamente la *substance* de la *procedure*, no fue tolerada por Allorio[1859] si bien se justificó la discrepancia suavizando la crisis que apuntó el maestro italiano. En este aspecto fue Denti el que dijo que

> Al fin, y a la postre, el verdadero criterio de distinción parece ofrecerlo, más que la consideración de la naturaleza de las situaciones jurídicas disciplinadas por las normas, la investigación en torno a las finalidades de la política legislativa que rige las diversas formas de tutela y las consecuencias que derivan de la elección en un sentido y en otro para alcanzar esas finalidades... Antes de distinguir entre *substance* y *procedure*, es bueno recordar que precisamente un autor citado a menudo (Chiovenda) como asertor de criterios *racionales* de distinción y en particular como asertor de la procesalidad de

1859. "Se tiene a veces la impresión, al observar algunas manifestaciones exteriores (y algunos oropeles), de la ciencia del derecho en Francia y en los países anglosajones, que ser hombre de la ciencia del derecho no importe, en esos ambientes, un empeño de dedicación total al progreso de esta particular ciencia, sino más bien un especial modo de lograr un cierto grado de respetabilidad social con mucho rigor y talante formal, en el porte y en los dichos y los escritos, con gran cuidado de perfección didáctica, mas no se sabe cuán concienzudamente respondiente a exigencias más profundas, en otras partes satisfechas. Prevalecen en la ciencia francesa el sentido de la autoridad y lo que Julien Bonnecase llama el *respeto de los Pontífices*, no solamente característico de la Escuela de la Exégesis del Ochocientos, sino de toda la orientación francesa. [...] El mismo hábito deductivo cartesiano del espíritu francés fue nocivo para el desenvolvimiento de nuestro método. El sistema legislativo, teniendo como eje el Código Napoleón, fue considerado por los escritores franceses como una serie de postulados a desarrollar mediante procedimiento euclideano. Y, en efecto, la ciencia legal, en su aspecto (precisamente) deductivo, establece y desenvuelve como postulados las normas, consideradas no como cánones de conducta, sino en su aspecto ontológico, expresiones de *ser*, no de *debe ser*" (Allorio, Enrico, *Problemas de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Ejea, 1963, T. I, p. 18).

> las reglas probatorias, se ha referido a un análisis teleológico de las finalidades de la norma, afirmando que *las normas relativas a las pruebas tienen o no naturaleza procesal [...] según sean determinadas o no por razones procesales*, o sea estuvieran inspiradas en la consideración que haga el legislador, de los objetivos, intrínsecamente publicísticos, del proceso civil.[1860]

En nuestro país la jurisprudencia ha conciliado la habitación compartida de las normas sobre prueba en las leyes de fondo y procesales. No se ha dado preferencia a ninguno siguiendo la relatividad de la discusión que deduce Denti.

Esta doble regulación es producto del sistema republicano y federal que impera para nuestra organización política, permitiendo a cada provincia dictar normas concernientes a la prueba, en tanto y cuanto no impidan ni cercenen la efectividad y dinámica creada por las leyes de fondo. La peculiaridad admite cierto predominio de las normas sustantivas sobre las procesales, al regular la actividad aunque no se refieran al significado que tienen sobre la decisión judicial.

El caso del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación es un ejemplo de esta afirmación, en razón de que las numerosas reglas y principios procesales que contiene podrían ser contrarias al espíritu que surge del artículo 75.10 de la Constitución Nacional (la materia procesal no está delegada a la Nación), sin embargo, claramente se observa el sentido colaborativo de los jueces para dar eficacia a las leyes de fondo.

Por su parte, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación integra en secciones sucesivas los siguientes medios de prueba: a) documental; b) informativa; c) confesional; d) testimonial; e) pericial; f) reconocimiento judicial.

El artículo 163, inciso 5 señala que

> Las presunciones no establecidas por ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeren convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica.

La amplitud de consideraciones, prácticamente, ocupa la plenitud de los medios de prueba habitualmente disponibles; a ellos se incorporan

1860. Denti, Vittorio, *Estudios de derecho probatorio* (trad. de Santiago Sentís Melendo y Tomás Banzhaf), Buenos Aires, Ejea, 1974, p. 54.

como medios no legislados, pero admitidos, los que refieren a pruebas científicas. La norma pilar es el artículo 378 que establece:

> La prueba deberá producirse por los medios previstos expresamente por la ley y por los que el juez disponga, a pedido de parte o de oficio, siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén prohibidos expresamente para el caso. Los medios de prueba no previstos se diligenciarán aplicando por analogía las disposiciones de los que sean semejantes o en su defecto, en la forma que establezca el juez.

Sistemáticamente no es posible deducir el carácter procesal o material de una prueba, a partir de su inserción normativa. La inclusión en uno u otro sistema no afecta ni incide en la naturaleza jurídica.[1861]

Denti observó que esta dualidad estatutaria ponía al juez en la incómoda situación de tener que optar por un mecanismo, pero sin que ello afectase su capacidad racional para ofrecer un resultado. Es decir:

> … la consecuencia, que se ha presentado cada más evidente en la evolución de la doctrina sobre el tema, ha sido que la contraposición *substance-procedure*, derivada de las calificaciones según el derecho interno, ha dejado de ser empleada en la solución de los conflictos de leyes o, por lo menos, se ha reducido a una función de cobertura de las razones reales de *policy*, por las cuales se prefería la aplicación de la *lex fori*.[1862]

Esta moderna concepción que abandona el problema del carácter formal o material de las normas probatorias, desde la perspectiva que instala al juez como partícipe de una realidad que lo lleva a decidir sin remisión a dogmatismos estériles, constituye la naturaleza verdadera de las normas en estudio.

Atiéndase –dice Cappelletti– que

> … en esta concepción, lo que se quiere no es confiar al juez una decisión discrecional caso por caso, sino más bien elaborar criterios de solución problema por problema. Tales criterios, a su vez, podrán después ser también "sistematizados". Graduados entre sí, relacionados con criterios superiores; lo que importa, sin embargo, es que siempre se trate de criterios los cuales no hagan derivar la solución del problema de abstractas premisas conceptuales y formales –naturaleza *procesal*, naturaleza *sustancial* similares–, sino de la conciencia de la función práctica del de-

1861. Ramos Méndez, Francisco, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. I, p. 530.

1862. Denti, Vittorio, *Estudios de derecho probatorio, op. cit.*, p. 202.

> recho y de la necesidad de encontrar, por consiguiente, soluciones correspondientes y adecuadas a tal función.[1863]

La eficacia de las instituciones sin restringir posibilidades basadas en pruritos científicos de escasa importancia: esta es la finalidad de la prueba, rendir culto a su presencia en el proceso para consolidar el ejercicio activo del derecho de defensa.

407. La constitucionalidad de la prueba

Precisamente con la intención de dar a la actividad probatoria un rol más importante, los avances de la ciencia fueron ponderando aspectos diferentes de ella, como fueron las potestades del juez en esta etapa, las obligaciones de las partes en la misma, y el valor justicia imperante en la producción de los medios. Fue así que el tema probatorio se fue introduciendo en los estudios del debido proceso,[1864] se conformó como causal de arbitrariedad cuando el juez erraba la apreciación al elaborar la sentencia; fue pauta de razonabilidad en el derecho de defensa en juicio, hasta comenzar a hablarse de un derecho constitucional a la prueba.

Picó i Junoy estudia el principio y sostiene que

> El derecho a la prueba es aquel que posee el litigante consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso [...] El carácter subjetivo del derecho a la prueba se manifiesta en que su ejercicio requiere la voluntad de una de las partes, pues estas son las que tienen el poder de proponer el medio probatorio que pretenden sea admitido, practicado y valorado judicialmente. En consecuencia, el derecho a la prueba implica, en primer lugar, el derecho a que se admita toda aquella prueba que, propuesta por alguna de las partes, respete los límites inherentes a la actividad probatoria y los debidos a los requisitos legales de proposición. En segundo lugar, supone que el medio probatorio sea practicado, pues, en caso contrario, estaremos en presencia de una denegación tácita del

1863. Cappelletti, Mauro, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil* (trad. de Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, Ejea, 1972, p. 176.

1864. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional - Debido Proceso*, Buenos Aires/Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, pp. 337 y ss. También del mismo autor, *El debido proceso. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Buenos Aires/Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2017, dos volúmenes.

> mencionado derecho [...] Por último, debemos destacar que el derecho a la prueba puede, en ocasiones, alcanzar a las diligencias para mejor proveer. En consecuencia, el derecho a la prueba no supone, *a priori*, un derecho a la realización de las diligencias que, para mejor proveer, soliciten las partes [...] En último término, el derecho a la prueba conlleva que el medio probatorio admitido y practicado sea valorado por el órgano jurisdiccional (valoración motivada que tiene lugar en la sentencia) ya que, en caso contrario, se le estaría sustrayendo toda su virtualidad y eficacia.[1865]

El derecho constitucional a la prueba se releva de la preponderancia que toma la actividad dirigida por las partes, en la medida que con ella se fijan los hechos que el juez deberá considerar al tiempo de dictar sentencia. La prueba se convierte así en una pieza clave dentro del engranaje de todos los procedimientos. Ahora, como la etapa de prueba es formal y reglada –lo que no significa que los límites impuestos puedan socavar el derecho a defenderse– se ha encontrado necesario vincular la prueba con el derecho de defensa en juicio, para desde allí referir a la constitucionalidad propia de aquella.

Básicamente el derecho consiste en admitir todas las pruebas que sean lícitas y pertinentes, y en poder practicarlas. Se trata de hilvanar la propuesta con la producción, y en materia penal se hace extensivo a criterios abiertos que actúan como complementos de la prueba, como los indicios y las presunciones. Por eso, cuando uno refiere al derecho fundamental (constitucional) a la prueba, realiza un esfuerzo de síntesis en lo que significa ofrecer, probar, persuadir y obtener un resultado por la tarea de convencer probando.

Significa tanto como advertir que la búsqueda de la verdad que permita dictar una sentencia ajustada a hechos ciertos debe celebrarse en el interés común de todos los operadores jurídicos y no, solamente, como el producto de satisfacción entre litigantes enfrentados. Por tanto, la garantía opera como salvaguarda del derecho de defensa, al establecer principios de naturaleza superior a las simplemente adjetivas o rituales, como son las de impedir que se apliquen en la sentencia hechos que no están probados, o que se valoren hechos inexistentes, o en su caso, que se consideren pruebas ilegítimas o que no hayan tenido control bastante o suficiente de la parte contra quien se oponen.

1865. Picó i Junoy, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona, Bosch, 1996, p. 16 y ss.

En consecuencia, el derecho constitucional a la prueba es un derecho que transita por una avenida de doble mano: por una vía, acompaña el interés del Estado, representado en el juez, para lograr certeza suficiente y sentenciar sin dudas razonables; por otra, recorre el interés de las partes para que la actividad probatoria responda a consignas invariables: libertad de la prueba; control de las partes; producción específica; y apreciación oportuna y fundamentada.

Para Morello, la posibilidad de desembocar en el deseado *acertamento* de la verdad de los hechos conducentes (hechos alegados por las partes o para algunos integrados por la contribución activa del juez), se ha de manejar (o debe estar en flexible disposición del litigante) un procedimiento que facilite o concurra al logro de esa "verdad". Son factores necesarios u oportunos para la eficacia de tal mecanismo, entre otros que se predican a esos propósitos y representan líneas de tendencias: a) La reducción de las reglas de exclusión de los medios de prueba; b) la introducción de instrumentos que aseguren la adquisición de la prueba; c) la extensión del poder de iniciativa instructoria del juez; d) la adopción de un método eficaz para la asunción y práctica de la prueba, y e) el criterio de libre valoración de la prueba.[1866]

La jurisprudencia acompaña este movimiento de piezas que se engarza entre las garantías constitucionales del proceso. Sostiene así que la defensa en juicio requiere que se otorgue a los interesados ocasión adecuada para su audiencia y prueba en la forma y con las solemnidades dispuestas por las leyes procesales y ello no acontece cuando el sentenciante se aparta de los términos de la relación procesal, accediendo a una pretensión no formulada por las partes con quebrantamiento del debido proceso que no puede cohonestarse con la interpretación de normas de derecho común que realiza el pronunciamiento apelado que, por tanto, debe dejarse sin efecto.[1867]

1866. Morello, Augusto Mario, *La prueba. Tendencias modernas*, Buenos Aires, Platense - Abeledo Perrot, 1991, pp. 177 y ss.

1867. Fallos CSJN: 301:213, "González, Silvano A. c. Corporación Argentina de Productores de Carne". Asimismo, se afirma que no es posible aprovechar las pruebas obtenidos con desconocimiento de garantías constitucionales, principio que no permitiría reconocer en el proceso prueba adquirida en virtud de un allanamiento ilegal, pues ello importaría una violación a las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio, que exigen que todo habitante sea sometido a juicio en el marco de reglas objetivas que permitan descubrir la verdad, partiendo del estado de inocencia, de modo tal que solo

Falcón dice que el régimen relativo a la prueba no es de origen constitucional, sino meramente legal –pues la Constitución nada prescribe de modo específico a su respecto–, sin embargo los principios generales del proceso, y en particular, los principios de bilateralidad de la audiencia y el de adquisición sí lo son:

> … de manera que la prueba no está fuera del campo constitucional, porque constituye un elemento esencial del proceso y debe responder a las garantías de éste en un sistema republicano y democrático. Pero a su respecto no se puede sustentar una objeción de inconstitucionalidad con relación al sistema adoptado en un caso dado por el legislador, a menos que él fuera claramente irrazonable y pusiera a los interesados en imposibilidad o en grave dificultad de defender sus derechos.[1868]

En suma, la idea que aflora de estos conceptos se concreta al sostener que el proceso no debe conducirse en términos estrictamente formales con menoscabo del valor, justicia y garantía de la defensa en juicio y por ello, no debe desentenderse a la verdad jurídica objetiva de los hechos que de alguna manera aparecen en la causa como decisiva relevancia para la pronta decisión del litigio.

De alguna manera, esta tendencia consolida la buena doctrina que explica la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando instala en el campo de la prueba, la obligación de no privar a las partes (y a su descendencia directa e indirecta) el derecho a saber la verdad (cfr. casos "Niños de la Calle" y "Barrios Altos"), que es una proyección inmediata del carácter fundamental del derecho a la prueba.

---

se reprima a quien sea culpable, es decir, aquel a quien la acción punible le pueda ser atribuido tanto objetiva como subjetivamente (Fallos CSJN: 311:2045, "Gordon, Aníbal y otro", *LL* 1989-B-447, con nota de Alejandro D. Carrió). Por tanto, debe dejarse sin efecto la sentencia que rechazó la demanda de daños y perjuicios, dado que la interpretación de la prueba realizada por el *a quo* se limita a un análisis aislado de los diversos elementos de juicio obrantes en la causa, pero no los integra ni los armoniza debidamente en su conjunto, circunstancia que lo lleva a desvirtuar la eficacia que, según las reglas de la sana crítica, corresponde a los distintos medios probatorios. Ello así, pues no obstante referirse los agravios de la apelante a cuestiones de hecho y prueba, tal circunstancia no resulta óbice decisivo para habilitar la apelación extraordinaria cuando median razones de entidad suficiente para demostrar la existencia de un menoscabo al derecho de defensa en juicio que autorizan a descalificar lo resuelto (CSJN, 1986/02/13, "Grocci de Regía, María C. c. Jurado, Oscar A. y otros", *LL* 1986-D-415; *DJ* 986- 2-792).

1868. Falcón, Enrique Manuel, *Tratado de la prueba, op. cit.*, T. I, p. 283.

408. Estándares probatorios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Se desprende de la jurisprudencia que llega de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que la noción y lo esencial de la prueba se integra en el campo del debido proceso. Este, en la Opinión Consultiva OC/16 quedó definido con estos términos:

> … es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. (párr. 117)

En otras oportunidades, la Corte manifestó que la existencia de verdaderas garantías judiciales requiere que en este se observen todos los requisitos que "sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho" (OC-8/87, párr. 25), es decir, las "condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial" (OC-9/87, párr. 28)".

Sergio García Ramírez, en la citada Opinión Consultiva OC/16 señaló que

> Lo que conocemos como el "debido proceso penal", columna vertebral de la persecución del delito, es el resultado de esta larga marcha, alimentada por la ley, la jurisprudencia –entre ella, la progresiva jurisprudencia norteamericana– y la doctrina. Esto ha ocurrido en el plano nacional, pero también en el orden internacional. Los desarrollos de los primeros años se han visto superados por nuevos desenvolvimientos, y seguramente los años por venir traerán novedades en la permanente evolución del debido proceso dentro de la concepción democrática de la justicia penal […]. Los derechos y garantías que integran el debido proceso –jamás una realidad agotada, sino un sistema dinámico, en constante formación– son piezas necesarias de éste; si desaparecen o menguan, no hay debido proceso. Por ende, se trata de partes indispensables de un conjunto; cada una es indispensable para que este exista y subsista. No es posible sostener que hay debido proceso cuando el juicio no se desarrolla ante un tribunal competente, independiente e imparcial, o el inculpado desconoce los cargos

que se le hacen, o no existe la posibilidad de presentar pruebas y formular alegatos, o está excluido el control por parte de un órgano superior.
La ausencia o el desconocimiento de esos derechos destruyen el debido proceso y no pueden ser subsanados con la pretensión de acreditar que a pesar de no existir garantías de enjuiciamiento debido ha sido justa la sentencia que dicta el tribunal al cabo de un procedimiento penal irregular. Considerar que es suficiente con lograr un resultado supuestamente justo, es decir, una sentencia conforme a la conducta realizada por el sujeto, para que se convalide la forma de obtenerla, equivale a recuperar la idea de que 'el fin justifica los medios' y la licitud del resultado depura la ilicitud del procedimiento. Hoy día se ha invertido la fórmula: "la legitimidad de los medios justifica el fin alcanzado"; en otros términos, solo es posible arribar a una sentencia justa, que acredite la justicia de una sociedad democrática, cuando han sido lícitos los medios (procesales) utilizados para dictarla.
Si para determinar la necesidad o pertinencia de un derecho en el curso del proceso –con el propósito de determinar si su ejercicio es indispensable o dispensable– se acudiese al examen y a la demostración de sus efectos sobre la sentencia, caso por caso, se incurriría en una peligrosa relativización de los derechos y garantías, que haría retroceder el desarrollo de la justicia penal. Con este concepto sería posible –y además inevitable– someter al mismo examen todos los derechos: habría que ponderar casuísticamente hasta qué punto influyen en una sentencia la falta de defensor, la ignorancia sobre los cargos, la detención irregular, la aplicación de torturas, el desconocimiento de los medios procesales de control, y así sucesivamente. La consecuencia sería la destrucción del concepto mismo de debido proceso, con todas las consecuencias que de ello derivarían.
Al emitir ese voto examiné las consecuencias que pudiera acarrear el vicio grave del procedimiento sobre el proceso en su conjunto y la sentencia que se dicta en este. Al respecto, dije que la violación del proceso "trae consigo las consecuencias que necesariamente produce una conducta ilícita de esas características: nulidad y responsabilidad. Esto no significa impunidad, porque es posible disponer la reposición del procedimiento a fin de que se desarrolle de manera regular. Esta posibilidad es ampliamente conocida en el derecho procesal y no requiere mayores consideraciones.[1869]

En la sentencia correspondiente al caso "Kawas Fernández vs. Honduras", emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el

1869. Voto razonado de Sergio García Ramírez en OC/16/99: "El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal". Opinión Consultiva OC-16/99 del 1° de octubre de 1999, serie A N16.

3 de abril de 2009, el tribunal adopta el criterio del *derecho a la prueba*, consolidado en sus precedentes, y afirma que la prueba es un deber del Estado que tiene que investigar donde una víctima pierde la vida. Cuando ello no sucede se viola el debido proceso, sin que sean justificantes los errores, extravíos, demoras e insuficiencias de la investigación practicada.

Se renueva el *derecho a la verdad*, al que más adelante referimos, y cuando se trata sobre violaciones a derechos humanos, es contundente al afirmar que el Estado debe analizar con el mayor cuidado las pruebas disponibles para establecer la existencia de cierta conducta activa u omisiva (atribuible a agentes del Estado o a terceros cuyo comportamiento es imputable a este) y el nexo existente entre aquella y el resultado violatorio de derechos humanos. En esas pruebas se sustentará la decisión judicial.

Es verdad que la Corte Interamericana, habida cuenta de su competencia material y de la misión que le incumbe para la protección de los derechos humanos, no debe sujetarse mecánicamente a los criterios de admisión y valoración de pruebas que prevalecen en el orden penal interno; toda vez que no tiene a su cargo una función penal, y puede y suele aceptar y analizar con mayor libertad los medios de convicción que se le allegan o que ordena *motu proprio*.

Ahora bien, sostiene García Ramírez[1870] que lo anterior no implica que se relativice o reduzca la exigencia probatoria que constituirá –con el correspondiente razonamiento lógico y jurídico– el fundamento de las afirmaciones sobre hechos violatorios de derechos fundamentales, responsabilidad internacional del Estado y consecuencias jurídicas derivadas de aquellos y de esta. La propia Corte –Tribunal de Derecho– se refiere constantemente a las reglas de sana crítica que conducen sus apreciaciones en materia probatoria.

Por ello repite que

> A este respecto no difiere de la que tiene cualquier juzgador que enfrenta la enorme responsabilidad de analizar hechos, no siempre evidentes ni suficientemente acreditados a través de pruebas concluyentes, y adoptar graves determinaciones a partir del material probatorio disponible, adecuadamente valorado. El juzgador se ve en la necesidad de afrontar dudas que naturalmente surgen en el curso del examen que realiza. La solución de estos dilemas reside en la prueba: solo así se remonta la duda.

1870. Voto razonado de Sergio García Ramírez, con respecto a la sentencia de la Corte IDH en el caso "Kawas Fernández vs. Honduras", del 3 de abril de 2009.

Cuando hablo de prueba, me refiero, por supuesto, a medios de convicción –empleo deliberadamente esta palabra: convicción– suficientes para persuadir al juzgador que emite una condena: "prueba suficiente". No digo condena penal; digo, simplemente, condena que se explica en virtud de la comprobación –"convincente"– de ciertos hechos ilícitos, resultado de la actuación, asimismo comprobada, de determinado agente. Obviamente, no pretendo que todos los hechos sujetos a juicio queden establecidos a través de documentos oficiales e indubitables, testimonios unívocos y fidedignos o dictámenes irrefutables. Sería pueril. Acepto la posibilidad y la eficacia de medios indirectos de prueba, a condición de que trasciendan el lindero –a menudo impreciso y elusivo– que separa la prueba suficiente de los datos que no poseen, por sí mismos, esta calidad indispensable.

Desde luego, la convicción es estrictamente personal. Reconozco que cada quien puede llegar a sus propias conclusiones, con absoluta probidad intelectual y serenidad de conciencia, y que estas merecen respeto y consideración, no menores que las que pudieran recibir las conclusiones de signo contrario. Una diferencia de opinión no significa reproche, como lo he manifestado en todos mis votos personales [...] La insuficiencia de prueba por lo que respecta a algún extremo de los hechos alegados es solo eso: insuficiencia. No es, ni remotamente, exoneración.

Capítulo LI
Objeto de la prueba

409. Dudas preliminares

La prueba procesal es un concepto distinto al que supone la etimología de la "voz". Por lo común, todo individuo tiene criterio formado acerca de qué es la prueba: *Probar* es *verificar, confirmar, demostrar*, etc. Es este un concepto suficiente acotado desde un dato tuitivo.[1871] A partir de esta definición inequívoca se colige, entonces, que *la prueba es una actividad*, porque para llegar a demostrar, verificar, etc. resulta necesaria cierta dinámica ejercida en tal sentido.

Inmediatamente se observa algo más: la actividad probatoria necesita de medios que la hagan posible. Estos elementos son los que permiten su realización, y el resultado que alcanzan solo puede valorarse desde la perspectiva del juez que les da lectura. La *apreciación de la prueba* se convierte así en otro punto de trascendencia temática.

En la base de estas cuestiones está el interés de las partes: alguien que reclama un derecho fundado en la norma sobre la cual asienta su proposición; frente a otro que le opone hechos en contrario o simples negaciones que obligan a un laboreo de confrontación y análisis. Bien apunta Serra Domínguez que la prueba requiere siempre dos términos: la proposición a probar y aquella mediante la cual se prueba.[1872]

Cada interés activa un compromiso particular: solo quien formula un hecho y afirma su realización está obligado a demostrarlo (*carga de la prueba*). La técnica probatoria demuestra por qué la prueba es el meollo de todo litigio, al punto de razonarse que los juicios se ganan y se pierden según sea el resultado de la prueba.

Después habrá que ver si el objeto a demostrar o verificar son los hechos o las afirmaciones de las partes, pero en lo inmediato, la conclusión es que la prueba es un concepto esquivo que esconde tras su simpleza

1871. Ramos Méndez, Francisco, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. I, p. 256.

1872. Serra Domínguez, Manuel, *Estudios de derecho procesal*, Barcelona, Ariel, 1969, p. 356.

idiomática un complejo entramado de roles, funciones y objetivos, donde la actividad de las partes y del juez están plenamente ocupadas.

Donde anidan mayores problemas es en que "probar" a través de la verificación, confirmación, demostración, persuasión, entre otros conceptos posibles, no suponen todos lo mismo. Por lo cual, el siguiente interrogante es saber si el objeto preciso de la prueba es reconstruir los hechos para saber la verdad.

Si la respuesta fuera afirmativa, podríamos sostener que es un plan muy ambicioso, desde que constatados los resultados de un proceso cualquiera, es posible encontrar que con la sentencia solo se llega a confirmar una versión muy aproximada a lo que realmente sucedió. Esta deficiencia descubre la utopía de los principios que entronizan la verdad como fin del proceso, para comenzar a distinguir entre una verdad formal y otra verdad material, distinta a la que propició Mittermaier cuando describió los sistemas probatorios.

Guasp, desde esta duplicidad, orienta dos posiciones para la prueba. Una primera, de carácter *sustantivo* o *material*, que mira a la actividad probatoria como una proposición tendiente a demostrar la existencia o inexistencia de un hecho, la verdad o falsedad de una afirmación. La segunda, de carácter *formal* refiere sobre la imposibilidad práctica de alcanzar aquel ideal, sosteniendo, entonces, que la prueba se configura como un mecanismo de fijación formal de los hechos procesales.[1873]

Carnelutti ensayó una definición parecida, al sostener que

> Por proceso probatorio se entiende el proceso para la posición del hecho controvertido según la realidad, y así no puede llamarse a ningún proceso cuyo régimen jurídico prohíba asignarle ese resultado riguroso; o bien por proceso probatorio se entiende el proceso para la posición del hecho controvertido según una fijación normal, y así debe denominarse a todo proceso cuya regulación jurídica lleve a ese resultado, sea cual fuere la manera como esté construida.[1874]

La consistente doctrina de este último, aumentada en fundamentos cuando en gráfica argumentación dijo que la verdad es como el agua, o es pura, o no es verdad; parece cobrar fuerza determinante para lograr

1873. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 345.

1874. Carnelutti, Francesco, *La prueba civil,* con apéndice de Giacomo Primo Augenti (trad. de Alcalá Zamora y Niceto Castillo), *op. cit.*, p. 24.

el convencimiento y consensuar una interpretación común. Sin embargo enfocada la cuestión, se recorta en demasía la función dogmática de la prueba. Si fuera cierta la afirmación de Carnelutti, toda la actividad probatoria quedaría limitada a los hechos controvertidos; descartando la influencia de los sucesos que resultan reconocidos o admitidos, los que con igual entidad incorporan argumentos de convicción.

Para evitar el enfrentamiento conceptual entre verdades formales y materiales, Guasp propuso ver en la prueba una actividad dirigida a convencer psicológicamente al juez con respecto a la existencia o inexistencia, veracidad o falsedad de una afirmación. Concluía así que

> ... la prueba será, por lo tanto, el acto o serie de actos procesales por los que se trate de convencer al juez de la existencia o inexistencia de los datos lógicos que han de tenerse en cuenta en el fallo.[1875]

Esta es una afirmación correcta, pero excesiva en los alcances que le confiere, porque en realidad, toda la actividad humana que participa en el proceso genera situaciones que enlazan demostraciones, certezas, convicciones, etcétera, que inciden en el ánimo del juez. Cada uno de ellos repercute con intensidad variada y desigual reproducción en el hecho que el juez vivencia como pasado, de modo tal que el conocimiento definitivo tiene más de certeza que de verdad.

Emplazados en la verdad como objetivo, deja en pie cómo conseguir esta meta. Para algunos el único camino es el que marcan los *hechos*; pero estos no se prueban porque ya existen; son circunstancias de la realidad que se han producido. Otros afirman que el objeto probatorio está en las afirmaciones de las partes, que refieren a ciertos hechos. En tercería, Carnelutti procuró conciliar ambas posiciones, destacando un objeto mediato (los hechos) y un objeto inmediato (las afirmaciones).[1876]

Morello relativiza la cuestión en estos términos:

> ... lo que importa es que, se llamen hechos o afirmaciones de las realidades que deben probarse, la actividad específica encaminada a ese fin ha de versar sobre el contenido de las alegaciones de las partes, como lógica y necesaria consecuencia del principio dispositivo, sin otras limitaciones que las referidas a los hechos secundarios y a determinados hechos, relativos a los presupuestos procesales que el juez conoce de oficio, así

1875. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 345.

1876. Carnelutti, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil, op. cit.*, T. II, p. 450.

> como a aquellos hechos que legalmente están exentos de prueba a partir de que el proceso es una realidad dinámica; se va haciendo.[1877]

Devis Echandía, agrega que

> Por objeto de la prueba debe entenderse lo que se puede probar, en general, aquello sobre lo que puede recaer la prueba; es una noción puramente objetiva y abstracta, no limitada a los problemas concretos de cada proceso, ni a los intereses o pretensiones de las diversas partes, de idéntica aplicación en actividades procesales y extraprocesales, sean o no jurídicas, es decir que, como la noción misma de la prueba, se extiende a todos los campos de la actividad científica e intelectual.[1878]

Inmersa en tanta confusión, la prueba se debate en busca de coincidencias. Pensamos que ellas pueden encontrase a partir de esta última doctrina. Es decir, emplazar la prueba en un concepto general que capitalice todo el derecho, y delimitar otra vertiente, en la prueba que se ubica en el derecho procesal. En el primer sentido, la prueba se constituye como disciplina que tiende a verificar hechos y actos jurídicos con implicancias y consecuencias para el Derecho. Sería la disciplina que se estudia como "Derecho Probatorio".

Su formulación genérica permite tener como cierta la existencia de tal o cual suceso cuando coinciden los presupuestos que requiere su expresión en derecho. En consecuencia, como apunta Palacio, pueden ser objeto de prueba tanto los hechos del mundo exterior (provengan de la naturaleza o de la acción del hombre), cuanto los estados de la vida anímica humana (*v. gr.* la intención, la voluntad, determinado conocimiento, la conformidad tácita, etc.).[1879]

Trasladado el concepto al campo judicial se pierde la mentada generalidad, porque la prueba se ocupa, ahora, de hechos y actos jurídicos que las partes afirman o niegan, y que han de ser verificados por ellas para fomentar la convicción del juez acerca de la razón que esgrime cada una de las posturas en conflicto.

1877. Morello, Mario Augusto; Sosa, Gualberto Lucas y Berizonce, Roberto Omar, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación, op. cit.*, T. V-A, p. 10.

1878. Devis Echandía, Hernando, *Compendio de las pruebas judiciales*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1984, T. I, p. 89.

1879. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. IV, p. 234.

Como se aprecia, el fin de la prueba judicial será encontrar la verdad o certeza de las alegaciones, a cuyo efecto el objeto de la prueba reposa en ellas (afirmaciones o negaciones) y, aun así, será posible constatar que las mismas afirmaciones encubren casi siempre un juicio de valor que mediatiza el puro hecho.[1880]

La forma como se realiza esta actividad de demostración introduce un capítulo distinto que se preocupa en abordar varios frentes. Uno de ellos es el rol que tiene el juez en la etapa probatoria para deducir el concepto verdadero que se signa al término "averiguar". Inmediatamente, observamos que el destinatario de nuestros esfuerzos tendrá que llegar a cierta convicción para dictar sentencia; para recalar, finalmente, en otra diatriba: ¿qué es lo que debe probarse?

Así continúa el objeto de la prueba en una significativa ambigüedad. En efecto, si como dijimos al principio, el "objeto reposa en las alegaciones", en realidad no son todas las alegaciones, porque solo requieren demostración los hechos que estuviesen controvertidos y fueran conducentes para resolver el tema central del proceso.

La respuesta para esta aparente contrariedad se explica tomando como principio que objeto de prueba son las alegaciones, esto es, todos los hechos que cuentan con una versión a verificarse mediante el procedimiento probatorio. Las cortapisas resultantes de los hechos excluidos de prueba ocupan al tema de la necesidad de ella, porque ciertas afirmaciones pueden estar consentidas o admitidas y, en consecuencia, escapan de la actividad.

Esta cuestión contrae otro contingente que resulta la *carga de la prueba*, o "lo que cada parte tiene interés en probar para obtener éxito en el proceso".[1881]

En síntesis, el objeto de la prueba consiste en un proceso de constatación y confrontación que demuestra la existencia real de un hecho o acto jurídico. Cuando esa actividad se transfiere al proceso judicial, el objeto se limita a las alegaciones que las partes afirman o niegan como soportes de sus respectivas pretensiones. Como el juez, es un tercero imparcial en la litis, no debe investigar supliendo el interés particular (carga) de cada sujeto, pero teniendo siempre en mira que

1880. Ramos Méndez, Francisco, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 531.
1881. Devis Echandía, Hernando, *Compendio de las pruebas judiciales, op. cit.*, T. I, p. 90.

no debe eludir la búsqueda de la verdad; siendo hechos que necesitan probarse, los conducentes y controvertidos, de acuerdo con la clasificación que examinamos más adelante.

410. Necesidad probatoria

La prueba es necesaria cuando los hechos constitutivos de la relación procesal requieren ser verificados ante la diversidad de versiones llegadas al proceso en los escritos de postulación y réplica. Además, no cualquier hecho se prueba, sino los que sean útiles y conducentes para lograr un resultado probatorio; el requisito es que estén incorporados al proceso, sin posibilidad de llegar a ellos por vía de inferencia o deducción.[1882]

El artículo 364, párrafo 1 del Código Procesal de la Nación dice, al respecto, que "no podrán producirse pruebas sino sobre hechos que hayan sido articulados por las partes en sus escritos respectivos".

De todo ello se colige que, en virtud del principio dispositivo que rige en esta materia, el objeto de la prueba se restringe a los hechos afirmados por los litigantes en la debida oportunidad procesal, toda vez que los que no han sido alegados, no pueden ser objeto de acreditación y, por ende, también está vedado al juzgador investigar su existencia. Además, los hechos sobre los que debe recaer la actividad probatoria tienen que invocarse, inexcusablemente, en los escritos constitutivos del proceso o bien aducidos y admitidos oportunamente como hechos nuevos.

La necesidad de prueba en el sistema procesal del proceso por audiencias reglado en el artículo 360 del código procesal trae complicaciones a este enunciado; porque debaten dos líneas argumentales que pueden considerarse enfrentadas.

1882. Para Devis Echandía, por necesidad o tema de la prueba (*thema probandum*) debe entenderse lo que en cada proceso debe ser materia de la actividad probatoria, esto es, los hechos sobre los cuales versa el debate o la cuestión voluntaria planteada y que deben probarse, por constituir el presupuesto de los efectos jurídicos perseguidos por ambas partes, sin cuyo conocimiento el juez no puede decidir; es también una noción *objetiva*, porque no se contempla en ella la persona o parte que debe suministrar la prueba de esos hechos o de alguno de ellos, sino en general el panorama probatorio del proceso, pero *concreta* porque recae sobre hechos determinados (*Teoría General de la Prueba Judicial, op. cit.*, T. I, p. 142).

Aquellos que sostienen que la fijación de los hechos controvertidos es un poder del juez admiten que sea este quien resuelva cuál es la actividad que se debe cumplir; otros, que resisten dicho poder probatorio (aunque sea de proveimiento), dicen que se restringe la libertad y se recorta el derecho de defensa en juicio.

La polémica la dejamos para más adelante, pero la presentación sirve para observar una consecuencia de ella. Si al cierre de la etapa probatoria el juez considera que hay insuficiencia probatoria ¿puede disponer medidas complementarias de prueba cuando la limitación probatoria fue por él dispuesta?

En el nuevo artículo 429, I y II de la Ley de Enjuiciamiento Civil española se establece la posibilidad de que el juez valore la insuficiencia probatoria una vez resuelta la admisión de los medios de prueba propuestos por las partes. Situación que tiene similares alcances.

La doctrina argumenta que

> … en el examen de esta cuestión hay que partir de las posiciones doctrinales y jurisprudenciales, tener presente su ubicación sistemática en el proceso y delimitar el alcance de la expresión legal para enumerar los supuestos en los que el juez podrá poner de manifiesto la insuficiencia probatoria. De otra parte, hay que analizar si esta advertencia ha de realizarse a la parte a la que le incumbe la carga de la prueba del hecho, y si hay que distinguir los supuestos en que las partes actúen asistidas de letrado de aquellos otros en que comparecen sin esta asistencia, así como si puede vulnerarse la imparcialidad del órgano judicial o este puede perder su condición de tercero.[1883]

Las discrepancias que trae la ley española se observan en varias líneas. Una de ellas afirma que no se puede disponer medidas probatorias cuando el juez no conoce bien el proceso, ni puede adivinarse el resultado de las pruebas propuestas; porque el momento sería –como planteamos para el orden federal– cuando tiene que pronunciar el fallo, no antes.

De considerar que hay insuficiencia probatoria estaría prejuzgando, por lo cual existe, a criterio de otros, un manifiesto error haber introducido este precepto, completamente innecesario, toda vez que se trata de un momento procesal claramente inoportuno –ya que no es

1883. Hernández Redondo, José Antonio, "Art. 429, I y II Lec ¿Es el momento adecuado para que el juez valore la insuficiencia probatoria?", en Lluch, Xavier Abel y Picó i Junoy, Joan (coords.), *Problemas actuales de la prueba civil*, Barcelona, Bosch, 2005, p. 279.

fácil que el juzgador, en este instante, pueda saber qué extremos van a quedar acreditados, y cuáles son las pruebas necesarias para ello–, que lo coloca al juez en el lugar de una de las partes.[1884]

Igual oposición tiene Montero Aroca cuando considera que lo pretendido por los reformadores era atribuir al tribunal plenas facultades probatorias, asumiendo con ello "… el mito del juez que debe buscar la llamada verdad material, mito que está inmerso en la más rancia concepción autoritaria del Estado, concepción que incluso puede calificarse de totalitaria".[1885]

De todas formas, la necesidad de prueba se vincula con la posibilidad de juzgar sobre la razón de las afirmaciones. Si no hay prueba no existe posibilidad de sentencia favorable, hecha la excepción de aquella documental que llega al proceso con la demanda y que, por sí sola, es bastante para confirmar el derecho que se pretende.

411. El conocimiento privado del juez

Una cuestión tangencial que aparece dentro del objeto de la prueba dirime el conflicto entre delimitar con precisión si el destino de la verificación de los hechos es necesario cuando el juez tiene conocimiento de los mismos. Es decir, admitiendo, al menos como hipótesis, que con la prueba se persigue persuadir sobre razones y derechos, ¿por qué debiera probarse aquello que el juez ya sabe?

Observaremos oportunamente que la decisión judicial se argumenta sobre grados de convicción alcanzada. De este modo, quien resuelve podrá estar íntimamente convencido; haber conseguido certeza sobre los hechos; o estar persuadido por la actividad realizada por las partes. Pero al mismo tiempo, esa influencia de la producción por otros de la prueba no le impide ni obstruye aplicar en la decisión la experiencia adquirida en el ejercicio de su función.

1884. Sacristán Represa, Guillermo, "Cuatro consideraciones no muy extensas sobre la LEC de 2000", en *Revista Jueces para la Democracia*, N° 40, p. 33; Hernández Redondo, José Antonio, "Art. 429, I y II Lec ¿Es el momento adecuado para que el juez valore la insuficiencia probatoria?", *op. cit.*, p. 280.

1885. Montero Aroca, Juan, "Procedimiento probatorio (La grandeza de la sumisión a la ley procesal)", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, N° VII, 2000, pp. 288/289.

Pero experiencia no es conocimiento personal, en el sentido de autorizar un eventual relevo probatorio. Las máximas de las experiencias personales son aquellas que tiene quien ejerce el oficio y ese saber interno no es discutible en la etapa; es más, solamente se podría atacar con los recursos si el saber aplicado se considera incorrecto o absurdo. En la práctica es cierta la afirmación dicha por Bonnier que el juez no aprecia lo que conoce como hombre, sino lo que percibe como juez[1886], mas no podría sustentar el fallo con la sola convicción de su experiencia.

La notoriedad judicial consiste en aquellos hechos habidos por el juez en ejercicio de sus funciones, hechos que no pertenecen a su saber privado, ya que él no los adquiere como particular, sino como juez dentro de la esfera de sus funciones. Como magistrado recepta una serie de hechos que tienen lugar en el tribunal donde presta su magisterio, y por supuesto, ello no es objeto de prueba.

Ahora bien, el llamado hecho notorio judicial (por oposición al hecho notorio general) es distinto al que Stein señala como *conocimiento privado del juez*.[1887] En efecto:

> Al lado de los hechos del dominio público que son conocidos por el juez en razón de esa propiedad, hay una segunda e independiente que es la de los hechos cuyo conocimiento es específicamente judicial, es decir, aquellos que consisten en la propia actuación judicial del juez o que han constituido el objeto de su percepción oficial. No se trata de un subtipo de los hechos del dominio público; por una parte porque su conocimiento es puramente individual e infungible y porque tanto da que sean o no conocidos de la generalidad al mismo tiempo; por otra parte, porque la fuente de conocimiento del juez no es, en este caso irrelevante, ya que sus actuaciones y percepciones no oficiales no son en cuanto tales susceptibles de constituir o engendrar un conocimiento específicamente [...]. Los hechos de conocimiento específicamente judicial tampoco necesitan ser probados; lo que el tribunal adquiere como resultado de la prueba con plena conciencia de su responsabilidad en la situación de receptor oficial de la prueba y generalmente bajo el control que permite la contradictoria configuración de nuestro proceso eso debe servir a los

1886. Bonnier, Eduoard Louis Joseph, *Tratado teórico-práctico de las pruebas en Derecho civil y penal* (trad. de José Vicente y Caravantes), Madrid, Revista de Legislación y Jurisprudencia, 1869, T. I, p. 265.

1887. Stein, Friedrich, *El conocimiento privado del juez*, Bogotá, Temis, 1999, p. 191 y ss.

> jueces de una vez y por todas como parte integrante de su saber y de ello pueden estar convencidos sin necesidad de repetir la prueba.

Pero cuando el juez toma conocimiento indirecto de un caso sobre el que debe juzgar (*v. gr.* fue testigo del accidente de tránsito) la adquisición de los hechos le hace perder imparcialidad en la regla del contradictorio; y mucho más afecta la garantía de independencia funcional al estar persuadido sin necesidad de prueba de las partes, sobre cómo ocurrieron los hechos.

Devis Echandía instala en el principio de necesidad de la prueba, el de la *prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez sobre los hechos*. Refiere este principio a la necesidad de que los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión judicial, estén demostrados con pruebas aportadas al proceso por cualquiera de los interesados o por el juez, si este tiene facultades, sin que dicho funcionario pueda suplirlas con el conocimiento personal (juez testigo) o privado (juez que cuenta con otra profesión que le da experticia y se relaciona con la causa que debe juzgar) que tenga sobre ellos, porque sería desconocer la publicidad y la contradicción indispensable para la validez de todo medio probatorio.

Agrega el maestro colombiano que

> Algunos han creído que este principio es consecuencia del sistema de la tarifa legal o de la prueba legal (que no es lo mismo); por otra parte, al sistema de la libre apreciación por el juez le formulan la objeción de que permitiría utilizar sus conocimientos privados sobre los hechos, violando los principios que acabamos de mencionar. Pero esto no es cierto: la libertad de apreciación e inclusive la libertad de medios de prueba (la primera puede existir sin la segunda), no implican que los hechos puedan fijarse en el proceso por el conocimiento personal del juez, sin que exista medio alguno de prueba que los demuestre, ni la prohibición de usar ese conocimiento privado limita en absoluto la libre apreciación ni la libertad de medios en donde se han consagrado. Este principio representa una inapreciable garantía para la libertad y los derechos del individuo, que de otra manera estarían en manos de jueces parciales y a merced de decisiones que no podrían ser revisadas por el superior.[1888]

1888. Devis Echandía, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial, op. cit.*, T. I, p. 115.

412. Diferencias entre objeto y necesidad de la prueba

A tenor de lo expuesto se colige que la prueba no se reduce a la actividad, que en todo caso, está presente en la necesidad de producirla o actuarla, como se dice en otras legislaciones (*v. gr.* colombiana). Por eso, siguiendo las posibilidades que presentamos en el objeto de verificación, claramente se advierte que no puede quedar circunscrito a los hechos controvertidos, sino a todos aquellos que exigen quedar demostrados con el fin de alcanzar plenitud y certeza. La circunstancia de que un hecho determinado no necesite de prueba, explica Devis Echandía, no significa que ese hecho no pueda ser objeto de prueba judicial; y más claro aparece todavía que si una de las partes no necesita probar cierto hecho, ello no quiere decir que la otra tampoco deba probarlo, ni que ese hecho no forme parte del tema probatorio general de ese proceso, y mucho menos que no pueda ser objeto de prueba.[1889]

De este modo, el objeto es una finalidad que admite teorizar sobre aquello que se quiere conseguir (*v. gr.* el objeto es la verdad; la certidumbre; la persuasión del juez; la certidumbre objetiva; la fijación de los hechos, etc.); mientras que la necesidad es producto de los hechos, tal como se deducen y presentan en el juicio.

Conforme con el artículo 359 del ordenamiento procesal "... si se hubieren alegado hechos conducentes acerca de las cuales no hubiese conformidad entre las partes, aunque estas no lo pidan, el juez recibirá la causa a prueba...". De su parte, el artículo 356, inciso 1º del mismo cuerpo legal establece la carga de "reconocer o negar categóricamente cada uno de los hechos expuestos en la demanda...", otorgando al silencio, a las respuestas evasivas, o bien, a la negativa meramente general, el carácter de "reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos a que se refieran".

Del juego de estas normas se desprende que son materia de prueba las afirmaciones referidas a hechos que son *controvertidos* y *conducentes*. De este modo son hechos alegados, los que fueron introducidos en los escritos constitutivos de demanda, reconvención y sus contestaciones; sin perjuicio de aquellos que se agreguen como "hechos nuevos".

1889. Ibídem, pp. 144/145.

Genéricamente estos son objeto de prueba cuando están controvertidos, es decir, afirmados por una parte y negados o desconocidos por la otra. Son conducentes, esto es, pertinentes y útiles, porque inciden con suficiente importancia en el curso de la litis; sin adquirir esta calidad los que, estando contrapuestos no llevan mérito suficiente para alterar el contenido hipotético del pronunciamiento definitivo.

En estas cuestiones la pauta la marcan los escritos de postulación y réplica, porque de allí surgirán los presupuestos fácticos de la norma que se invoca como fundamento de la pretensión, defensa o excepción. Estos hechos podrán denominarse relevantes o esenciales, y la prueba será necesaria cuando de la verificación depende la convicción que el juez puede conseguir.

En sentido contrario, se puede prescindir de producir la prueba que no es esencial, e inclusive estando pendiente de agregación al expediente, el juez puede dictar sentencia sin considerarla, sin perjuicio de estarse a ella en segunda instancia si fuese agregada cuando la causa se encontrare en la alzada, salvo si hubiere mediado declaración de caducidad por negligencia (artículo 373, código procesal).

Junto a estos hechos evidentes o de fácil demostración por tener medios adecuados para verificarlos, existen otros hechos que completan el cuadro de afirmaciones pero que se dan en la línea de los signos y posibilidades. Son los *indicios*, definidos como: "expresión o función sígnica que tiene un fundamento objetivo independiente del sujeto que lo interpreta y guarda una conexión natural con el objeto a quien sustituye o representa".[1890] En ellos la prueba se da como resultado de la valoración.

En suma, la diferencia entre tener un objeto a probar puede referir a una meta de contenido ideal, abstracto, si se prefiere el término; mientras que la *necesidad* es un producto concreto que Florián llama "aptitud procesal de la prueba".[1891] Criterio que también sigue Silva

1890. Muñoz Sabate, Luis, "Introducción a una semiótica probática (ciencias de los indicios)", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, N° 1, Madrid, 1980, p. 171.

1891. Florián, Eugenio, *Delle prove penali*, Milano, Istituto editoriale Cisalpino, 1961, p. 42. Cuando este autor hace referencia al objeto de la prueba en concreto, se contemplan los requisitos de la prueba en relación a un caso particular, y entonces ya no son pertinentes todos los hechos que en abstracto pueden ser objeto de prueba, pues opera un requisito limitativo: el hecho debe ser pertinente y concluyente (relevante) en relación con los fines del proceso en un caso concreto. Insinúa que ha de estudiarse además lo que debe probarse en cada proceso, la prueba que se considere necesaria, y

Melero al sostener que la prueba en abstracto supone todo aquello que es susceptible de prueba; mientras que lo *concreto* se reduce al tema probatorio del proceso,[1892] es decir, que el objeto podría estar fuera del litigio particular y configurar un principio; mientras que la necesidad es propia del proceso respectivo.

413. Los hechos y la prueba

El proceso judicial se construye con hechos, lo que no debe significar que la prueba se tenga que reducir a la simpleza de la alegación y controversia, es decir, aunque el territorio de la contradicción sea el motivo de la actividad a desarrollar por las partes persiguiendo confirmar sus versiones o demostrar sus razones; también son hechos, en sentido jurídico, todas las actitudes humanas, los sucesos o acontecimientos, voluntarios e involuntarios, individuales o colectivos, que sean perceptibles; inclusive, como agrega Devis Echandía, las simples palabras pronunciadas, sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, y el juicio o calificación que de ellos se tenga.

En la idea del jurista también son hechos los que provienen de la naturaleza en que no interviene la actividad humana; y las cosas o los objetos materiales, cualquiera sea su realidad material, sean o no producto del hombre, incluyendo los documentos. También lo son los estados físicos de la persona, incluyendo el conocimiento de algo, cierta intención o voluntad y el consentimiento tácito o la conformidad, siempre que no implique una conducta humana apreciable en razón de hechos externos.[1893]

Con la amplitud de mirada hacia todo lo que significa probar hechos, cabe tener en cuenta la influencia habida en el sistema procesal. Por ejemplo, la carga de la prueba es sinónimo en el primer apartado de la regla (art. 377, Código Procesal) de tener que verificar

más adelante, trata de los hechos exentos de prueba (los no discutidos por las partes; y los notorios en general) y de la libertad del objeto de prueba, como principio general, que tiene sólo las excepciones consagradas en la ley (cfr. Devis Echandía, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial, op. cit.*, T. I, p. 147).

1892. Silva Melero, Valentín, *La prueba procesal, op. cit.*, p. 40.

1893. Devis Echandía, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial, op. cit.*, T. I, p. 159.

la existencia del hecho que se controvierte; pero a párrafo siguiente se agrega el deber de probar el presupuesto de hecho de la norma que se invoca, objetivo que no se puede lograr si no es a través de una dimensión completa del problema probatorio.

Recordemos la incidencia de Rosenberg en dicho precepto, de allí que tengamos que sostener como él que el tema de la prueba, en cada proceso, está formado en general por todos los hechos previstos en las normas jurídicas para que surjan sus efectos (pretensión o excepción), es decir, que con ello se persigue demostrarle al juez que el supuesto concreto de hecho que se le ha planteado corresponde precisamente al que en forma abstracta se contempla en la norma general o que está en desacuerdo con este, para reconocer que se han producido determinados efectos jurídicos que reclama el demandante o, por el contrario, para negarlos o para declarar probada la excepción del demandado que extinguió, o modificó, o simplemente suspendió tales efectos.[1894]

La relación que ofrecen las afirmaciones (versiones) con los postulados jurídicos (el presupuesto que determina el funcionamiento de la norma que hace al derecho de acción o de defensa) contrae así una dificultad notoria, porque el código procesal sostiene que la prueba versa sobre los hechos articulados por las partes en sus respectivos escritos (art. 364), los que deberán probarse cuando sean conducentes y en la medida que no sean inútiles o superfluos (ver la articulación entre los arts. 359 y 364 del Código Procesal).

Supongamos que se afirma que alguien es responsable de un hecho ilícito. Esto en materia de prueba significa atribuir al acto humano una responsabilidad emergente, vale decir, primero habrá que probar la realización del hecho y después acreditar que tal conducta coincide con el presupuesto normativo que lleva a calificar de ilícita a la misma.

Estos son hechos que han sucedido, pero también se puede afirmar que hay otros que importan la necesidad de actuar preventivamente, en cuyo supuesto, aún no hay hecho y, sin embargo, el deber de probar sigue presente, quedando de manifiesto que en la prueba no se trata de acreditar el modo, tiempo y lugar donde ocurre un suceso,

1894. Rosenberg, Leo, *Derecho Procesal Civil*, trad. de Ángela Romera, *op. cit.*, T. II, p. 210; cfr. Devis Echandía, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, *op. cit.*, T. I, p. 161.

sino también, la razonabilidad del juicio personal que postula quien promueve la demanda o resiste la pretensión.[1895]

Si vemos cómo funciona nuestro sistema probatorio aparece claro que los hechos afirmados y controvertidos se deben probar. Es esta una regla propia del principio de la carga de la prueba, y un elemento común del sistema procesal. Para encontrar (fijar) los hechos que son motivo de prueba es menester analizar el mecanismo de aportación al proceso y el desarrollo que ellos tienen.

413.1 La presentación de los hechos

Hay dos teorías acerca de cómo se deben expresar los hechos que fundamentan la pretensión, que dependen en realidad de la exigencia que se tenga respecto del objeto procesal. Es decir, mientras la *teoría de la sustanciación* pretende que la demanda contenga una exposición detallada de los hechos que se vinculan con el derecho que se afirma existente; la *teoría de la individualización* sostiene que solamente se debe indicar la relación jurídica que individualiza la acción (compraventa, locación, etc.) para que sea el juez quien aplique el derecho consecuente.

Para Alsina el mejor sistema es el primero, porque le permite al magistrado calificar la acción de acuerdo con lo que surge de los hechos expuestos, con prescindencia de la calificación que de ellas hagan las partes.[1896] En esta senda se plantea el deber de exponer toda

1895. Explica Devis Echandía que "... ha existido una interesante controversia acerca de si pueden ser objeto de prueba judicial los juicios que las personas (testigos, peritos, partes) tengan sobre los hechos, entendiéndose estos en la forma general y amplia que se propicia. Son tres las posiciones adoptadas a este respecto: a) la de quienes consideran que se trata de cuestiones no sólo independientes, sino opuestas, y que la prueba solamente puede recaer sobre hechos, nunca sobre juicios; b) la de quienes aceptan también que se trata de cuestiones separadas, pero no contrapuestas, y consideran que ambos pueden ser objeto de prueba en forma independiente; c) la de quienes estiman que, dada la manera como los hechos son aducidos al proceso mediante los diversos medios de prueba, es imposible separar el hecho del juicio que sobre él se tenga y, por lo tanto, se trata de dos aspectos interdependientes y complementarios del objeto de la prueba" (Devis Echandía, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, *op. cit.*, T. I, p. 166).

1896. Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, *op. cit.*, T. III –Juicio ordinario–, p. 35. Sostiene también que la exposición de los hechos debe limitarse a lo necesario para la calificación de la acción, excluyéndose todos aquellos que no tuvieran vinculación con ella, pero cuidando de no omitir los que tuvieran alguna relación aunque sea indirecta o que de cualquier manera pudieran influir en

la verdad, o la posibilidad de recortar los hechos a la enunciación de los convenientes.[1897]

Ante la duda sobre qué camino seguir, la conducta de las partes se podrá considerar como un deber de colaboración, una carga procesal o una obligación de carácter sustantivo cuando el imperativo a cumplir consiste en una disposición de ese contenido (v. gr. si al contestar la demanda se responde dolosamente –con la intención de perjudicar los intereses del peticionante–, existirá responsabilidad objetiva –civil– por el daño ocasionado). En lo expuesto, debe mencionarse que los principios de lealtad, probidad y buena fe coronan las actitudes que postergan en lo inmediato el deber de veracidad.

Una compleja situación se ofrece con los abogados o representantes legales, a quienes se les impone hipotéticamente resolver si sus deberes de cooperación y honestidad hacia la jurisdicción han de ser cubiertos cuando ellos se oponen a los intereses de sus clientes. En general la situación se presenta como un postulado deontológico, proclamando el deber de veracidad de los abogados.

Pero cualquiera sea el modelo, la verdad vuelve al viejo aforismo latino *quod non est in proceso non est in mundo*, el que aunque pueda parecer hiperbólico a primera vista, no lo es en absoluto porque determina

---

la resolución final. Cuando se pida el reconocimiento de la obligación de abonar una indemnización, bastará que se expongan los hechos en que la pretensión se funda; pero, si además se pide el pago de la indemnización, habrá que exponer los hechos que puedan influir en la determinación de su monto (p. 37).

1897. Con relación a los primeros –dice Peyrano–, subsiste la polémica para determinar si, en oportunidad de invocarse las circunstancias fácticas, estas deben complementar una acabada descripción del suceso, sin quitar ni recortar motivos que empeoren o dificulten la situación del exponente (*Los hechos secundarios del proceso civil, op. cit.*, p. 154). Grossmann participa de la opinión por la cual debe sancionarse la ocultación de hechos cuyo conocimiento resulta indispensable para la claridad y dilucidación de la litis. A su criterio, el silencio debe considerarse como contrario a la verdad; tanto él como la declaración incompleta, o ambigua, agravan el deber en comentario. Esta veracidad –agrega– "se exige no solamente con respecto a los hechos controvertidos, sino igualmente a los hechos indiscutidos que el juez debe aceptar, en general, sin previo examen alguno", estableciendo solo una restricción: "La exigencia de la veracidad, con inclusión de los hechos no discutidos, deja intacto el derecho del litigante de abstenerse de la impugnación de las alegaciones hechas por la parte contraria, sea que fueran verídicos o no. La parte no es obligada a declarar, pudiéndose hacer condenar en rebeldía, si lo prefiere a la intervención activa en el juicio" (Grossmann, Kaethe, "El deber de veracidad de las partes litigantes en los juicios civiles", *op. cit.*).

la sutileza del juego procesal en orden al deber de probar aquello que se afirma o alega. Luego, la aplicación del derecho al caso concreto, tiene que buscar la confirmación del presupuesto normativo. Por tanto, no solo hay que tener razón sino además demostrarlo.

413.2 El aporte de los hechos

El principio de "aportación de parte" significa que es potestad de cada litigante indicar los hechos sobre los que recaerá el objeto del proceso. Esto radica en el principio dispositivo aunque no quieren decir lo mismo. Mientras uno se vincula con el tiempo y las personas que pueden requerir la tutela jurisdiccional; el segundo se relaciona con la autonomía de las partes para llevar al proceso los hechos y las pruebas de que intenten valerse.[1898]

Recordemos que lo dispositivo del proceso se vincula con el "principio de oportunidad", el cual tiene consignas diferentes según el interés comprometido sea público o privado. Cuando son del primer tipo se aplica el principio de necesidad y cabe la actuación de oficio; mientras que los intereses privados son de exclusiva pertenencia del titular a quien se le atribuye el derecho subjetivo y la voluntad para actuar.

Con el aporte de los hechos se abre un debate diferente, porque a pesar de que el marco cognoscitivo lo llevan al proceso las partes mediante sus respectivas alegaciones, es probable que el juez tome conocimiento de hechos que graviten en la causa que decide y procure confirmarlos con prueba por él dispuesta (art. 452, Cód. Proc.).

Muda así el rol de espectador neutral de las versiones expuestas para asumir la conducción del proceso donde quiere la verdad. Es el deber de esclarecer la verdad de los hechos controvertidos a que alude el artículo 36, inciso 4 del Código Procesal.

1898. En este sentido compartimos con Montero Aroca que "... tradicionalmente dentro del principio dispositivo se han venido confundiendo dos principios distintos, aunque complementarios: el principio dispositivo en sentido estricto, esto es, la disponibilidad que las partes tienen sobre el interés privado y la conveniencia o no de acudir al órgano jurisdiccional pretendiendo su satisfacción y, en segundo lugar, el principio de aportación de parte, por el que las partes tienen también el monopolio de aportar al proceso los elementos de hecho y los medios de prueba" (*Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 63).

Es también la variable que asume la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, con los poderes que se reportan en dos artículos: el 429.1, II y el 435.2. El primero de ellos dispone, para la audiencia previa al juicio y tras la proposición y admisión de prueba, que

> … cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas, cuya práctica considere conveniente. En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal.

A su vez, el artículo 435.2 LEC refiriéndose a las diligencias finales dispone que

> Excepcionalmente el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos. En este caso en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos.

414. Los tipos de hechos

Todo este prolegómeno viene a cuento por el problema de identificar los hechos a que nos estamos refiriendo. Ocurre que los hechos procesales no son iguales a los hechos comunes. Tampoco se relacionan con los hechos jurídicos, porque cada uno tiene una repercusión e importancia diferente. La distancia se profundiza cuando se pretende encontrar una clasificación de ellos tomados desde los que el Código Procesal menciona.

Por ejemplo, la afirmación de cómo ocurrieron las cosas que se demandan tiene importancia para fijar la competencia; estos *hechos conocidos* son determinantes para saber la causa de recusación por ene-

mistad, odio o resentimiento; si esos *hechos* son *reconocidos* habrá que hacer lugar a la recusación con causa; sin olvidar que estas causales obligan a la *exactitud de los hechos*, para lograr esclarecer la verdad de los *hechos controvertidos*. También se mencionan *hechos ficticios* o *irreales* para definir la conducta temeraria o maliciosa. Hay *hechos urgentes* que facilitan la presentación del gestor procesal.

En el juego sofista que el sistema procesal propone, existe una presunción de verdad sobre los *hechos lícitos* a que la demanda se refiera, cuando la parte debidamente notificada no responde adecuadamente. O bien, cuando no contesta la demanda, agregándose aquí un reconocimiento sobre los *hechos pertinentes*.

Siguiendo el orden de aparición en el código, la prueba en la rebeldía –aunque contingente– obliga al esclarecimiento de la verdad sobre los hechos.

Así mencionados, sin ningún otro aditamento, se enuncian en el beneficio de litigar sin gastos que solamente indica los hechos expresados y la falsedad de los mismos que llevan a una multa procesal por violentar el principio de actuar con lealtad y buena fe.

La sentencia se debe pronunciar sobre los *hechos reales* y *probados* y haciendo mérito sobre los hechos *controvertidos, modificativos* y *extintivos*.

También hay *hechos nuevos* y *nuevos hechos*. Existen *hechos* en los incidentes y *hechos controvertidos* en el recurso de reposición que puede tomar el trámite de los incidentes.

Tangencialmente, en la etapa probatoria, se encuentran *hechos que no fueron objeto de prueba* en la confesión, los que se pueden replantear con el recurso de apelación.

Hay *hechos anteriores* y *posteriores* que se ponen como extensión y límites para la potestad jurisdiccional. Otros *hechos* se tienen por *ciertos* cuando no se responden en forma asertiva; y existen otros que se deben fundar, explicados claramente al tiempo de redactar la demanda. Los hechos *que no se invocan en la demanda* y después se agregan en las contestaciones pueden ampliar la prueba documental del actor.

Como regla o pauta común, el objeto de la prueba son los *hechos controvertidos*, siempre que no estén *admitidos* o *reconocidos*, en cuyo caso los que sean *pertinentes* y *lícitos* quedarán fuera de la obligación a verificar.

Los hechos deben ser expuestos con *claridad*. Para encontrar como objeto de la audiencia preliminar a los *hechos conducentes*, en los

cuales no hay conformidad entre las partes; los *hechos articulados* que sean *conducentes* se fijarán a los fines probatorios, de manera que, tal como reza el artículo 364, la prueba únicamente versará sobre los *hechos articulados*. Algunos más se presentan con un marco de inseguridad respecto a su categoría, como la referencia a los *hechos* que están en contraposición al *hecho nuevo*.

Luego, en cada medio de prueba, tiene repercusiones distintas. En la prueba informativa son objeto de la misma los *hechos concretos, claramente individualizados* y *controvertidos*; deben ser *hechos* que surjan de la documentación, y que se han de responder como *hechos ajustados* a lo que se requiere en el medio probatorio.

En la prueba de confesión, se habla de *hechos* donde se haya intervenido personalmente, o realizado en nombre de sus mandantes, para poder deponer en nombre de una persona jurídica representada. Aquí se encuentra, una vez más, la mención a los *hechos anteriores*. Las consecuencias sobre la *ignorancia de los hechos* que debiera conocer por la calidad invocada al representar son un efecto de la absolución de posiciones.

Otra vez están los *hechos* que se tienen por *ciertos* cuando en la prueba de confesión prestada por el Estado no se satisface en tiempo o con plenitud respecto a lo solicitado.

Hay *hechos personales* sobre los que debe contestar en la prueba de posiciones. Suceden *hechos que no se pueden probar* por expresa disposición legal, o por estar prohibida su investigación. Se clasifican algunos (en la prueba confesional) como hechos impeditivos, modificativos y extintivos. En la prueba pericial se indican *hechos* que deben *explicarse*; mientras que en la testimonial se enuncian los *hechos gravitantes*.

La prueba pericial asume que el objeto son los *hechos controvertidos* que necesitan *explicarse* por tener quien lo haga conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada. También encontramos *hechos a reconstruir* en el reconocimiento judicial.

En la prueba pendiente de producción suele dividirse el espacio entre *hechos esenciales* y *no esenciales*, para poder clausurar la etapa y permitir una agregación extemporánea.

En el arbitraje se repiten algunos conceptos, surgiendo otra vez *hechos posteriores* a la sentencia o laudo; y las demás menciones indicadas.

Hay *hechos confesados, hechos consolidados* que no se pueden controvertir (en los interdictos); *hechos* que se acreditan con las constancias

médicas en la declaración de demencia; hay *hechos determinados* para acreditar la enemistad manifiesta con el amigable componedor, y finalmente se castiga la *ocultación de hechos* en el juicio de desalojo.

En fin, la profusión de adjetivos que toman los hechos en general obliga a tener que aclarar cuáles son, de todos ellos, los que deben ser expresados con la verdad, teniendo en cuenta que son estos a los que queremos apuntar el objeto de este comentario.

Recuerda Goldschmidt que el fin de la prueba es lograr el convencimiento del juez; siendo la verdad que se persigue solo relativa, es decir, simple verosimilitud; por eso el tema probatorio es siempre una afirmación de hecho.[1899]

Dado que la variedad de los hechos ajenos y anteriores al proceso, como los vinculados y contemporáneos al mismo, son de múltiples expresiones, suelen clasificarse por su incidencia en:

a. *Hechos constitutivos* (o formativos de la relación jurídica procesal);
b. Hechos modificativos (o que incitan una transformación de la realidad de acuerdo con el relato que se haga al contestar la demanda);
c. Hechos extintivos (o cancelatorios de la situación jurídica).[1900]

415. Clasificación de los hechos

El proceso civil se rige en nuestro sistema por el principio dispositivo, según el cual, la instancia se inicia y desarrolla a pedido de parte (*nemo iudex sine actore*); es el actor, en principio, quien aporta los hechos y ofrece la prueba para demostrarlos; también, le corresponde al demandado resistir la versión que trae el demandante, afirmando otros hechos, modificando los expuestos con una versión distinta, u oponiendo excepciones que impidan, obstaculicen o extingan la procedencia de la pretensión, provocando en cada actitud un efecto singular.

Estos hechos que enunciamos en el punto anterior son *constitutivos* porque la causa de pedir la presenta el actor, aunque son

1899. Goldschmidt, James, *Derecho Procesal Civil*, Barcelona, Labor, 1936, p. 256.
1900. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. I (Teoría General del Derecho Procesal), pp. 421/422.

también constitutivas las razones que tiene el demandado para oponerse; son hechos *modificativos* los que dan una versión diferente a la que se afirma en la demanda; son *extintivos* los que cancelan inmediatamente la procedencia del reclamo (*v. gr.* el pago documentado); y son *impeditivos* aquellos que alegan una causa jurídica que posterga el comienzo de la etapa probatoria por faltarle un elemento necesario para la debida integración del proceso (*v. gr.* falta de legitimación; nulidades; excepciones; etc.).

Sin embargo, estos hechos no son los que determinan el objeto probatorio, toda vez que en la mentalidad del legislador continúa la idea de ver al litigio como una lucha entre partes con derechos contrapuestos, de tal forma que solo los hechos donde exista esa contradicción deben ser probados, pues los que no se alegan, se admiten o reconocen, estarán fuera de la necesidad probatoria porque respecto a ellos no hay controversia.

Además, hay hechos que por sus características quedan exentos de prueba, los que dependen de la discrecionalidad judicial que los puede nomenclar como hechos *impertinentes*, *inoficiosos* o *inconducentes*. Lo mismo sucede con los hechos cuya prueba está prohibida por la ley (*v. gr.* prueba de testigos cuando se impugna el contenido de un documento que se dio en blanco, etc.); o que se presumen conocidos por su *notoriedad* o *habitualidad* del suceso; o por ser simplemente *hechos normales*.

Con tal precisión los hechos se clasifican en:

a. *Hechos alegados* que son neutros en relación con el objeto de la prueba, porque se refieren a la simple enunciación de circunstancias, sin que ninguno tenga más explicación que el suceso ocurrido. Son importantes para el sistema escriturario porque el hecho que no se escribe y describe, no está en el proceso y, por eso, queda fuera de toda posibilidad de confirmación o negación. Se relacionan con los *hechos articulados; hechos relatados; hechos expuestos; hechos concretos e individualizados; hechos explicados*, que se enunciaron al comenzar el trabajo.
b. *Hechos afirmados* son los que obtienen en el relato una versión determinada. Se vinculan con aquellos que el Código indica como *hechos exactos, hechos verdaderos, hechos reales, hechos fundados, hechos explicados claramente*, entre otros. Hay en esta categoría una zona gris con los llamados *hechos negativos*, que

son en realidad hechos que se afirman a partir de una negación (*v. gr.* no le presté el dinero reclamado; no tengo la cosa cuya restitución persigue, etc.), y que por lo implícito que contienen, deben ser probados por quien los expone.

c. *Hechos controvertidos* o afirmados por una parte y negados por la otra; son los que más veces se enuncian en el Código, demostrando claramente que son el objeto principal de la prueba.
d. *Hechos conducentes* o necesarios para la solución de la diversidad de problemas que el conflicto judicial debe resolver. No basta con el carácter controversial del hecho para que deba probarse, es necesario que se complemente con la conducencia o utilidad probatoria. La conducencia se relaciona con otros hechos enumerados como *necesarios, esenciales, superfluos, gravitantes,* o *trascendentes*.
e. *Hechos pertinentes* que se vinculan con la necesidad probatoria y con la posibilidad de quedar admitidos o reconocidos. Su antónimo, el *hecho impertinente*, no es objeto de prueba, porque está prohibido por la ley, o por interpretarse que es formalmente improcedente (arts. 414, 442, Cód. Proc.). Se ligan con los *hechos que no afectan la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o que no estén expresamente prohibidos para el caso* (art. 378, Cód. Proc.); también con los *hechos* que deben probar el *presupuesto* que funda la aplicación de un derecho determinado (art. 377, párr. 2, Cód. Proc.).
f. *Hechos lícitos* e *ilícitos*. Esta es una división poco referida en el Código, pero de suprema importancia para la prueba porque el artículo 356, inciso 1, Código Procesal, solamente involucra en la posibilidad de tener por reconocidos, los hechos *pertinentes* y *lícitos* que no se contesten expresa y categóricamente, o directamente se omitan con el silencio, o bajo respuestas evasivas o con una negativa meramente general.
g. Consecuencia de las actitudes del demandado son los *hechos admitidos* o *reconocidos*. La presencia efectiva de un contradictor expone claramente la voluntad del acto, por eso, puede decirse que un *hecho está reconocido* cuando quien contesta la demanda no niega todos y cada uno de los argumentos del actor. Mientras que la incomparecencia necesita esclarecer los

efectos subsiguientes, según el proceso continúe en ausencia o rebeldía, a petición del interesado. Sin embargo, tanto el *reconocimiento* como la *admisión* son actos propios del derecho antes que de los hechos.

416. Los hechos y la prueba en los procesos por audiencias

Prácticamente todo el conjunto de normas y principios que se han desarrollado esquemáticamente, piensan y se aplican al procedimiento escriturario. De igual modo, se explanan pensando en el principio dispositivo según el cual *iudex debet iudicare secundum allegata et probata* (debe el juez fallar según lo alegado y probado por las partes).

Es un encuadre rígido que establece los hechos con un criterio de posesión, donde cada parte debe verificar, confirmar o demostrar (según los criterios de política procesal que se establezcan para la prueba) los hechos que manifiesta como suyos.

Cada uno tiene su versión, su propia lectura y una singular interpretación sobre los efectos que piden y reclaman al juez como derivados de esa subsunción de hechos en el derecho.

Apuntaba Alcalá Zamora en la obra de Goldschmidt que

> … la finalidad de la prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil española es lograr la convicción de las partes y no la del juez; se restringe en gran medida las facultades del juzgador sobre la misma, hasta el punto de que la misión que le asigna con frecuencia es la de decidir, cuando las partes no se pongan de acuerdo, acerca del recibimiento a prueba.[1901]

De igual alcance es la conclusión que propone Guasp en un estudio clásico sobre el problema que planteamos; sostiene que el fenómeno particular que entabla la relación entre los hechos y la prueba demuestra el entronque del sistema procesal con las prácticas medievales.[1902]

1901. Cfr. Goldschmidt, James, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 263.

1902. Guasp, Jaime, *Juez y hechos en el proceso civil: una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso*, Barcelona, Bosch, 1943; reeditado en Guasp, Jaime, *Estudios jurídicos*, edición al cuidado de Pedro Aragoneses, Madrid, Cívitas, 1996, ps. 279 y ss.

En efecto, la cuestión pareciera centrar en las potestades judiciales que se tienen para interpretar los hechos que las partes alegan sin poder ampliarse el cuadro de circunstancias a otros que, por aplicación de principios y presupuestos preadquiridos, quedarían fuera del ámbito litigioso.

En síntesis, el principio dispositivo afirmaría la soberanía de las partes sobre los hechos, y las potestades judiciales se implementarían, únicamente, para que el juez resuelva el derecho aplicable. Sin embargo, esta relación convierte al proceso en una lucha entre partes donde el deber jurisdiccional es aplicar la ley (*juris - dictio*), estableciendo un vencedor y un derrotado. Prácticamente, volver a esta consigna que en pocas líneas reproduce la máxima: "dadme los hechos que aplicaré el derecho" (*narra mihi factum, dabo tibi ius*) es un contrasentido con el avance hacia un proceso público, en el que las potestades judiciales no pueden quedar postergadas por las alegaciones interesadas de las partes.[1903]

Mucho menos si el análisis proviene de una sustancial modificación en el esquema procedimental federal, que ha desplazado el desarrollo tradicional de los *hechos controvertidos, alegados y conducentes, para dar paso a los hechos fijados en la audiencia preliminar* que inicia la etapa probatoria del actual proceso por audiencias.

No se trata, claro está, de sostener que el objeto probatorio no sean los hechos controvertidos; sino de afirmar que estos hechos pueden

1903. No cabe duda –dice Guasp– de que en último término el complejo material de decisión reunido en un proceso es reductible, en cuanto a los elementos que lo componen, a uno de los grupos fundamentales apuntados: es decir que en esencia está formado por hechos y normas de derecho objetivo. Pero sería erróneo creer que este esquema no contiene sino dos tipos invariables y de fácil identificación y aislamiento. Tal error (el de creer que no existen sino normas jurídicas *puras* y hechos *puros*) es, además, uno de los que han ejercido más nefasto influjo no sólo en la doctrina jurídica sino en la misma evolución jurisprudencial. [...] Ya parece excesivamente simplista reducir el mecanismo racional de los principales actos procesales a un silogismo integrado *tan sólo* por dos premisas y la comparación únicamente puede admitirse a condición de que se haga inmediatamente la salvedad de que cada una de estas premisas pueda estar a su vez integrada por otras figuras lógicas análogas. La "cuestión de hecho" comprende a su vez dos problemas: el de si la ley basándose en una categoría de hechos garantiza un determinado bien; y el de si un hecho determinado, considerado abstractamente, entra en la categoría prevista por la ley. La "cuestión de hecho" consiste en declarar si existen las circunstancias sobre cuya base el juez debe, conforme a la ley, considerar existentes ciertos hechos concretos. (Guasp, Jaime, *Estudios jurídicos, op. cit.*, p. 284).

seleccionarse por el juez para acotarlos a los que interesan para alcanzar la verdad y poder dictar una sentencia útil y efectiva. Por eso, el principio dispositivo que prescribe la inactividad del tribunal se aplica solamente al material de hecho y es, por tanto, de la mayor importancia rehusar incluir en este apartado figuras que lógicamente no encajan en él.[1904]

Han sido muchos los esfuerzos de la doctrina para ahuyentar tradicionales errores de interpretación que observan en la potestad jurisdiccional debidamente aplicada, un caso evidente de autoritarismo judicial. Pareciera, con ello, no comprenderse que hay cuestiones que no necesitan estar alegadas y controvertidas para poder apreciarse por máximas de experiencia, o por reglas derivadas de usos y costumbres, o ejecutables de acuerdo con tradiciones sociales.

El juez que busca la verdad no comete arbitrariedad alguna, porque en la persecución de la eficacia y, en definitiva, la seguridad jurídica, podrá distinguir entre "hechos" y "afirmaciones", para llegar a la conclusión de que solamente los primeros se prueban y los segundos se deducen o interpretan de acuerdo con las constancias de la causa y lo que el mismo magistrado debe procurarse.[1905]

Tampoco se altera la regla de la carga probatoria, tan afincada en el principio de bilateralidad y contradicción, porque la prueba se adquiere en beneficio y detrimento de ambas partes, sin importar quién la aporta ni quién reporta su aplicación.

1904. Ibídem, p. 285.

1905. Lo que hemos de hacer, por tanto, es centrar el estudio sobre cada uno de estos elementos y ver a cuál de ellos cabe aplicar el nombre de "hecho", tomando esta noción en su sentido general –no estrictamente jurídico– pero depurada de todas las imprecisiones que el mismo sentido general le atribuye. En tal sentido, resulta de sumo interés recoger la distinción de Danz entre hecho y afirmación jurídica. No hay que olvidar que Danz se propone en su estudio afirmar conclusiones relacionadas con nuestra tesis y emplea conceptos que nosotros también estamos en la precisión de utilizar. Partiendo de esta idea, la definición que de "hecho" pudiera darse habría de aludir por modo forzoso al concepto de acatamiento, o de lo que no solamente es existente sino que existe en realidad, pero esto sería equivocado. Si quisiéramos hallar la esencia íntima de la realidad en que el hecho consiste, tendríamos acaso que buscarla en la idea de que el hecho es un acaecimiento que tiene dimensiones concretas en el tiempo y en el espacio. La realidad espacio-temporal es una de las notas esenciales del concepto. Una ulterior afirmación de esta para dejar depurada plenamente la noción obligaría a tales digresiones, propias más bien de la Filosofía o de la Teoría General del Derecho (Ibídem, p. 294).

417. Alegaciones sobre los hechos

Dentro de las reformas que se introdujeron en el proceso por audiencias se trajo la innovación que permite oír a las partes sobre las cuestiones articuladas y el derecho que sostienen y argumentan. En la audiencia establecida por el artículo 360 del código procesal podrán fundamentar la procedencia de cada prueba ofrecida.

Sostiene Colerio que este es uno de los más afortunados logros de la reforma, porque

> Aunque parezca obvio, la decisión de fijar los hechos se posibilita y enriquece notablemente con el relato directo de las partes sobre cómo ocurrieron los acontecimientos que llevaron al conflicto. La percepción que puede tener el juez, además de las palabras, del lenguaje corporal de la persona contándole las circunstancias por las que promovió o por las que fue citado a ese proceso, es irremplazable, y la descripción del abogado en los escritos introductorios, como los hechos volcados en un acta por el audiencista, se desdibujan ante esta versión directa de los protagonistas. La oportunidad, además, que tiene el juez en esa ocasión de preguntar alternativamente a ambas partes para aclarar todas aquellas cuestiones fácticas que aparecen como oscuras, contradictorias, y aun otras, que deliberadamente fueron omitidas en los escritos iniciales y que espontáneamente las partes revelan en ese acto. En tales condiciones, la fijación de los hechos es mucho más precisa que en un proceso sin inmediación. También la formación de la convicción del juez sobre cómo sucedieron los hechos tendrá una mayor aproximación a la realidad y facilitará la conciliación, pero aun cuando ello no ocurra, la posterior sentencia se ha de corresponder mucho más con los verdaderos hechos; en consecuencia, tendrá menos de ficción y más de solución justa.[1906]

Para Kielmanovich, el inciso 3 del artículo 360 referido, cuando indica que las partes serán oídas:

> Se refiere a la *oposición y manifestaciones vinculadas con los arts. 361 y 362 del Código Procesal*, aunque nada impide que el juez las interrogue o las escuche sobre otras cuestiones, éste fijará los hechos *articulados* que sean *conducentes* a la decisión del juicio y sobre los cuales versará la prueba, con sujeción a lo que establece el artículo 364 en cuanto al objeto de la prueba.

1906. Colerio, Juan Pedro, en Enrique M. Falcón (coord.), *Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002, pp. 165/166.

> En este sentido, "conducentes" son aquellos hechos "que conducen", esto es, que son "a propósito para algún fin", en el caso, al fin del proceso que es la sentencia [...] y de los cuales "depende el derecho que se pretende", en tanto "la acción se individualiza por los hechos y son los hechos, en realidad, los que determinan la norma".[1907]

1907. Kielmanovich, Jorge, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado, op. cit.*, T. II, p. 610.

Capítulo LII
La verdad y la prueba

418. Introducción

El conflicto entre la verdad y la prueba es un debate abierto desde los orígenes de la ciencia. El interrogante persigue esclarecer cuál es el objeto que tiene la producción probatoria: ¿buscar la verdad? ¿confirmar una versión? ¿determinar los hechos y aplicarle el derecho?, en fin, cada argumento tiene fundamentos muy sólidos.

En realidad, la necesidad de saber si la verdad es un fin para el proceso resulta necesario e ineludible, porque la afirmación lleva a obligaciones consecuentes, tanto de las partes como del juez que interviene; mientras que relativizar dicha finalidad con explicaciones tangenciales supone afincar el objeto en otra dimensión, más técnica o apegada a principios más formales, en los que la verdad se desplaza por la necesidad de resultados.

Nos referimos, en concreto, a la posición de quienes interpretan que el proceso está para resolver controversias y si ello se consigue, no importa cómo se logra ni con qué medios se alcanzan. En cambio, si la verdad es el objetivo de la actividad jurisdiccional, habrá que encontrar los que están obligados a conseguirla.

Son únicamente las partes quienes tienen el deber o la carga de afirmar (alegar) y probar los hechos planteados; y en su caso, analizar si las circunstancias referidas están perentoriamente expuestas a ser reveladas con toda realidad, sea o no favorable, a quien las relata; o en su caso, verificar si se pueden denunciar únicamente los hechos que benefician una determinada posición jurídica.

Cuando se sostiene que los hechos deben ser expuestos con la verdad, no se quiere decir más de lo que ello significa. Ahora, si la versión que se entrega es completa o sucinta, dependerá de la estrategia forense; pero como sea, se tendrá que resolver si la técnica dispuesta concilia con los principios de lealtad y buena fe en el proceso, porque algunos

doctrinarios son proclives a sostener que se viola el debido proceso cuando los hechos no son presentados en toda su dimensión y autenticidad.

En cambio, si al proceso se lo convierte en una lucha entre pretensiones opuestas, donde las versiones se imponen a las verdades, el problema que se plantea deriva en dar un valor a la sentencia que justifica hechos que pueden no ser reales. En su caso, es la cuestión que otros han considerado como la necesidad de disculpar un tipo de "verdad jurídica", que se contrapone con la certeza propia del derecho.

Siendo así, o visto el planteo en la perspectiva de las necesidades que exige el debido proceso, la crisis se produce porque de sostener la verdad jurídica, como distinta de la verdad real, significa tanto como reconocer que los jueces no pueden alcanzar este último objetivo. Por eso, la sentencia que se obtiene tras un procedimiento entre versiones solo justifica la falibilidad del sistema por no ser auténtico.[1908]

419. Prueba y debido proceso

Efectivamente, la prueba puede tener lecturas y enfoques diversos, pero cuando se relaciona con las reglas del debido proceso, el tiempo que nos interesa es el de la actividad, propiamente dicha. Desde ella tendremos que dar nuestra posición respecto a qué deberes y obligaciones existen para deducir la verdad o aplicar solamente el derecho; es obvio además, que los instrumentos (medios de prueba) tienen que evaluarse para saber si todos se podrán utilizar para resolver los objetivos, o si alguno de ellos puede quedar limitado o directamente prohibido cuando se viola una garantía esencial (*v. gr.* el problema de las pruebas ilícitas).

Pero también, el último eslabón de la cadena probatoria, que finaliza en la valoración o apreciación de los medios y del esfuerzo de demostración, no puede quedar solapado, toda vez que depende de la

1908. Sostiene Ferrer Beltrán que, si bien es cierto que la noción de verdad jurídica (o judicial o formal) se introduce en la teoría procesal como una respuesta al problema de la falibilidad del juez en el conocimiento de los hechos ocurridos, también lo es que la asunción posterior de la verdad jurídica como única finalidad de la determinación judicial de los hechos y, por otro lado, la tesis de la constitutividad de la decisión del juez en la determinación de la verdad judicial, convierte a esa decisión en incontrolable racionalmente (Ferrer Beltrán, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 22).

regla o principio que se aplique, para iluminar el campo de probabilidades que lleva a los resultados.

Esto es, que la verdad sea una realidad a probar; o que se use a la verdad como excusa o justificación de un convencimiento particular logrado tras la persuasión de las partes.

En síntesis, cuando se quieren explicar reglas probatorias para todo tipo de procesos habrá que estudiar:

a. ¿Qué tipo de verdad se quiere en el proceso?
b. ¿Tiene reglas para la fase probatoria el proceso?
c. ¿Qué actividad concreta la actividad?, ¿es reconstructiva, confirmatoria de las versiones, fija los hechos alegados?, ¿qué obligaciones tienen las partes y el juez de la causa?
d. La valoración de la prueba ¿tiene reglas y principios que se acomoden a las nuevas consignas del debido proceso?

419.1 La verdad en el proceso

La introducción que luce en el libro de Luigi Battistelli sobre *La mentira ante los Tribunales* es elocuente y marca la desventura y desilusión de quien lo expresa; en la obra se explican las penurias psicológicas y circunstanciales que llevan a mentir como argumento exculpatorio, antes que desarrollar los hechos que las partes proponen en sus escritos postulatorios. Allí dijo Genuzio Bentini:

> La verdad, la legítima, jamás es aquella que se conoce [...]. Me he convencido de que la verdad no entra en la Sala del tribunal ni tampoco en pleito célebre alguno. Ella se ha quedado siempre en las escaleras o en la calle.

La cuestión de la verdad en el proceso tiene larga tradición en las tribunas de la polémica que, orientada únicamente en los límites del proceso, procura resolver si es esta una finalidad o apenas un medio que intercede en la justificación de las sentencias judiciales. Cuando se afirma lo primero, y se confronta el lugar y el material de trabajo, comienzan a mostrarse las dificultades para alcanzar el objetivo.

Las alegaciones son la única fuente para conocer los sucesos; no se pueden incorporar otros hechos que no sean los afirmados por las partes; tampoco se pueden llevar a demostración las cuestiones que no son objeto de prueba, como los acontecimientos reconocidos, admitidos, los que gozan de una presunción, o son notorios, etc. Es decir, los

hechos objeto de la prueba se relacionan solamente con las afirmaciones efectuadas en los escritos de demanda y contestación.

Por otra parte, si el demandado se allana al proceso, o el actor desiste del mismo, no hay nada que probar, y se dictará sentencia resolviendo el caso sin necesidad de saber qué pasó, ni por qué sucedió que se motivara la puesta en marcha del aparato jurisdiccional.

Además, la prueba tiene límites de espacio y de tiempo. La actividad principal se cumple y desarrolla en el expediente y ante los estrados del tribunal; y en un plazo breve y acotado por los principios de concentración y celeridad.

Con esta argamasa se tendrá que modelar una verdad, posiblemente relativa o difusa, la que ha llevado a la ciencia tradicional a dividir entre una verdad jurídica o formal y una verdad auténtica o real. La primera sería la que se obtiene y consigue para el proceso; la restante es la que luce en el mundo de los fenómenos reales.[1909]

En esta línea están quienes afirman que la verdad en el proceso no es lo importante, porque en definitiva, si la controversia supone una lucha entre pasiones encontradas, la función del juez será pacificar esos ánimos en diferencia, o bien, resolver el conflicto entre ambos aplicando el derecho sobre las declaraciones de los hechos.

En definitiva, la sentencia es la máxima expresión de la voluntad del Estado a través de sus jueces, y el convencimiento sobre la justicia del caso trasciende la verdad encontrada.[1910]

1909. Dice Taruffo que hay al menos dos tipos de razones por las que el concepto de verdad de los hechos en el proceso es altamente problemático y produce relevantes complicaciones e incertidumbres en el plano de la definición del papel de la prueba en el proceso. El primer tipo de razones hace referencia a la relación que se establece entre la idea de una verdad "judicial" o "procesal" especial, y la idea o las ideas que se tienen fuera del proceso. Esencialmente se trata de saber si hay identidad o analogía entre estas concepciones de la verdad o bien si la verdad en el proceso es realmente particular o especial y, en tal caso, cuáles son las razones de ello y las formas en que aquella es particular o especial. La cuestión se complica ulteriormente por el hecho de que no es fácil en absoluto establecer qué se entiende por "verdad judicial" y menos aún establecer qué se entiende por "verdad" *tout court* (Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, Madrid, Trotta, 2002, p. 24).

1910. Sostiene Carnelutti, firme defensor de esta teoría, que en cuanto a la posición de la situación de hecho, el juez en lugar de tener que ajustarse estrictamente a la realidad, ha de acomodarse a las "afirmaciones de las partes". La afirmación de un hecho es la posición de éste como presupuesto de la demanda dirigida al juez. Cuando el acto cuya realización se pida al juez presuponga la existencia de determinado hecho, la petición del propio acto implica la afirmación del mismo: afirmación, se entiende, de su

419.2 Verdad real y verdad formal

A veces, la diferencia trazada entre los tipos de verdades se reforzó mostrando las realidades del proceso penal, donde era evidente la necesidad de encontrar la verdad sobre la ocurrencia de los hechos, porque el juez debía estar íntimamente convencido para condenar al procesado; mientras que el proceso civil se conformaba con una verdad más liviana, menos exigente, en la que bastaba persuadir sobre la fundamentación de los hechos y la certidumbre que de ellos surgía. Antes que una cuestión de verdades se trataba se solucionar con verosimilitudes.[1911] En la primera, la verdad sería una realidad a probar; en la otra, la verdad actuaba como simple convencimiento o persuasión. En uno, es un principio, en el otro, apenas un argumento.

La distinción no es útil en la doctrina actual, porque estas ambivalencias trabajan sobre la resignación y no sobre el "derecho a la verdad", que es la proyección más novedosa del derecho constitucional –o fundamental– a la prueba.[1912]

Por otra parte, el objetivo de encontrar la verdad difiere cuando se considera con relación al proceso donde se requiere; no tiene igual entidad ni significado buscarla en los procesos inquisitivos, respecto

existencia material [...] Se trata, en definitiva, de una búsqueda de la verdad en el caso particular, bajo las reglas que el propio proceso le impone (prueba legal) (Carnelutti, Francesco, *La prueba civil*, *op. cit.*, p. 65).

1911. Calamandrei fue un acérrimo sostenedor de esta idea según la cual se tiene por verdadero aquello que tiene apariencia de serlo, y que probablemente haya sucedido, mientras la actividad desenvuelta por las partes consigan demostrar tales hipótesis (Calamandrei, Piero, *Estudios sobre el proceso civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1945, p. 107 y ss.).

1912. La distinción entre verdad formal y verdad material –agrega Taruffo– es inaceptable por varias razones que la doctrina menos superficial ha puesto en evidencia desde hace tiempo. En especial, parece insostenible la idea de una verdad judicial que sea completamente distinta y autónoma de la verdad *tout court* por el solo hecho de que es determinada en el proceso y por medio de las pruebas; la existencia de reglas jurídicas y de límites de distinta naturaleza sirve, como máximo, para excluir la posibilidad de obtener verdades absolutas, pero no es suficiente para diferenciar totalmente la verdad que se establece en el proceso de aquella de la que se habla fuera del mismo. Por otra parte, precisamente la tendencia a reducir la regulación jurídica de la prueba y, en especial, a eliminarla respecto de la valoración que termina directamente con la determinación de los hechos, implica claramente la imposibilidad de individualizar una verdad procesal distinta e independiente de la verdad extraprocesal (Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, *op. cit.*, p. 45).

a los sociales o netamente privados. Por eso, la naturaleza del entuerto condiciona el fin probatorio.

Desde otra perspectiva, la *verdad material* se puede reflejar como uno de los objetivos esenciales de cualquier proceso, porque la determinación de los hechos debe ser real, al ser jurídicamente intolerable que se debata un proceso entre ficciones. Mientras que la *verdad formal* reducida a los hechos probados en la causa sostiene una justificación de la sentencia que solamente se apoya en la convicción adquirida por la habilidad o la persuasión lograda con los medios y la actividad probatoria.[1913]

Para compulsar el valor de este dualismo de la verdad, cabe reflexionar que la ciencia jurídica como tal, es precisamente el conocimiento creado con la investigación. Un proceso recrea el aspecto cognoscitivo de la ciencia, por eso, la verdad no puede resultar un sofisma, y menos aun convalidar que sea un esfuerzo estéril.

El proceso tiene que encontrar la verdad, no "su verdad", simplemente porque la actividad probatoria no consagra supersticiones, ni bendice ideologías. Como todo trabajo intelectual persigue la exactitud, en eso difiere de las artes, en razón que a estas no les importa la fidelidad con la realidad.

Con tal vara de medición, podemos razonar una primera lectura, acompañados de la guía jurisprudencial de nuestra Corte Suprema de Justicia: "El proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales, pues no se trata de cumplir ritos caprichosos, sino desarrollos de procedimientos destinados al esclarecimiento de la verdad que es su norte".[1914]

1913. Sutil, pero muy precisa, es la distinción que propone Falcón, para quien la prueba debe definir sus objetivos de acuerdo con distintas consideraciones. Hay un *objetivo general* que persigue afianzar la justicia y tener a esta como un valor absoluto. Aquí la verdad es una meta. Existen, también, *objetivos más abstractos*, que se pueden fraccionar en *realizables*, por ejemplo, sostener que el fin de la prueba es establecer un grado de convicción suficiente para juzgar; *operativos*, o solución específica que esperamos que la sentencia exprese sobre la base de las pruebas producidas. De este encuadre surge, conforme el autor, distintas fases en la búsqueda de la verdad: una puede suceder con la *verosimilitud*, propia de las medidas cautelares; sigue con la *certeza* que normalmente da lugar a la sentencia; y está la fase de la *evidencia* que aparece, claramente, para fundamentar soluciones sin necesidad de usar medios probatorios (Falcón, Enrique Manuel, *Tratado de la prueba*, *op. cit.*, T. I, p. 136 y ss.).

1914. CSJN, Fallos 238:550, "Colalillo, Domingo c. España y Río de la Plata Cía. de Seguros".

419.3 La prueba como fijación de los hechos

El volumen de la verdad es demasiado grande para ubicarlo entre los objetivos de un litigio, tradicionalmente centrado a una lucha entre pretensiones, egoísta en sus exposiciones, acotado en sus posibilidades, y demasiado volátil a sostener la realidad sin que cada parte quiera darle un color preferente.

Además, como la verdad no puede ser un "objeto" al ser antes que ello una "cualidad", los hechos que se afirman, y las negaciones que se proponen, trabajan justamente en esa dimensión de lo versátil.

Cuando se afirma que la verdad no es posible se justifica diciendo que al juez se le proporcionan *juicios verdaderos*, esto es, que concuerden con la realidad. Ese conocimiento de la realidad es lo que Carnelutti define como "fijación de los hechos".[1915]

Con esta tendencia se concreta la idea de una sola versión para la verdad. Carnelutti elimina el mito de la verdad formal, para centrarla en los hechos que con la prueba se determinan. No se refiere al tipo de circunstancias que deben probarse, ni a la apreciación que sobre ellas se ha de realizar, porque estas cuestiones dependen del sistema legal imperante. Con esta regla, el objeto de la prueba persigue la seguridad de encontrar en los relatos y afirmaciones una verdad única que permita llegar a la sentencia componiendo la litis con justicia y razón.

Es evidente que la línea doctrinaria apunta a confirmar que el "juez debe fallar según lo alegado y probado por las partes", y conforme a ello, a la prueba no le interesa demostrar la verdad de los hechos controvertidos sino "determinar o fijar formalmente los hechos mediante determinados procedimientos".

1915. En el lenguaje común –dice Carnelutti– *prueba* se usa como *comprobación de la verdad de una proposición*; solo se habla de prueba a propósito de alguna cosa que ha sido afirmada y cuya exactitud se trata de comprobar; no pertenece a la prueba el procedimiento mediante el cual se descubre una verdad no afirmada sino, por el contrario, aquel mediante el cual se demuestra o se halla una verdad afirmada [...] En rigor, pues, la *prueba* debe diferenciarse del *procedimiento empleado* para la verificación de la proposición (afirmada) [...] En este sentido, justo es reconocer que el objeto de la prueba no son los hechos sino las afirmaciones, las cuales no se conocen pero se comprueban, mientras que aquellos no se comprueban, sino que se conocen [...] Por eso, hay una obligación primera para el juez: la *obligación de no poner en la sentencia hechos discutidos que no hayan sido fijados mediante alguno de los procesos queridos por la ley* (Carnelutti, Francesco, *La prueba civil, op. cit.*, p. 23).

Localizada esta función en la dinámica de un proceso cualquiera, surge rápidamente una conclusión irritante. La fijación de los hechos supondría tanto como afirmar que la verdad del proceso sería aquella que el juez establece y que luego constituye con la sentencia.[1916]

De manera que la diferencia entre los sistemas de adquisición probatoria puede cambiar las reglas para la determinación de los hechos, alterando inmediatamente el curso racional de la verdad que se pretende encontrar. La prueba sería el medio para verificar una verdad transformada por la propia inestabilidad de las reglas jurídicas.

En la actualidad, y a pesar de las críticas que Carnelutti recibió, son muchos los autores que basan el objeto de la prueba en la determinación de los hechos. Una de las obras de Montero Aroca afirma que la actividad probatoria no es investigadora, sino verificadora de las afirmaciones de hecho de las partes, confiándose a estas la determinación de los elementos que deben utilizarse dentro de los previstos legalmente. Esa determinación es una carga, pero también es un derecho de las partes. La posición se integra al sostener que la prueba como actividad procesal tiende a alcanzar la certeza del juzgador respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se derivará del convencimiento razonado del mismo juez y en otros de las normas legales que fijarán los hechos.[1917]

419.4 La prueba como actividad destinada a la certidumbre judicial

Esta teoría no se detiene en saber si la verdad es o no un fin del proceso, porque se preocupa más en resolver la seguridad en el tramo final de la actividad probatoria. Se habla aquí de la importancia de

1916. Con agudeza había observado Sentís Melendo que la denominada *prueba legal* puede ser una institución distinta, pero nunca afirmar que sea ella *probatoria* propiamente dicho. Si el juez ha de dar a un elemento del proceso, aunque aparezca como probatorio, un valor fijo, determinado, indiscutible, estaremos ante un fenómeno de construcción de la sentencia, de elaboración de la premisa menor del silogismo, pero no estaremos ante un fenómeno probatorio; podrá ser un *sucedáneo de prueba*, pero jamás una prueba; y si el juez puede contemplar los elementos probatorios sin sujeción a ninguna regla de lógica, entonces tampoco estaremos ante un fenómeno de valoración, sino de prescindencia de ella (Sentís Melendo, Santiago, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Buenos Aires, Ejea, 1979, p. 51).

1917. Montero Aroca, Juan, *La prueba en el proceso civil*, Madrid, Cívitas, 1996, p. 29.

"convencer probando", o de persuadir sobre la verdad de las afirmaciones (*confirmación*, en sentido lato). La finalidad de las partes sería, únicamente, lograr la convicción del juez.[1918]

La doctrina se puede dividir en dos direcciones: un camino indica que al juez se lo debe persuadir para que se convenza con la prueba arrimada; y otro, se conforma con alcanzar certeza suficiente en el ánimo del juzgador. De todos modos, ambos senderos van unidos, porque se encuentran al tiempo de la valoración. La sentencia que se obtenga determinará los derechos de las partes después de haber logrado suficiente convicción sobre ellos. Certeza sería igual a convicción.

La verdad queda relegada porque en la dinámica del proceso aparece como más trascendente la argumentación desarrollada, donde la versión de los hechos tiene como fin persuadir al magistrado de las razones que se invocan y defienden. Es una cuestión retórica que, como dice Taruffo, agota completamente el campo del razonamiento jurídico. En los hechos, la sentencia se convierte en una justificación de la verdad encontrada, aunque esta no sea cierta; pero como ha logrado inclinar la balanza de la justicia hacia un lado, es suficiente para garantir la finalidad del proceso, y afianzar la seguridad jurídica.[1919]

1918. Jaime Guasp, inspirador –entre otros– de esta tendencia, sostiene que la consideración de la prueba como aquel conjunto de operaciones que tratan de obtener la convicción psicológica del juzgador respecto a un dato procesal determinado, no solamente proporciona una primera idea general sobre el concepto de prueba, sino que permite que nos adentremos con paso relativamente firme en el problema de la naturaleza jurídica de esta institución (Guasp, Jaime, *Estudios jurídicos, op. cit.*, p. 287). Furno, criticando a Carnelutti, había dicho que si el Estado no tiene interés en que se planteen los juicios, y menos aun que la pacificación del conflicto se consiga a través del proceso, porque el interés superior está en que la desavenencia se elimine de modo y conforme al derecho, el Estado (y por el Estado, sus órganos), cuando la controversia se lleve ante la autoridad judicial, no tiene por qué conocer de la situación preprocesal de hecho sino en la parte que sea indispensable y suficiente para los fines de la decisión definitiva de fondo. Entra, pues, en juego un criterio elemental de economía, de aplicación universal: el principio del mínimo medio. Ahora bien, en la economía procesal, el medio está representado por la certidumbre histórica. El juez necesita solamente la *cantidad suficiente* de certidumbre histórica que le permita descubrir la voluntad legal concreta aplicable al caso litigioso. Este concepto puede expresarse sintéticamente con la fórmula: *verdad suficiente* (Furno, Carlo, *Teoría de la prueba legal*, traducción de Sergio González Collado, México, Obregón y Heredia, 1983, p. 25).

1919. En un contexto metodológico de este tipo –dice Taruffo–, que parte de una exasperada extensión aplicada al proceso, el problema del juicio de hecho en el proceso asume una formulación peculiar. El elemento más importante está representado por

Adoptar esta teoría como útil a los fines de resolver la actividad probatoria amoldada a las reglas actuales del debido proceso es por demás riesgoso.

Es cierto que las versiones deben relatar desde una perspectiva propia los hechos tal como sucedieron. Se puede ocultar lo desfavorable, pero no se puede cambiar la circunstancia para darle un significado apropiado a la pretensión propuesta. Con esta mirada, la versión traduce una parte de la verdad: aquella que conviene exponer.

Pero no se pueden eludir otros inconvenientes: uno es el *lenguaje jurídico*, que determina significados confusos al sentimiento y percepción del hombre común. Hay una dimensión del discurso que pone en la narración adaptaciones lingüistas propias del mundo jurídico (*v. gr.* la exposición de una demanda afirma hechos que pueden ser negados, produciendo una confusión entre la realidad y sus efectos. Si afirmo que conducía atento al tránsito y no obstante se produce una colisión entre automotores; el relato de quien sostenga la atención podrá diferir respecto del que diga o afirme la culpa, a pesar de referirse ambos al mismo hecho).

El segundo problema está en que *los medios* para llevar al juez a que adopte una línea argumental padece de las propias limitaciones del sistema, de manera que una sentencia puede sostener que no logró la convicción necesaria y rechazar la pretensión por falta de prueba; o aducir que los hechos probados no son esenciales ni trascendentes para persuadirlo sobre la verdad de lo afirmado; o bien, aceptar una versión y darla como probada sobre la base de ficciones procesales como la rebeldía, la convalidación de actos irregulares, la admisión tácita de traslados no contestados, etc. En suma, el realismo del proceso se difumina totalmen-

---

las narraciones (*stories*) de los hechos del caso que los abogados presentan al juez. Estas narraciones son las referidas a las formas, es decir, a la claridad, la coherencia, la completud, la concordancia con el sentido común. Esto se explica en la medida en que la finalidad de estas *stories* es la de persuadir al juez: en efecto, tiene razón el abogado que persuade al juez para que adopte su *story* como fundamento de la decisión. Por ello, los aspectos más relevantes del proceso son los referidos a las tácticas persuasivas con las que los defensores intentan atraer hacia sus posiciones la decisión final del juez influenciando o condicionando su adhesión a una u otra *story*. La razón por la que el problema de la verdad de los hechos resulta irrelevante en un contexto como este es muy clara y se remonta a la característica peculiar de la retórica como arte de la persuasión (Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos, op. cit.*, p. 79).

te y hasta se podría sostener sin equívocos que, con esta línea, se consagra la imposibilidad de lograr del proceso conocimientos verdaderos.[1920]

El tercer obstáculo se encuentra en las proyecciones de la *prueba legal*, en el sentido de producir razonamientos impuestos por aplicación de presunciones legales o judiciales que tiene suficiente fuerza prescriptiva para determinar una consecuencia de derecho. No obstante, no todo es desechable, porque la teoría sirve para dejar centrado que el objeto de la prueba son los hechos afirmados por las partes que resultando controvertidos en sus versiones, necesitan encontrar la verdad para aplicar a ella los efectos jurídicos correspondientes.

En este territorio, la relación entre prueba y verdad se confunde con el resultado. Mientras que, en la consideración de las reglas a establecer en la etapa probatoria, la verdad que nos interesa encontrar se posiciona como actividad oportuna de las partes y, ocasionalmente, del juez.

Por eso, el método de debate no se discute, pero queda latente hasta donde las partes están compelidas a decir la verdad en sus narrativas, punto que veremos más adelante.

419.5 Síntesis de las tendencias

Si fuera posible recapitular cada tendencia, se podrán encontrar utilidades en ellas como despojos inmediatos. Es evidente que en todas persiste la confusión sobre el destino de la verdad; unos entienden que no tiene sentido buscarla cuando el proceso trabaja sobre versiones que, por la sistemática, se han de confirmar o descartar. Otros, aun afirmando la necesidad de laborar con verdades como un fin tuitivo de la justicia, aceptan que ella tiene explicaciones poco científicas, para culminar en sentencias que se justifican por la certidumbre alcanzada.[1921]

1920. Ferrer Beltrán dice que puede ocurrir que una proposición sobre un hecho relevante para una causa judicial disponga en el proceso de elementos de juicio suficientes a su favor y que, en cambio, sea falsa. Por supuesto, también puede suceder que la misma proposición sea verdadera. Y, por otro lado, puede ocurrir que una proposición verdadera sobre un hecho relevante para una causa judicial no disponga de elementos de juicio suficientes a su favor o bien que sí disponga de ellos (Ferrer Beltrán, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho, op. cit.*, p. 45).

1921. Debe observarse –dice Taruffo– que la verdad de los hechos puede considerarse como una condición necesaria de justicia bajo cualquier definición jurídica de la justicia de la decisión. Además, no es siquiera incompatible con la teoría según la cual el proceso sirve únicamente para resolver conflictos: si no se acepta como válida cualquier solución

Si nosotros pretendemos marcar hipótesis que orienten reglas en la etapa probatoria, solamente podremos referirnos a la actividad de las partes y a la función judicial, porque el problema de los medios se traza únicamente respecto a la disponibilidad (al no poder aplicarse las pruebas ilegítimamente adquiridas; o las viciadas por cuestiones conexas; etc.), y el aspecto de la valoración concilia mejor con el capítulo de la fundamentación de las resoluciones judiciales.

De este modo, determinar si la verdad es un objetivo parece ineludible porque de ello dependen las reglas y principios a bosquejar para el debido proceso. Con distinto enfoque se podrá afirmar que, siendo el proceso en sí mismo un conjunto de reglas que disponen un método para el debate; como juego que es tiene fórmulas que parten de ser conocidas y aceptadas por las partes, de manera que cambiarlas por fines puristas, puede resultar un contrasentido y hasta inconstitucional por naturaleza. Sin embargo, no es esta última nuestra opinión.

Vamos a reconocer que el planteo dialéctico se presenta sinuoso al tolerar que los hechos se presenten como versiones adaptadas de la realidad vertida; también podemos admitir que hay principios inocultables que sostienen tradicionalmente la legalidad del sistema (aporte de los hechos por las partes; congruencia del juez con ellos al tiempo de valorar y pronunciar sentencia; imparcialidad del juzgador; control de la prueba por ambas partes; etc.); del mismo modo, se asiente que la persecución de la verdad absoluta tiene límites mensurados con principios propios de la llamada prueba legal (*v. gr.* las presunciones *iuris et de iure*; imposibilidad de practicar ciertas pruebas en determinados procesos; etc.); y también se consiente que, a veces, la actividad probatoria tiene plenas dificultades para asumir iguales condiciones generales: por ejemplo, en el proceso penal es el fiscal quien debe investigar y probar porque el procesado tiene un argumento de resistencia suficiente con la presunción de inocencia; mientras que en los procesos sociales (*v. gr.* cuestiones de estado, familia, laborales, etc.)

del conflicto, y se piensa, en cambio, que debe ser resuelto sobre la base de algún criterio de justicia, entonces se presenta de nuevo la necesidad de reconocer que la determinación verdadera de los hechos es necesaria de cualquier solución justa de un conflicto. Desde este punto de vista se puede decir que el principio de verdad de los hechos no identifica una ideología específica del proceso y, en cambio, representa una suerte de dato constante que resurge en todas las ideologías que conciben algún tipo de decisión justa como finalidad del proceso (Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos, op. cit.*, p. 65).

podría comulgarse con la idea de un deber de colaboración de todos los operadores jurídicos en lograr la resolución justa sobre la base de hechos probados que sean auténtico reflejo de lo ocurrido en el conflicto.

En fin, entre tantas situaciones no se descarta también la influencia de la conducta de las partes, que con sus propias actitudes pueden eludir que sea la verdad un fin del proceso. Simplemente con admitir o reconocer un hecho afirmado por la contraria, se evita la prueba, y se aplica un justificativo para la apreciación (darle un precio a ese acto voluntario) que tendrá en la sentencia.[1922]

Superadas estas consignas sostenidas por paradigmas afianzados y sin rebatir, pareciera que luce cierta hipocresía en la lucha por conseguir la verdad, pero sin poner esfuerzo en la técnica para alcanzarla. "Quiero que el juez haga justicia y determine la verdad de los hechos, siempre y cuando no hostigue con su pretensión las reglas inalterables del discurso y el método".

Ahora bien, ¿cómo imponer la verdad si el proceso comienza con retaceos provocados por la disponibilidad de los hechos?; ¿por qué sostener que solamente algunos hechos deben probarse, si se pretende saber todo lo ocurrido, para poder dictar sobre ello una sentencia justa?; ¿por qué establecer que el esfuerzo probatorio depende solo de quien afirma, cuando el debate necesita de coincidencias?

Para todo ello es necesario encontrar respuestas previas a dos consignas:

a. ¿Existe un deber de decir verdad en el proceso?
b. Si existe, ¿cuáles son los hechos que se deben probar? Para saber en definitiva, cuál es la actividad que disponen partes y jueces, aplicando para el objetivo, principios y reglas que delimitan un nuevo sentido y encuadre al debido proceso.

1922. En el fondo del planteo no deja de ser cierta la advertencia que formula Ferrer Beltrán, cuando dice que la distinción entre "ser verdadero" y "ser tenido por verdadero", permite dar cuenta de los problemas que llevaron a la distinción entre verdad material y verdad formal, sin presentar los inconvenientes que suscita esta última y, especialmente, sin multiplicar las nociones de verdad. Además, se pone el acento en que no se trata de que "existan" distintas verdades, sino más bien de la diferencia entre la verdad de una proposición, que no es dependiente de ningún sujeto que la exprese, y la actitud mental de un sujeto, en este caso, el juez respecto de la verdad de la proposición (Ferrer Beltrán, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho, op. cit.*, p. 17).

420. La verdad en el proceso, en realidad, es la verdad de los hechos

Verdadero punto nervioso constituye la veracidad en el proceso dado que, si es deber de las partes obrar con la verdad en cada postura o afirmación procesal, solamente ese proceder significaría actuar de buena fe; a *contrario sensu*, todo ocultamiento o toda mendacidad importaría una afrenta al principio de la conducta recta y honesta, y con ello, una violación al principio de moralidad.[1923]

El nudo de la cuestión se concentra en este sencillo interrogante: ¿existe el deber de decir verdad en el proceso? A partir de las respuestas que se obtengan, fácilmente se entenderá que este es un tema que no admite posiciones intermedias porque tampoco hay verdades a medias o mentiras parciales.

Toda la problemática relaciona tantos frentes de ataque como inquietudes le merezcan al estudioso. Precisamente, como la verdad se une a la moral en un parentesco próximo, el deber de veracidad se puede atender como una aspecto de la política procesal, de filosofía jurídica, de derecho y deberes procesales, etc.

Procuraremos alcanzar algunas conclusiones de aplicación estrictamente procesal, adelantando desde ya que, a nuestro entender, el deber de veracidad está atrapado en el principio de moralidad y desplazado como punto de encuentro para generar consecuencias imputables, toda vez que, desde la publicización del proceso y la desnaturalización del instituto del perjurio, ha perdido interés su consideración para atender ahora, concretamente, a la conducta cumplida en el proceso.

420.1 Historia breve de la verdad en la prueba

En materia probatoria, la exigencia de decir verdad fue severa y en las fórmulas de juramento, se daban a conocer las consecuencias según la clase de personas y según fuera su religión o estado.

1923. Según Furno, las cuestiones principales de este tema son dos: la primera se refiere a la "verdad"; la segunda al "deber". Decir la verdad. Bien. Pero ¿qué verdad? Establecer un deber. Bien. Pero ¿qué deber? Ambas cuestiones se han presentado en la mente de numerosos escritores, y la rica literatura que sobre el tema se ha formado, rápida y recientemente, ofrece tal cosecha de observaciones que produce múltiples facetas (Furno, Carlo, *Teoría de la prueba legal*, *op. cit.*, p. 56).

La Ley XIX, Título II, Partida 3, decía:

> Los cristianos así juraban: Vos me jurades, por Dios padre, que fizo el cielo e la tierra, e todas las otras cosas que en ellos son, e por Jesú Christo, su fijo, que nació de la Virgen Gloriosa Santa María, e por el Espíritu Santo, que son tres personas e un verdadero Dios, e por todos los Santos Evangelios que cuentan las palabras e los fechos de Nuestro Señor Jesú Christo diga que jura por aquella Cruz.

Los judíos debían prestarlo en la sinagoga poniendo la mano sobre la Torá:

> … en que fazen la oración y esta forma: Juras tu Fulam judío, por aquel Dios que es todopoderoso sobre todos e que creo el cielo y la tierra e todas las otras cosas. E que dizo no jures por el mio nome en vano. E por aquel Dios que fizo Adam el primero ome, el le puso en el parayso e la mando que non comiese de aquella fruta, que el le vedó, e porque comio della, ben responder Juro e de si, devele decir, que si falta a la verdad en nondice en aquella razón, lo que jura que vengan sobre él todas las llagas que vinieron sobre los de Egypto e todas las maldiciones de la Ley que son puestas contra los que desprecian los mandamentos de Dios. E todo esto deve responder de una vez, amen, sin refrecta ninguna así como diximos en la ley antes desta.

También las Leyes de Partida requerían que en la demanda se introdujera un párrafo que dijera: "Juro lo necesario…" por el que se entendía prestado el juramento de calumnia, aquí conocido como juramento de "mancuadra".

José de Vicente y Caravantes agrega que

> … llamóse este juramento de calumnia, porque calumnia en las causas civiles no es otra cosa que vejar o molestar a otro con pleitos infundados o fraudulentos, y en los criminales, con la imputación de delitos supuestos, pues la palabra calumnia viene de *calvendo* o cavilando y significa fraude e inutilidad en los pleitos, como nota Cayo en la Ley si Calvitur, 233, al Princ. Dig. de V.S. llamóse en España juramento de la *mancuadra*, esto es, de la mano cuadrada por prestarse sobre cinco artículos; así como la mano que es cuadrada o acabada, dice la Ley 23, Tít. II, Partículo 3, ha en sí cinco dedo.[1924]

1924. De Vicente y Caravantes, José, *Tratado histórico crítico filosófico de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Gaspar y Roig, T. IV, 1856, p. 236.

La promesa versaba sobre cinco puntos: 1) la creencia de encontrarse asistido de derecho; 2) que cada afirmación sería expresión concreta de verdad; 3) que no se utilizarían en el proceso falsas prueba ni excepciones maliciosas; 4) que no se valdría de actitudes de soborno, promesa o garantía hacia el juez para ganar el pleito; 5) que la demanda no perderá en términos maliciosos en perjuicio de su contrario.

La misma exigencia reposaba en el demandado, pero si este se negaba a cumplirlo, se le daba por perdido el pleito.[1925]

La Ley de Enjuiciamiento Civil española nada dijo respecto de la obligación de decir verdad en el proceso; tampoco se refirió a la prestación de juramento como requisito introductorio a la instancia judicial.

Sin embargo, la práctica llevó a dejar subsistentes las disposiciones de las Leyes de Partidas, interpretación que puede afirmarse en la reformulación que se le da al juramento para ciertos actos jurídicos que debían cumplirse en el proceso.

Del mismo modo, como se mantuvo la costumbre de sostener la fórmula de prestar declaración en la prueba de confesión, el juramento, como medio de prueba tendiente a provocar la verdad real en el proceso, se consideró presente a pesar de la omisión legal.[1926]

A fines del siglo XIX, el Código de Procedimiento alemán (1877) regla un expreso deber de veracidad, que se incorpora al Código de Procedimientos Civil en octubre de 1933.

1925. Agrega Caravantes que podía solicitarse en el curso del proceso, respecto de un acto procesal específico, pero si las partes no pedían el juramento no se anulaba por su defecto en el proceso. Y en la práctica rara vez se pedía ni se prestaba con la solemnidad referida, entendiéndose hecho en virtud de la cláusula que se ponía en la demanda: juro lo necesario (Ibídem, p. 237).

1926. Couture, entiende que el origen de nuestros antecedentes está en la Real Cédula de Aranjuez, de 1794 que, al instituir el Tribunal de Consulado y dar las bases del procedimiento civil y comercial, consignó que era deber actuar en el proceso "a estilo llano, verdad sabida y buena fe guardada". Agrega más adelante que "cuando se inicia la codificación americana a mediados del siglo XIX, el legislador se encuentra con todos estos textos. Podría decirse que no ha existido una sola fuente de la codificación de nuestros países que se hubiera consignado en forma expresa un deber jurídico y moral de decir verdad. Pero se da aquí el fenómeno realmente curioso de que ni uno solo de los textos americanos que nos son familiares, ni tampoco los dos diplomas clásicos españoles de 1855 y de 1881, contienen un precepto que establezca expresamente el deber de decir verdad" (Couture, Eduardo Juan, *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 1979, T. III, p. 235 y ss.).

Por entonces, el Código austríaco había llegado a convulsionar el ambiente de morigeración que iba ganando la época. El artículo 178 dispone:

> Cada una de las partes debe, en sus propias exposiciones, alegar íntegra y detalladamente todas las circunstancias necesarias para fundar, en el caso concreto, sus pretensiones, con arreglo a la verdad; ofrecer los medios de prueba idóneos de sus alegaciones; pronunciarse con claridad sobre las observaciones y pruebas ofrecidas por el adversario; exponer los resultados de las pruebas recogidas y pronunciarse con claridad sobre las observaciones de su adversario.[1927]

La sanción del Código italiano en 1940 ofreció una novedad revolucionaria. La figura inerte del juez cobraba vida y fuerza propia para dirigir el proceso e investigar la verdad real procurando que las partes, en el debate de sus respectivas afirmaciones, conservaran el buen comportamiento y se respetaran sobre la base del principio de lealtad y probidad.

La moralidad procesal desplazaba el deber de veracidad o, al menos, no lo exigía como obligación. Nuestro país, con la Ley N° 14237 y las dictadas sucesivamente siguieron esta tendencia, que es la que rige actualmente.

420.2 La obligación de decir verdad sin texto que obligue

Si la sola mención del deber de decir verdad no basta para lograr el objetivo, puede discurrirse que se piensa más en la sanción que en lo preventivo, con lo cual la política procesal de moralidad se enfrenta con el corte inquisitivo que se consigue con las penas. Sin embargo,

1927. Grossmann sostiene que la influencia de esta disposición se hizo sentir en otros códigos europeos como el húngaro de 1911; los Códigos Cantonales Suizos; el yugoslavo de 1929; la nueva Ley Procesal polaca de 1930; el Código Procesal Soviético de 1923; etc. (Grossmann, Kaethe, "El deber de veracidad de las partes litigantes en los juicios civiles", *op. cit.*). Las instituciones nacionales, en cambio, mantuvieron los principios comentados en la Ley de Enjuiciamiento Civil española, si bien los Proyectos de Lascano y García tomaban partido sancionando el deber de veracidad como disposición a cumplir. El proyecto del Instituto de Altos Estudios de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata (1935), decía en el art. 25: "Es deber de las partes, sea que interpongan personalmente o por medio de mandatario o representante legal [...] Proceder de buena fe en el proceso, expresando al juez de los hechos conforme a la verdad". El Proyecto García, en su art. 14 dispuso: "Es deber de las partes, sea que intervengan personalmente o por medio de mandatario o representante legal [...] 2) Proceder de buena fe en el proceso, expresando al juez de los hechos conforme a la verdad".

parece razonable pensar que la deducción es muy estricta, sobre todo si la relacionamos con la consagración del deber de veracidad sin encontrarse expresamente dispuesto. Veamos por qué:

Casi todos los ordenamientos procesales que reglaron el principio de certeza (como veracidad) bajo un aspecto punitivo se encontraron con que, a partir del advenimiento de una nueva perspectiva en el derecho procesal, que desplazaba el centro de gravitación de las partes hacia el juez, se modificaba seriamente la función de este si se le conservaban los principios represivos.

Si ahora el juez era director, instructor y efectivo enlace de justicia con la realidad, aquellos desvíos operados en el devenir procedimental solo podrían desarrollarse actuando temeraria o maliciosamente, es decir, obrando con artería, dolo, artificio, engaño, etc. En síntesis: *el problema estaba en la mentira y no en el deber de veracidad*.

Sin embargo, los códigos no variaron su cuadro de situación. Advirtieron el problema, pero temieron que, de no subsanarse expresamente la obligación de conducirse con verdad, y de reprimir su ocultación, tácitamente receptarían la mentira en el pleito. Nada más errado; y ello así lo sintió el codificador italiano de 1940, que sabiamente deslindó los aspectos lógicos de la obligación de sus connotaciones prácticas.[1928]

1928. Al respecto decía Carnelutti: "La moderna concepción del proceso civil elimina todo obstáculo contra el reconocimiento de la obligación: puesto que el proceso se sigue en interés público y por esto tiende a un resultado de justicia; por lo que la parte sirve al proceso y no el proceso a la parte, no existe la más remota razón para sustraer la acción de la parte a aquellos preceptos que el interés público reclama; el llamado principio dispositivo es una directriz de conveniencia y nada más, de manera que, según la conveniencia, puede ser limitado; la parte no se contrapone en absoluto al testigo en el sentido de no ser también ella un instrumento del proceso, por lo que en principio no hay razón alguna para que se pueda imponer al testigo, y no a la parte, la obligación de decir verdad. En cambio, desde el punto de vista de la conveniencia, la cuestión es muy delicada; en efecto, si es verdad que también la parte, lo mismo que el testigo, es un instrumento del proceso, es, sin embargo, un instrumento que opera de un modo enteramente diverso; las ventajas que el proceso obtiene de ellas dependen, sobre todo, de su iniciativa y, por lo tanto, de su libertad; cualquier límite señalado a esta compromete su rendimiento; además, la acción de la parte se desarrolla por medio de la contradicción, que es una forma de lucha, no se puede, sino de un modo relativo, desterrar la fuerza y la astucia; en suma, cuanto más se atan las manos a las partes, tanto más, junto con el peligro del engaño o de la mentira, se desvanece también el beneficio de su acción. Esto quiere decir que la solución del problema debe ser una solución de proporción...". "El derecho positivo italiano adopta una solución de este tipo siguiendo una directriz general que se manifiesta aun fuera de los límites del proceso; tal directriz se funda

Ha sido evidente que el principio de publicización del proceso consiguió poner frenos a ciertos arrebatos que conspiraban contra el orden ético del proceso. De todas maneras, es riesgoso confundir la ética del proceso con el principio de moralidad, pues ambos coinciden en un imperativo de conducta (leal, recta y honesta), pero la primera escapa a la vigilia judicial en tanto se ampara en una exigencia del fuero íntimo: la moral y el derecho se debaten en componentes de volición que solo se controlan cuando se encuentra el acto externo de provocación a la buena fe.

De modo tal que, cuando la exteriorización de la conducta se advierte en el proceso, el control jurisdiccional pone en acción el principio de moralidad y les exige a las partes comportarse con lealtad y probidad.

En este sentido, la obligación no tiene necesariamente que aludir a que las partes deben decir la verdad, o que no han de mentir, ni han de generar sospechas, etc.; todo ello limita la libertad y, en cierta forma, condiciona la voluntad de obrar.

Asimismo, el principio de moralidad preside el conjunto de actos procesales, y es bien cierto que desde el engaño doloso hasta la simple mendacidad, o desde el artificio al ocultamiento de un hecho conocido, existen varios grados de mentira, y, en el análisis de ella, en la trascendencia que revista o en la magnitud y proporción de su desatino, el juez podrá sancionar el comportamiento, sin necesidad de contar con una regla precisa y específica que complique los entendimientos de la verdad o de la mentira.

Un buen ejemplo de este funcionamiento se constata en el derecho inglés, donde bajo la denominación abstracta referente al *Contempt of*

---

en la distinción entre engaño y mentira, a la que se adapta ya el derecho contractual. El engaño es mentira agravada por la realización de actos encaminados a determinar su credibilidad y, por lo tanto, a crear las pruebas idóneas para hacer admitir su verdad; lo que los romanos, a propósito del dolo, llamaban la *machinatio* y, los franceses, a propósito de la estafa, la *mise en scène*". (*Sistema de derecho procesal civil*, trad. de Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Uteha Argentina, 1944, pp. 126 y ss.). Ideas que reitera en su famoso estudio "Contra el proceso fraudulento", donde destacó que "bajo este aspecto, para el buen fin del proceso es necesaria la igualdad de las partes, incluso desde el punto de vista de la fuerza o de la bellaquería; de ahí que a veces a un litigante galeote, en interés mismo de la justicia, mejor que un clérigo, se le contrapone un marinero" (Carnelutti, Francesco, *Estudios de derecho procesal civil, op. cit.*, T. II, pp. 68 y ss.).

court previene el deber de veracidad, a través de la interpretación constante de sus instituciones, que ven una falta de respeto hacia el juzgado.

420.3 Alcance del deber de veracidad

El material que nutre el proceso se compone de hechos y de derecho sobre los que las partes afirman sus respectivas postulaciones.[1929] La extensión a todos los hechos importa aceptar que deban relatarse hasta los más mínimos o inverosímiles, pues, en definitiva, le corresponderá al juez decidir la importancia o trascendencia que tiene el suceso para decidir la causa.

En cuanto al derecho, la cuestión es más delicada, y ello se advierte en las diferencias que establecen las distintas legislaciones a la hora de atenderlo. Por ejemplo, en los Códigos alemán y austríaco, la veracidad se requiere solo con respecto a los hechos; mientras que los ordenamientos sueco, ruso y dinamarqués hacen extensiva a los argumentos jurídicos.[1930]

En nuestro parecer, no existe un deber de veracidad en el derecho, cuanto más se puede exigir certeza. Mientras que para la presentación de los hechos priva el criterio de la verdad. La argumentación equívoca tiene

1929. Con relación a los primeros –dice Peyrano–, subsiste la polémica para determinar si, en oportunidad de invocarse las circunstancias fácticas, estas deben complementar una acabada descripción del suceso, sin quitar ni recortar motivos que empeoren o dificulten la situación del exponente. Grossmann participa de la opinión por la cual debe sancionarse la ocultación de hechos cuyo conocimiento resulta indispensable para la claridad y dilucidación de la litis. A su criterio, el silencio debe considerarse como contrario a la verdad; tanto él como la declaración incompleta, o ambigua, agravan el deber en comentario. Esta veracidad –agrega– "se exige no solamente con respecto a los hechos controvertidos, sino igualmente a los hechos indiscutidos que el juez debe aceptar, en general, sin previo examen alguno", estableciendo solo una restricción: "La exigencia de la veracidad, con inclusión de los hechos no discutidos, deja intacto el derecho del litigante de abstenerse de la impugnación de las alegaciones hechas por la parte contraria, sea que fueran verídicos o no. La parte no es obligada a declarar, pudiéndose hacer condenar en rebeldía, si lo prefiere a la intervención activa en el juicio" (Peyrano, Jorge Walter, *El Proceso Civil*, *op. cit.*, p. 79).

1930. Grossmann interpreta que, no obstante la limitación a la veracidad de los hechos en ciertas normas nacionales, el deber de veracidad comprende toda la declaración procesal, sea que concierna a los hechos, a los argumentos jurídicos o a la rendición de la prueba (Grossmann, Kaethe, "El deber de veracidad de las partes litigantes en los juicios civiles", *op. cit.*, p. 71). Peyrano, entre los autores argentinos, coincide con estas apreciaciones, reservando en la alegación del derecho la preeminencia del principio *iura novit curia*.

su contracara en la apariencia, la simulación, el fraude o el dolo, y confirma un abuso procesal que se desenvuelve con singularidades propias.

La exposición fáctica, concisa y reticente puede derivar en ambigüedad o en una presentación defectuosa por oscuridad, sin perjuicio de otros vicios formales. Directamente, la demanda falaz determina estafa procesal, y en ello, insistimos, más que conseguir la verdad –que a veces se constituye en un estado ideal– al Código Procesal le interesa prevenir la mentira y el engaño.

Con el derecho, la condición difiere según las invocadas sean normas procesales o materiales. Es decir, que se amparen en la pretensión procesal o en la situación material.

En la primera, el interesado puede invocar el camino de fundamentación, aunque sea provocado o voluntario el error, pues al juez le corresponde decidir el trámite a desarrollar y las pruebas a producir.

En cambio, en la afirmación del derecho material no pueden invocarse argumentos que induzcan a error o sean desleales o pretendan una finalidad distinta a la que verdaderamente obtendrían presentando el caso jurídico en los términos de su real configuración.

420.4 Sujetos obligados a decir verdad

En una dimensión diversa a la anterior, que se atiende desde un vértice objetivo, cabe responder en el plano del subjetivismo, ¿a quién se le exige acatar el deber de veracidad? Casi de inmediato se respondería que: todos los sujetos del proceso, sean partes, terceros o representantes, están obligados a pronunciarse con veracidad. Sin embargo, la respuesta sería ideal o, al menos, quedaría en una expresión de deseos.

Apreciando el problema con una visión puramente conceptual y teórica, no nos quedan dudas que el mentado "deber" *debe ser* plenamente satisfecho por *todos* quienes concurren al proceso.

Pero las calidades procesales no son las mismas; varían en los sujetos del proceso los deberes, obligaciones y cargas y, en estas correspondencias, el principio debe conjugarse.

Con los auxiliares de la justicia y con los que participan llamados a cumplir una carga de asistencia (testigos, peritos, intérpretes, etc.), el problema se resuelve sin hesitación alguna: su deber es de fidelidad

al conocimiento obtenido, de modo que han de declarar con la plena verdad, esto es, sin ocultamientos ni reservas.[1931]

A ellos les corresponde aplicar sin reparo alguno el ejemplo del juramento, para que "digan la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad". Pueden concurrir ciertas excepciones cuando existen justas causas de reserva como por ejemplo: si la declaración los implicara personalmente, corriesen el riesgo de ser sometidos a proceso judicial, suponga una declaración contra sí mismos, o estén amparados por el secreto profesional.

Este tipo de colaboradores de la justicia tienen una *obligación* de asistencia y un *deber* de decir verdad.

Inversamente, las partes debaten en el proceso contradictorio bajo ciertas reglas (*fair play*) que les permiten reservas y ocultamientos. A ellos no les exige decir verdad, sino una pauta de comportamiento basado en el principio de moralidad.

No empece a ello ciertas pruebas del proceso civil que recuerdan institutos de consabida inutilidad. En este sentido la prueba de confesión pervive con una fórmula de juramento de decir verdad que tiene poco de cierto y mucho de ficción, operando verdaderamente como disuasorio de la mentira, en la sanción que produce la inasistencia o la no declaración.[1932]

1931. Si varios declarantes afirman un mismo suceso que pasó por sus sentidos, ello permite atribuirles veracidad, máxime cuando aducen el acontecimiento esencial como directamente conocido. De ahí que la aceptación del dicho de un testigo tiene que ser menos rigurosa que su examen para desecharlo. Esto ocurre porque, en definitiva, el juez está apoyado en la construcción jurídica de que los testigos no pueden mentir, tanto por existir una punición legal por falso testimonio (art. 275, Cód. Penal y 449, CPCCN), la que les fue impuesta al declarar y al jurar decir la verdad (art. 440, CPCCN), cuanto porque el método de interrogación judicial libre y de oficio por el juez (art. 442, CPCCN) pone de resalto el sistema posible para indagar la mendacidad en que pudiere incurrir el testigo, o su falta de comprensión de los hechos (CNCiv., Sala C, 16/04/1991, *DJ* 1992-1-64). Del juego de los arts. 163 y 280 del Cód. de Proced. en materia Penal no puede deducirse un permiso al cónyuge para mentir en una declaración testimonial, sino que teniendo incólume el bien jurídico de la buena administración de justicia, se trata de que sus dichos veraces o su silencio no puedan en ningún caso ser valorados por el juez en contra del esposo (del voto en disidencia del doctor Cattani) (CNFed. Crim.Correc., Sala II, "Dunayevich de Martínez, Ana M.", 30/08/1989, *DJ* 1990-2-567).

1932. Couture lo explicaba como un estado de libertad donde se puede elegir entre la verdad y la mentira; la ley supone que cuando un litigante declara en juicio algo contrario a su interés, es porque el crepúsculo de la verdad ha sido más fuerte que las tentaciones del

Las partes, en estos casos, respaldan sus convicciones en el proceso y sus obligaciones con la veracidad en compromisos con un *deber* de colaboración, una *carga* procesal o una *obligación* de carácter sustantivo cuando el imperativo a cumplir consiste en una disposición de ese contenido (*v. gr.* si al contestar la demanda se responde dolosamente –con la intención de perjudicar los intereses del peticionante– existirá responsabilidad objetiva civil por el daño ocasionado).

En lo expuesto, debe mencionarse que los principios de lealtad, probidad y buena fe coronan las actitudes que postergan en lo inmediato el deber de veracidad.

Una compleja situación se ofrece con los abogados o representantes legales, a quienes se les impone hipotéticamente resolver si sus deberes de cooperación y honestidad hacia la jurisdicción han de ser cubiertos cuando ellos se oponen a los intereses de sus clientes.

En general la situación se presenta como un postulado deontológico, proclamando el deber de veracidad de los abogados. Por una parte –dice Grossmann–, se ha sostenido que el deber de veracidad del abogado sería reducido en comparación con el de la parte, dado que su mandato lo obligaría a defender incondicionalmente los intereses de su representado. En el procedimiento existe solamente un derecho a la justa resolución no a la favorable decisión.[1933]

Conforme a eso, la tarea del representante profesional se debe limitar necesariamente al apoyo de la parte en la obtención de una sentencia justificada. Es cierto que no debe actuar en contra de los intereses de la parte. Pero cuando el fomento de la causa no fuere compatible con el deber de veracidad deberá rechazar el mandato, y cuando conociere esta situación posteriormente, renunciar al mandato ya aceptado. Del mismo modo tendrá que proceder cuando surgiere un serio conflicto entre su deber de discreción profesional y el deber de veracidad. Por otra parte sería erróneo opinar que el deber

interés. En la prueba de confesión mediante silencio del absolvente o mediante evasivas al contestar el pliego de posiciones, el litigante se halla en el mismo estado de libertad para desembarazarse de la carga procesal encarando las declaraciones y diciendo la verdad. Si huye de la respuesta, lo menos que hay que suponer, lógica y psicológicamente hablando, es que la verdad habría sido adversa al interés (Couture, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, 3ª ed. póstuma, 1987, p. 237).

1933. Grossmann, Kaethe, "El deber de veracidad de las partes litigantes en los juicios civiles", en *JA* 71, sección Doctrina, p. 73.

de veracidad del abogado sería más extenso que el del litigante interesado. A los dos les está impuesta la obligación de manifestarse en absoluta armonía con la verdad, así no hay caso para una ampliación del deber profesional. Por supuesto, este último está consagrado por las sanciones disciplinarias de los reglamentos profesionales, establecidos en la casi totalidad de leyes nacionales para infracciones al deber profesional. Pero la existencia de sanciones especiales, a veces en casos donde la contravención de la parte no trae aparejadas consecuencias nocivas, no se infiere de una ampliación del deber sino del hecho que las infracciones de letrados requieren un castigo austero en virtud del mantenimiento del honor y de la disciplina profesional. Llegamos por tanto a la conclusión que en su esencia el deber de veracidad de las partes, sus letrados y otros representantes es absolutamente idéntico.

A nuestro criterio, el abogado debe servir en primer lugar a sus principios éticos y a los que conforman una serie de postulados elementales de la conducta profesional.

Cuando el cliente lo someta a consideraciones que lo enfrenten con aquellos ideales, podrá limitar o abandonar el patrocinio sin que ello signifique alterar el legítimo ejercicio de una defensa, pues en la medida del interés general encontrará la razón de sus decisiones.[1934]

421. El derecho a la verdad

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde uno de los primeros casos contenciosos como fue "Velasquez Rodríguez", se viene trabajando el concepto del "derecho a la verdad". Concepto que supone "saber qué pasó", siendo un conocimiento que lo exige la víctima y/o sus familiares, pero que se extiende a todos quienes trascienden la esfera del interés particular porque hace a la esencia de un Estado resguardar y proteger los derechos humanos.

La idea se explana a consecuencia de la práctica de desapariciones forzadas de personas que implicó, en muchos casos, la ejecución

1934. Es profunda la reflexión que medita Lega en este aspecto cuando afirma que la ética profesional es fruto de una obra diuturna de autocontrol y autolimitación que proviene de los mejores profesionales del grupo y que es asumida por la generalidad de los miembros del mismo como una norma moral (Cfr. Lega, Carlos, *Deontología de la profesión de abogado*, Madrid, Civitas, 1976, p. 24).

de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad de quienes lo cometieron, lo que significa una brutal violación del derecho a la vida, reconocido en el artículo 4 de la Convención.

Dicha práctica generalizada en las dictaduras latinoamericanas en el siglo pasado, a más de violar directamente numerosas disposiciones de la Convención, como las señaladas, significa una ruptura radical de este Tratado, en cuanto implica el craso abandono de los valores que emanan de la dignidad humana y de los principios que más profundamente fundamentan el sistema interamericano y la misma Convención. La existencia de esa práctica, además, supone el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado de modo que se garanticen los derechos reconocidos en la Convención.

En "Velásquez Rodríguez" la Corte acentuó el incumplimiento del artículo 1.1 de la Convención, que es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho Internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención.

La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de "respetar los derechos y libertades" reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado.

La segunda obligación de los Estados Partes es la de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

En ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona. La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, afirma la Corte que debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad.

Según el principio de Derecho internacional de la identidad o continuidad del Estado, la responsabilidad subsiste con independencia de los cambios de Gobierno en el transcurso del tiempo y, concretamente, entre el momento en que se comete el hecho ilícito que genera la responsabilidad y aquel en que ella es declarada. Lo anterior es válido también en el campo de los derechos humanos aunque, desde un punto de vista ético o político, la actitud del nuevo Gobierno sea mucho más respetuosa de esos derechos que la que tenía el Gobierno en la época en la que las violaciones se produjeron. Esta resolución avanza en el reconocimiento de los Estados de este derecho, incorporando elementos que caracterizan el estatus normativo del *Derecho a la verdad* como una norma internacional consuetudinaria, ya que los estados reconocen:

> … el derecho que asiste a las víctimas de violaciones manifiestas de los derechos humanos y violaciones graves de las normas internacionales de derechos humanos, así como a sus familias, en el marco del sistema jurídico interno de cada Estado, de conocer la verdad sobre esas violaciones, en particular la identidad de los autores y las causas, los hechos y las circunstancias relacionados con las violaciones.

Respecto a los principales elementos que constituyen el derecho a la verdad, la mayoría mencionados en la Resolución N° 2005/66, cabe

destacar de manera sucinta y tomando en cuenta la experiencia latinoamericana en materia del derecho internacional de los derechos humanos las siguientes características:

a. Derecho a la verdad o derecho a saber como derecho colectivo;
b. Derecho a la verdad o derecho a saber como reparación;
c. Derecho a la verdad como cesación de la violación al derecho a la integridad psíquica y moral;
d. Derecho a la verdad como prevención, como memoria;
e. Derecho a la verdad o derecho a saber como obligación de medios y no de resultados;
f. Derecho a la verdad o derecho a saber como derecho al duelo;
g. Derecho a la verdad que incluye el derecho a la justicia;
h. El derecho a la verdad como derecho colectivo.

422. La verdad acordada entre las partes

Los pactos sobre la prueba son de tres tipos: a) los que aceptan usar un medio de prueba no previsto por la ley sin que el mismo esté prohibido; b) los que persigan otorgarle a un medio autorizado por la ley un valor o mérito de convicción superior o diferente al que esta le da o al que el juez les reconozca (según rija la tarifa legal o la libre apreciación),[1935] y c) los que relegan o descartan el valor probatorio de ciertos medios de prueba.

Chiovenda negó toda posibilidad a estos acuerdos;[1936] Rosenberg las concibe para generar presunciones de hecho y alterar, en ese caso, la carga de la prueba,[1937] en fin, la doctrina ha debatido largamente sobre estos pactos sobre la prueba que pretenden afectar la apreciación.

Taruffo propone analizar una variable en el derecho a la verdad, referida al eventual acuerdo procesal entre las partes relativos a la verdad o a la falsedad de los hechos alegados.[1938] Parte de considerar las

1935. Devis Echandía, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial, op. cit.*, T. I, p. 511.

1936. Chiovenda, José, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, México, Cárdenas, 1989, T. III, p. 12.

1937. Rosenberg, Leo, *La carga de la prueba* (trad. de Ernesto Krotoschin, Julio César), Montevideo, Faira Editor, 2ª ed., 2002, p. 217.

1938. Taruffo, Michele, "Verdad negociada", *Revista de Derecho*, N° 1, vol. XXI, julio 2008, pp. 129 y ss.

dificultades filosóficas de variar conceptos que asuman realidades que no son, pero aceptando que en el ámbito jurídico los convenios transaccionales son factibles. Ello, por otra parte, teniendo en cuenta que son bastante difundidos, por un lado, el escepticismo de los desilusionados absolutos, para quienes no existe alguna verdad dado que en el mundo de las cosas humanas –y en particular de aquellas jurídicas– no se dan *Verdades Absolutas*; y por otro lado, el escepticismo más reducido de aquellos que William Twining ha llamado *hard nose practicioners*, esto es prácticos del derecho –sobre todo los abogados– para quienes en el proceso se puede hablar de todo salvo de la verdad.[1939]

Son numerosas, de hecho, las posiciones que de distinto modo comparten la tesis que en el proceso civil no se podría o no se debería hablar de la verdad de los hechos. Los enunciados formulados no obstante su diversidad, convergen en implicar la negación de todas estas orientaciones, sobre el plano filosófico y epistemológico en general, así como sobre el jurídico y procesal en particular. La tesis que tales premisas expresan, y que aquí integralmente se adopta, ha sido recientemente formulada de un modo bastante claro y eficaz por Michael Lynch, el que afirma que la verdad es objetiva, es buena, es un objeto digno de indagaciones y amerita ser perseguida.[1940] Sobre la base de las consideraciones –dice Taruffo– parece oportuno hacer explícita una premisa, que puede ser formulada así: "Existe la posibilidad de descubrir, con métodos adecuados y atendibles, la verdad referida a eventos del mundo externo".

Esto implica que los acontecimientos del mundo real pueden ser objeto de conocimiento objetivo y atendible. Eso no significa que se deba adherir a teorías "ingenuas" de la correspondencia entre mente y mundo, o entre mundo y lenguaje. Existen en verdad concepciones de "realismo crítico" que no son precisamente ingenuas bajo un perfil filosófico y epistemológico, y que comparten la posición de que la realidad externa es conocible de un modo objetivo y racional.[1941]

1939. Sobre estas figuras cfr. Twining, William, *Rethinking evidence. Exploratory essays*, Cambridge, 2ª edición, 2006, pp. 103 y ss.

1940. Lynch, Michael, *La verità e i suoi nemici* (trad. de Francesco Fortuna), Milán, Cortina Raffaello, 2007, p. 21 y ss.

1941. Sobre estas concepciones ver, por ej., Goldman, Alvin, *Knowledge in a social World*, OUP Oxford, p. 41 y ss.; Norris, Christopher, *Epistemology. Key concepts in philosophy*, Continuum, pp. 6, 10, 14, 42 y ss., 57, y 67 y ss.

En el contexto del proceso, esto conlleva a que se admita la posibilidad de conseguir una determinación verídica de los hechos relevantes para la decisión, a través del empleo de instrumentos probatorios adecuados. En particular comporta que se rechace también la extendida opinión, para la cual, en el proceso se descubriría solo una verdad "formal" (o una mera "fijación formal" de los hechos) y de reconocer por el contrario que –en la medida que se dispusiese de un sistema probatorio eficiente– se podría averiguar la verdad real ("histórica", "empírica", "material") de los hechos que están en la base de la controversia. Naturalmente no se habla aquí de *Verdad Absoluta*, dado que la verdad con las iniciales mayúsculas ha quedado patrimonio exclusivo de algunas metafísicas y religiones integristas, sino simplemente de la verdad que puede ser descubierta en el mundo incierto y frágil de las cosas humanas.

Ahora bien, sigue explicando Taruffo, el problema que se analiza exige abordar la función del proceso, y del proceso civil en particular, y se refiere al significado de lo que nosotros hemos llamado "debido proceso" y que el maestro italiano define como "justo proceso". La idea es simple: *El proceso es justo si está sistemáticamente orientado hacia la producción de decisiones justas*, de manera que, sin olvidar que el proceso sea dispuesto para resolver controversias, para ser justo, debe incluir la actuación de todas las garantías fundamentales impuestas por los principios constitucionales. Por otro lado, se debe evitar caer en el círculo vicioso consistente en considerar *a priori* como justa cualquier decisión que derive de un proceso que se considera "procedimentalmente justo" solo porque en él se aplican las garantías procesales de las partes. En realidad, un proceso "garantista", en el que las partes hayan podido ejercer adecuadamente todas sus defensas, puede perfectamente producir decisiones sustancialmente injustas, como la experiencia muestra cotidianamente, porque el juez se equivoca al interpretar o aplicar la ley o porque se producen errores en la determinación de los hechos, o por otras varias razones.

En consecuencia, un proceso justo es el que permite resolver con justicia, de forma que "una decisión es justa si se funda sobre una determinación verídica de los hechos relevantes".

> Sobre el fondo así trazado puede plantearse ahora el problema de la posibilidad de configurar acuerdos entre las partes que tengan por objeto la verdad de los hechos de la causa. El problema nace esencialmente en razón

> de la consolidación –en el nuestro como en muchos otros ordenamientos– de la tendencia que establece que los hechos que deben ser determinados en juicio vienen a fijarse en función de la conducta de las partes, o sea mediante la combinación entre la alegación de los hechos obra de una de la partes y la refutación de ellos obra de la otra parte. Si, por tanto, un hecho alegado no viene (en tiempo) refutado, se considera pacífico, lo que significa aproximadamente –al menos según la opinión prevaleciente de la jurisprudencia– que él no es objeto de prueba y ni siquiera de decisión.[1942]

Es cierto que las reglas admiten la preclusión del tiempo para introducir verdades que no sean oportunas; en el proceso el factor temporal es determinante como para generar ficciones o realidades que no son tales, aunque obran en el espacio de las presunciones.

Por otra parte, esta interpretación de la verdad "que no es", se concibe en lo que Taruffo llama el factor de carácter ideológico, que está evidentemente en la base de la concepción negocial de la verdad procesal.

En efecto –agrega– esto es posible por:

> ... la concepción del proceso civil según la cual él sería solo una *cosa privada de las partes*, y en consecuencia en el proceso debería suceder todo aquello que las partes quieren y nada más o distinto de eso que las partes quieren. Esta ideología se encuentra muy difundida y tiene numerosas implicaciones que aquí no se pueden tomar en consideración ni siquiera sumariamente, y que de otra parte han sido desde hace tiempo discutidas por una literatura amplia y variada. En cambio, es necesario poner en evidencia lo que dicha ideología implica respecto a la determinación de los hechos que deben ser probados. Se trata, en sustancia, de una concepción negocial según la cual pertenecería exclusivamente a las partes, a través de la alegación u objeción o no objeción de los hechos, el poder de establecer qué cosa debe o no debe ser probada, y también el poder de determinar qué cosa debe o no debe ser tenida como verdadera a los fines de la decisión.
>
> La idea que las partes puedan estipular un acuerdo en orden a los hechos que forman parte del *thema probandum*, y en relación a la verdad de los hechos no objetados, tiene algunas consecuencias que la jurisprudencia mayoritaria acoge, como aquella según la cual el juez no podría admitir pruebas deducidas por las partes ni disponer de oficio pruebas sobre el hecho no refutado, o aquella por la cual debería tener por verdadero aquel hecho sin realizar sobre él ninguna valoración. En cualquier caso, se trata en realidad de consecuencias paradójicas, como por ejemplo

1942. Taruffo, Michele, "Verdad negociada", *op. cit.*, p. 132.

> aquella que se verifica cuando se logra decir que el juez no debe tener en cuenta alguna prueba, y por tanto ni siquiera pruebas que demuestren la falsedad del hecho "pacífico", no obstante que tal falsedad sea claramente demostrada por una prueba vinculante (resultando ella, por ejemplo, de un acto público). En otros casos se trata de consecuencias poco claras, como aquella según la cual las partes podrían determinar negocialmente la verdad de un hecho solo cuando la controversia considere derechos disponibles, mientras que tal negocio sería obviamente vetado cuando se trate de derechos indisponibles, con la consecuencia que solo en esta segunda hipótesis el juez debería determinar la verdad de los hechos.
> De este modo se introduce una bifurcación difícilmente justificable, en función de la cual el proceso estaría o no orientado a determinar la verdad de los hechos según si la controversia versa sobre derechos indisponibles, en cuyo caso la verdad debería ser determinada, o sobre derechos disponibles, caso en el cual la verdad de los hechos podría ser determinada solo si las partes se ponen de acuerdo en tal sentido, o sea solo en el caso en que el demandado exprese la voluntad "negocial" de no acordar con el actor sobre la "verdad" de los hechos que éste ha alegado".[1943]

Siguiendo esta línea, la bilateralidad propia del contradictorio se altera cuando los hechos quedan acordados en cuánto sea objeto de prueba; no se trata de una fijación judicial de aquellos que el juez interpreta son los que personalmente importan para esclarecer los hechos controvertidos, sino una decisión voluntaria de las partes que despojan el carácter público del litigio para llevarlo al terreno de las alegaciones puras, que pueden o no ser verdades, en el sentido puro del término.

Se opone Taruffo a esta posibilidad, sosteniendo que es un grosero equívoco que no tiene consideración de la real naturaleza y de los efectos de las actividades de alegación y de oposición y no oposición a los hechos. En particular, parece peregrina la idea que las partes "dispongan" del hecho que ha sido alegado, como si de la verdad de los hechos se pudiese disponer, cómo un negocio tan eficaz capaz de vincular al juez para tener como verdadero aquel hecho sin ni siquiera "convencerse de su existencia". Se trata, como es fácil constatar, de una construcción imaginaria que no tiene nada que ver con la realidad de eso que las partes hacen cuando alegan, refutan o no refutan un enunciado de hecho. Tal construcción encuentra una explicación en la

1943. Ibídem, p. 134.

ideología del proceso como "cosa privada de las partes" de la que ya se ha hecho referencia, pero en el contexto del proceso no se justifica y no responde a alguna particular exigencia.

> Asimismo, no es posible extraer consecuencias de este género de la pura y simple conducta omisiva de la parte que no objeta: si la sabiduría popular dice que "quien calla otorga", no dice sin embargo que el hecho de callar demuestre de algún modo la verdad de eso sobre lo que se calla. En realidad, las razones por las que la parte no objeta un hecho alegado pueden ser variadas, pero ninguna de ellas parece idónea para determinar la verdad del enunciado que describe el hecho. Al contrario, el demandado podría evitar refutar un enunciado relativo a un hecho que sabe que no es verdadero precisamente con el fin de ocultar la verdad, colaborando con el actor en violar la ley. No se puede ni siquiera excluir, de otro lado, la eventualidad que el demandado no conteste un enunciado de hecho que en realidad es falso, porque cree erróneamente que él sea verdadero. Parece, por tanto, evidente que de la falta de objeción no se pueden extraer elementos de convicción (y tampoco "argumentos de prueba") a propósito de la verdad del enunciado en cuestión, y tampoco a propósito de la voluntad de la parte que no objeta la conclusión de un acuerdo en relación a esta verdad.[1944]

Todo esto equivale a decir que la no objeción de la alegación de un hecho no tiene en sí algún efecto vinculante, ni para las partes ni para el juez: no se trata de hecho de un negocio estipulado entre las partes, sino de una situación en la cual no se deprecia el valor de la verdad como condición de justicia de la decisión, y resulta de cualquier modo oportuno minimizar la eventualidad de que una decisión sea tomada sin una determinación efectiva de la verdad de los hechos relevantes.

1944. Ibídem, p. 133.

Capítulo LIII
Cuestiones que son objeto de la prueba

423. Introducción

Los hechos dominan el espacio comprometido al conocimiento judicial. Son ellos los que enmarcan el ámbito litigioso definiendo las cuestiones que son objeto de prueba. La necesidad de probar, en cambio, es contingente al depender de las actitudes de la parte.

Observamos con anterioridad que se habla de necesidad probatoria cuando los hechos constitutivos de la relación procesal requieren verificarse ante la disparidad de versiones que llegan de los escritos de postulación y réplica. Estos hechos se llaman *alegados* y para ser pasibles de un resultado confirmatorio deben ser *útiles y conducentes*. De otro modo, no puede producirse prueba sobre hechos que no estén articulados por las partes en sus escritos respectivos (art. 364, CPCCN). Vale decir, la prueba sobre los hechos exige que estén en el proceso, no fuera de él; pero el sentido de ello significa no que el hecho exista o no, sino que la parte lo haya introducido oportunamente mediante las alegaciones.

Pero hay algo más, un hecho alegado se convierte en un extremo a probar cuando del mismo se desprenden afirmaciones que la otra parte resiste, ocasionando el contraste entre ellos. De este juego de alegaciones y contestaciones se nutre la prueba (como actividad), de forma tal que los hechos alegados, introducidos en los escritos de demanda, reconvención y sus contestaciones, deben probarse únicamente cuando estén controvertidos, es decir, afirmados por una parte y negados o desconocidos por la otra.

Por su parte, son hechos conducentes, esto es, pertinentes y útiles, los que inciden con suficiente importancia en el curso de la litis; sin adquirir esta calidad los que, estando contrapuestos no llevan mérito bastante para alterar el contenido hipotético del pronunciamiento definitivo.

Todas estas cuestiones están marcadas por los escritos de postulación y réplica, porque de allí surgen los presupuestos fácticos de la norma que se invoca como fundamento de las respectivas pretensiones, defensas o excepciones.

Ahora bien, si de la comparación entre escritos surgieran las cuestiones que son objeto de prueba, sería tarea sencilla para el juez fijar los hechos que debieran ser producto de la actividad en tal sentido. Simplicidad que no existe en el ordenamiento procesal que categoriza una diversidad enorme de hechos de los cuales algunos no necesitan probarse.

Así puede prescindirse de producir la prueba que no es esencial, e inclusive cumplimentada pero pendiente de agregación al expediente, si el juez considera que no la necesita para dictar sentencia. Junto a estos hechos evidentes o de fácil demostración por contar con medios adecuados para verificarlos, existen otros hechos que completan el cuadro de afirmaciones, pero que se dan en la línea de los signos y posibilidades. En ellos la prueba se da como resultado de la valoración (arg. art. 163, inc. 5, párr. 1, CPCCN).

Va de suyo que si no hay hechos expuestos o afirmados no existe carga probatoria. A su vez, los hechos afirmados pueden ser aceptados o disentidos en su explicación fáctica. Pueden estar admitidos totalmente, llegando a confirmar la certeza del derecho invocado; o bien, puede promediar reconocimiento expreso o tácito a las pretensiones del actor; y finalmente, un sometimiento voluntario a las peticiones aun cuando no se manifieste sobre el derecho que las fundamenta. Son estas las actitudes que antes referimos y que determinan las consecuencias de los hechos que son materia de prueba.

Esta base se piensa por vía del principio de bilateralidad y contradicción, por lo cual se proyecta también a la etapa probatoria permitiendo que aquellos hechos –eventualmente controvertidos– puedan reconocerse por confesión (declaración de partes en la audiencia de absolución de posiciones), o admitirse como ciertos aplicándoles los efectos del silencio, conforme la estricta vigencia del principio de preclusión de los actos procesales. Por tanto, las probabilidades de la actividad dependen en grado sumo de las actitudes del demandado, y reportan en la carga de la prueba.

Ahora bien, como las consecuencias no están suficientemente esclarecidas, quedan dudas respecto a qué debe probarse y en qué circunstancias procede.

424. Las cuestiones de hecho y de derecho

Al analizar el objeto de la prueba dimos nuestra visión respecto al concepto amplio que tiene la noción de hechos a probar, el cual, ratificamos, no puede quedar circunscrito a las afirmaciones que se deben comprobar, porque los hechos son más que eso, al no depender su existencia de la introducción procesal en el juicio. Los hechos se conocen o no sin necesidad de prueba.

Fue Carnelutti quien advirtió que las situaciones de hecho podían tener una representación distinta en la realidad judicial deducida de las aseveraciones de las partes; por ello:

> La afirmación de un hecho es la posición de este como presupuesto de la demanda dirigida al juez. Cuando el acto cuya realización se pida al juez presuponga la existencia de determinado hecho, la petición del propio acto implica por necesidad la afirmación del mismo: afirmación, se entiende, de su existencia material [...]. A la afirmación de un hecho por parte de un litigante puede corresponder la afirmación del mismo hecho por parte del otro; ello sucede siempre que también este otro ponga aquel hecho como presupuesto de su demanda al juez [...] La afirmación de un hecho ya afirmado por la contraparte se llama admisión, cuya noción, por tanto, se puntualiza en estos términos: *posición como presupuesto de la demanda, de un hecho ya presupuesto en la demanda contraria*.
> La afirmación de las partes vincula al juez en cuanto a la posición de hecho: de un lado, porque no puede poner una situación de hecho que no haya sido afirmada por una (cuando menos) de las partes y, de otro, porque no puede dejar de poner (omitir) una situación de hecho que haya sido afirmada por todas las partes. La afirmación unilateral (discorde) de un hecho es condición necesaria para su posición en la sentencia; la afirmación bilateral (concorde) es tal fin condición suficiente. Los hechos no afirmados no pueden ser puestos; los hechos afirmados concordantemente tienen que ser puestos.[1945]

Obviamente la idea de Carnelutti admite el poder de las partes para disponer de los hechos del proceso; sin que el principio de oficialidad pueda desde el control de los presupuestos procesales variar aquello que cada interesado alega, porque el juez no puede poner en la sentencia un hecho que no esté afirmado, pues para él, no existe.

1945. Carnelutti, Francesco, *La prueba civil, op. cit.*, pp. 8-9.

Pero esta máxima: *da mihi factum, dabo tibi ius*, no significa que el proceso quede abandonado a las versiones que se confirman con la actividad del litigante; el rol que también se advierte desde la concepción de la fijación de los hechos (Carnelutti) es que debe diferenciarse la *certeza* de la *verdad*.

Esto quiere decir que no se trata de la misma operación el establecer desde los hechos probados y de aquellos que no lo fueron, sino de remediar la verdad auténtica que las partes quizá hayan eludido, permitiendo el fin objetivo del proceso.

De este modo, hay que estar de acuerdo con Carnelutti –dice Sentís Melendo– cuando dice:

> Desde el punto de vista del fin, las pruebas son medios de búsqueda de la verdad; desde el del resultado, son medios para la fijación de los hechos. Si la cosa se considera bajo el segundo de estos aspectos, me temo que se encuentran bastantes pocas pruebas que no sean sucedáneos[1946] y que, por ejemplo, muchas veces la prueba testimonial no valga más que el juramento decisorio […] Cuando nos convencemos, cuando llegamos a la convicción, lo hacemos por medio de pruebas; cuando no se alcanza esa finalidad, tenemos que conformarnos con el resultado de fijar los hechos, que conducirán igualmente a la sentencia.[1947]

En consecuencia son los hechos en su amplia dimensión los que permiten alcanzar la verdad sin quedarse conforme con la certeza. La

1946. Explica Sentís Melendo que no se debe confundir entre prueba y sucedáneo, aunque el resultado práctico, sobre todo a los fines de construir una sentencia, pueda ser el mismo. Carnelutti trabajó sobre el concepto de sucedáneo de prueba en oposición al de medio de prueba, sin que la diferencia los lleve a la antítesis, porque la primera supone todo proceso jurídicamente reglado, mientras que la segunda es el vehículo. En una palabra, lo que está diciendo es que cuando falte libertad (esto es, cuando el proceso esté jurídicamente reglado) no tendremos medio de prueba sino sucedáneo de prueba; pero para otra posición, el sucedáneo es medio de prueba. Es una cuestión de lenguaje. Por ello sostiene Sentís Melendo que seguirá llamando pruebas a las que pretenden la verdad, a las que aspiran a ella, aunque hayan de conformarse con la certeza; por sucedáneos de prueba entiende aquellas manifestaciones procesales que, a falta de pruebas o mediatizando estas, dan la posibilidad de establecer o poner, como base de la sentencia, unos elementos fácticos que no son el resultado de una prueba sino, más exactamente, de la ausencia de esta o de una especial manifestación de esta (Sentís Melendo, Santiago, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Buenos Aires, Ejea, 1979, pp. 115-116).

1947. Carnelutti, Francesco, *La prueba civil, op. cit.*, p. 216.

fijación de los hechos es indispensable para establecer la sentencia y definir en ella la posición de las alegaciones.

Por eso, "como también existen casos en los que las normas jurídicas materiales establecen como causa de una consecuencia, no unos hechos en el sentido amplio indicado, sino otra consecuencia jurídica y esta, a su vez, es causa de otra consecuencia. En estos casos, debe tenerse en cuenta que la primera consecuencia jurídica puede ser también objeto de la prueba".[1948]

Esta es la tesis sustentada por Rosenberg que se explana en el artículo 377, párrafo segundo del Código Procesal, pero ello no debe llevar a la conclusión de que el derecho tiene que probarse, porque en realidad, el principio *iura novit curia* y lo establecido en el artículo 8 del Código Civil y Comercial de la Nación ("la ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su cumplimiento, si la excepción no está autorizada por el ordenamiento jurídico") llevan a invertir la conclusión; en general, lo que es materia de verificación es el derecho extranjero, la costumbre, el derecho histórico o no vigente y parte del derecho estatutario o no general.[1949]

425. La prueba del derecho

El derecho, por vía de principio, está excluido de la actividad probatoria; sobre la base de presumirlo conocido por quien lo debe aplicar. Existe un deber del oficio, que impone a los jueces la obligación de pronunciamiento aun frente a la oscuridad o silencio de las leyes. Por eso la regla del artículo 8 del CCyC recién indicado.

El principio *iura novit curia* alimenta esta regla desde otra perspectiva, en cuanto permite al juez no solo calificar adecuadamente el derecho aplicable a los hechos en estudio, sino también modificar el cuadro de presentación que las partes formularon en sus escritos constitutivos, a cuyo fin obra consecuente el deber de "fundar toda sentencia definitiva e interlocutoria, bajo pena de nulidad, respetando la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia" (art. 34, inc. 4, CPCCN).

Sin embargo, para interpretar el principio cabalmente, es necesario distinguir ciertas situaciones de praxis. El derecho es omnicomprensivo,

1948. Montero Aroca, Juan, *La prueba en el proceso civil, op. cit.*, p. 40.
1949. Ibídem, p. 41.

y en este aspecto refiere no solo a las normas materiales, sino también las procesales y las que estructuran y conforman la totalidad del ordenamiento jurídico. Este derecho interno son leyes, decretos, ordenanzas, circulares, actos administrativos, resoluciones, etc. Cada una es un derecho en particular y, si aplicáramos el principio de exclusión probatoria a todas estas expresiones, podría *mutatis mutandi*, cercenarse la finalidad de seguridad jurídica prevista en la *ratio esendi* de la regla.

La debida parcelación de las normas puede incorporar respuestas a este problema. En primer término, de acuerdo con el artículo 7 del Código Civil y Comercial, "a partir de su entrada en vigencia las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes". Entonces, las leyes cobran aplicación y vigencia obligatoria sin necesidad de demostrar su publicación, por la presunción del absoluto conocimiento. En cambio, las dificultades se encuentran en la publicidad de otras normas legales. Tal como se presenta el principio de la necesidad de prueba, la dicotomía se traba entre normas extranjeras y nacionales, donde solo estas últimas están liberadas de verificación.

El planteo obliga a considerar la presunción de conocimiento de todo orden jurídico interno, entendiendo en este, además de las leyes federales, las normas provinciales, las ordenanzas y decretos municipales; las circulares de entidades del Estado de aplicación general y obligatoria; las disposiciones administrativas reservadas a espacios determinados, entre otras naturales de la vorágine actual que piensa que si todo no está escrito no puede ser regulado.

El artículo 5 del Código Civil y Comercial establece: "Las leyes rigen después del octavo día de su publicación oficial, o desde el día que ellas determinen".

En cada una de estas cuestiones la duda estriba en el conocimiento efectivo que el juez tenga, de modo tal que, en nuestro parecer, el problema radica en la forma como se alcanza dicho conocimiento. Por ello, la vigencia del derecho interno no es tema de prueba de la parte, sino que es una actividad o iniciativa del tribunal para allegarse de las constancias fehacientes de las normas invocadas.

Tampoco es posible descargar en las partes la verificación de un derecho local que, por ser interno, el juez puede investigar con suficiencia de medios y posibilidades siempre y cuando tenga presente la iniciativa e instrucción de oficio.

Parte de la doctrina, sin embargo, considera que si el derecho interno no fue publicado oficialmente, el deber de conocimiento no existe y torna la cuestión como necesidad probatoria en cabeza de la parte que invocó el precepto jurídico.[1950] Así también, si la incertidumbre fuera sobre la autenticidad de la edición oficial, la carga de la prueba sobre la existencia o inexistencia corresponde a las partes.[1951]

426. Prueba del derecho extranjero

El artículo 1 del Código Civil y Comercial de Argentina dispone que todos los casos se deben resolver según las leyes aplicables, conforme la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos en los que la República sea parte. Siempre se tiene en cuenta la finalidad de la norma, que se constituye en un principio rector para la interpretación.

Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes siempre que no sean contrarios a derecho. En este sector es donde se advierte una alteración del modelo contemplado por Vélez Sarsfield. El codificador dijo que la ley extranjera era un *hecho* que debía probarse, opinión a la que adscribió buena parte de la doctrina. Por eso, la prueba fue innecesaria cuando mediaba admisión de su existencia por la parte a quien era opuesta.

Empero esta conclusión fue discutible, porque de la simple contingencia de emplazar un derecho foráneo en una controversia local, no surgía desvirtuada la calidad de la norma a interpretar. Esta seguía siendo derecho, con la particularidad que se incorporaba al proceso a pedido de parte y no por su condición naturalmente operativa si fuese de orden interno. Además, no se puede desnaturalizar el uso de la norma extranjera cuando su utilidad y aplicación viene corroborada por convenciones o tratados internacionales. En estos casos resulta preciso deslindar los espacios que ocupan la aplicación del derecho extranjero y la prueba que corresponde realizar sobre su existencia.

Respecto del primer problema, cabe interpretar que sancionada la Ley N° 22921 que da vigencia territorial a las disposiciones de la Convención Interamericana sobre las normas generales del Derecho

1950. Morello, Mario Augusto, Sosa, Gualberto Lucas, Berizonce, Roberto Omar, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación, op. cit.*, p. 13.
1951. Couture, Eduardo Juan, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 221.

Internacional Privado, el viejo artículo 13 del Código Civil quedaba virtualmente derogado; circunstancia que tornaría el regreso a las fuentes internacionales cuando las partes se someten a ellas voluntariamente. Y aun sin pretender desbordar el alcance asignado, y quedase vigente el mentado artículo 13, siempre el juez contaba con la ponderación de oficio para la subsistencia o no del derecho extranjero.

La relación entre utilidad y prueba se enfocó con otra variante, porque para poder dictar una sentencia congruente, el juez necesitaba completar el conocimiento que tuviera sobre las normas foráneas.

Aquí el principio de la carga tenía cierta contradicción entre el mentado artículo 13 del Código Civil (quien alega debe probar) y el apartado 3 del artículo 377 del Código Procesal que establece: "Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez podrá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia de litigio". ¿Persiste este problema?

La ambigüedad estaría en que, por las normas de fondo, el derecho extranjero se asimila a una cuestión de hecho; en cambio, el código procesal recibe las normas extrañas como cuestiones de derecho, dando pie a la iniciativa oficiosa para interpretar y aplicarlo.

En este aspecto conviene agregar que la carga de invocación del derecho extranjero no conduce inexorablemente a impedir que los jueces locales apliquen la ley ajena cuando las normas de conflicto del derecho internacional privado así lo dispongan. De lo contrario, la aplicación de las mismas, de naturaleza inderogable, quedarían a merced del arbitrio de las partes, dueñas de invocar o no el derecho extranjero indicado por las normas de conflicto argentinas.[1952]

1952. Un meditado fallo de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, en su parte pertinente dice [...] "La convocatoria de un derecho extranjero por parte de una norma indirecta del ordenamiento vernáculo, para solucionar un caso mixto o internacional, genera una serie de cuestiones que configuran uno de los tramos más interesantes del Derecho internacional privado, dentro del cual el no menos apasionante interrogante es el que lleva a determinar *de qué manera se introduce en el pleito la legislación extranjera convocada por la norma de conflicto*. El papel que desempeña el derecho extranjero dentro del proceso en la Argentina, ha sido explicado por varias teorías, las que se diferencian por el grado de participación o injerencia que se le asigna al juez. La teoría dispositiva le otorga al judicante un rol pasivo: son los justiciables los que deben invocar y probar la ley extranjera convocada por la norma indirecta. En cambio –la doctrina opuesta– la del principio de la oficialidad, le acuerda al magistrado un rol activo: tiene que aplicar obligatoriamente y de oficio el derecho no nacional. Las corrientes interme-

Nuestro Código Civil y Comercial sigue la línea tradicional de aceptar que los hechos se introducen en el proceso por las partes, de modo que si el derecho extranjero es un *hecho*, no hay otra forma de pensar que son las partes quienes deben alegarlo. Sin embargo, la reforma introducida por la Ley N° 22434, que añadió al artículo 377 del Código Procesal un tercer párrafo, si bien continúa colocando como carga de las partes alegar el derecho extranjero, concede al judicante la potestad de aplicarlo *ex officio*.

427. Prueba de la costumbre

Cuando el derecho consuetudinario es fuente normativa se incorpora al derecho interno y valen para ello las conclusiones alcanzadas respecto a la eximición de prueba. Pero, en nuestro ordenamiento jurídico, la costumbre no crea derecho sino cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos (usos y costumbres) o en situaciones no regladas legalmente (artículo 1, Código Civil y Comercial).

Diversas disposiciones procesales reconocen en el derecho consuetudinario una expresión constante que alimenta fórmulas de solución, circunstancia que interesa poner de relieve para observar cómo se introducen en el litigio estos principios.

De acuerdo con el presupuesto general, si los usos y costumbres son referidos directamente por las normas, adquieren condición de derechos y no necesitan ser probados. Por ejemplo con las modalidades de la compraventa acerca del pago en el lugar donde se entrega la cosa; o respecto a las palabras de los contratos y convenciones que deben entenderse utilizadas en el uso corriente y sin abusar de ellas.

Sin embargo, estas cuestiones, y otras que se vinculan de la misma manera, son usos y costumbres notorios, es decir, captados bajo una modalidad común que todos conocen y admiten como de suceso habitual. Por eso, si esa notoriedad no fuese tal, la incertidumbre obliga a probar la hipótesis que reconozca la posibilidad de hacerla jugar como norma de derecho. La verificación es obra conjunta del interés de ambos sujetos del proceso: para el órgano judicial por su deber de

dias, en sus diversas variantes, disciernen a favor del juez y/o de las partes, la potestad de marras (SC Buenos Aires, "Soto, Javier c/ Exxe S.A. s/ despido", 28/04/2004).

fundar los pronunciamientos con acierto y convicción; para la parte, como sustento que afirme su predicado.

Claro está que si hubiese notoriedad en los usos el juez podría utilizarlos de oficio, aunque no hubiese alegación de los interesados. El Código Procesal destaca que se debe probar la costumbre cuando esta sustenta la pretensión, lo que no impide proyectar al caso las explicaciones precedentes.

428. Cuestiones que no se deben probar

El carácter bilateral de las alegaciones, según el cual a cada afirmación corresponde una respuesta, permite deducir que la necesidad de prueba se limita cuando no hay interés en controvertir; o bien cuando de las mismas circunstancias surgen conclusiones que no requieren de actividad probatoria para confirmar.

Focalizados así, existen hechos que están exentos de prueba: a) por exclusiva decisión de las partes, unilateral o bilateralmente; b) por contingencias objetivas como son los hechos notorios, los presumidos legalmente, o los evidentes; c) por situaciones de carácter subjetivo que parten del conocimiento personal del juez y de las máximas de experiencia; por la naturaleza del hecho, en cuyo caso la exención puede estar predeterminada por la ley como medida preventiva (*v. gr.* por razones de moral y buenas costumbres); por sus antecedentes jurídicos (*v. gr.* prejudicialidad, cosa juzgada) y por el secreto profesional.

428.1 Hechos eximidos de prueba por actitudes de parte

El carácter bifronte de un hecho (ante la alegación cabe la réplica) permite asumir actitudes diversas o ninguna, implicando esas conductas consecuencias sobre las afirmaciones que tendrán o no que verificarse. Va de suyo que si no hay hechos afirmados no existe carga probatoria, porque nada existe para demostrar. Las articulaciones se corresponden con la congruencia del fallo, por eso el juez no puede incorporar en la sentencia un hecho no afirmado por una de las partes, porque tal circunstancia no existe para él, aun cuando pudiera deducirla.[1953]

1953. Carnelutti, Francesco, *La prueba civil, op. cit.*, p. 13.

Bien indica Palacio que, por lo tanto:

> Se hallan excluidos del objeto de la prueba los hechos no afirmados por ninguna de las partes aunque ello no descarta la posibilidad de que la actividad instructoria se extienda a la comprobación de circunstancias que si bien no han sido especificadas con la claridad que exigen los arts. 330 inciso 4º y 356 inciso 2º –del CPN–, lo fueron en cambio en forma incidental o genérica, siempre que guarden relación con los hechos principales o invocados como fundamento de la pretensión o de la oposición.[1954]

Los hechos afirmados, a su vez, pueden ser aceptados como ciertos pero disentidos en su explicación fáctica. Pueden ser admitidos totalmente, llegando a confirmar la certeza del derecho invocado; o bien puede existir reconocimiento expreso o tácito a las pretensiones del actor; y, finalmente, un sometimiento voluntario a las mismas peticiones, pero sin pronunciarse sobre el derecho que las fundamenta (*v. gr.* allanamiento).

En la etapa probatoria, los hechos pueden resultar confesados expresa o tácitamente, e inclusive, admitirse por aplicación del silencio conforme la estricta vigencia del principio de preclusión de los actos procesales.

a. Los *hechos admitidos* son aquellos en los que ambas partes están de acuerdo con su producción. No hay discrepancia en el relato de las circunstancias. Por lo general, la admisión es producto de las afirmaciones de una parte que la otra acepta por ciertas, hablándose en estos casos de admisión expresa.
   En cambio, existe admisión tácita cuando se le otorga al silencio el valor y alcance de una confirmación.
   La admisión puede ser simple y calificada. De la primera especie son los actos que aceptan lisa y llanamente el hecho afirmado por la otra parte; y "es calificada, cuando se acepta ese hecho, pero introduciendo en él aclaraciones y explicaciones o atribuyéndole una configuración jurídica diferente, por ejemplo, frente a la alegación del actor que entregó un dinero en préstamo, el demandado puede decir: 'es cierto que recibí el dinero, pero no en calidad de préstamo, sino de donación'".[1955]

1954. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. IV, p. 346.

1955. Fenochietto, Carlos Eduardo y Arazi, Roland, *Código procesal civil y comercial de la Nación, op. cit.*, T. 2, p. 256.

La admisión simple y expresa torna innecesaria prueba alguna respecto a los hechos involucrados; en cambio, la admisión calificada obliga a verificar la versión que se introduce, por constituir un hecho modificativo.

Por otra parte, el hecho admitido consuma dos consecuencias inmediatas: una obliga al juez a tener presente la afirmación bilateral al tiempo de sentenciar; otra, a tenerlo por suficientemente acreditado y sin necesidad de abono alguno.

La admisión tácita tiene otras dificultades intrínsecas que provienen del efecto jurídico que se asigne al silencio. Cierta parte de la doctrina entiende que surte los efectos de la *ficta confessio*;[1956] otros prefieren encontrar un caso de manifestación de la voluntad sugerida ante la obligación legal de expedirse.

Couture observa la necesidad de fijar el alcance de esta doctrina, "teniendo en cuenta aquellos casos en los cuales la demanda no ha sido impugnada por imposibilidad jurídica o material de hacerlo".[1957] Inclusive, en nuestra normativa procesal, los textos son poco claros y muestran desarticulaciones que confunden al intérprete.

El reconocimiento, en cambio, es prudente considerarlo con relación a los documentos que no son cuestionados en su autenticidad.

En nuestra opinión la conformidad tácita tiene que atender el supuesto donde acontece, porque los efectos, necesariamente son diferentes. Cuando hay un demandado u oponente presentado, no debe perderse de vista la carga que pesa para reconocer o negar hechos (admisión, propiamente dicha); reconocer o controvertir la razón jurídica (allanamiento, o cuestión de puro derecho, respectivamente) y otras obligaciones referidas a documentos acompañados y cartas misivas que se invocan.

Cada uno de estos deberes procesales confiere al interés un rol activo y principal, de manera que, si el ejercicio del derecho de defensa es nimio, insuficiente, evasivo o ambiguo; sobre la parte renuente al compromiso de controvertir debe caer

1956. Ramos Méndez, Francisco, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. I, p. 533.

1957. Couture, Eduardo Juan, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 225.

el peso del principio dispositivo, eximiendo de prueba todos los hechos pertinentes y lícitos que fueran reconocidos.

Ahora bien, existen ciertos hechos que pueden no ser conocidos por el demandado, en cuyo caso el silencio sobre ellos atenúa los efectos de la convalidación dando lugar a la denominada "respuesta en expectativa" que permite una contestación concreta una vez sustanciada la etapa probatoria.

En cambio, si la admisión tácita resulta del proceso en ausencia (demandado que debidamente citado no comparece) o de la rebeldía (demandado debidamente notificado que renuncia voluntariamente al derecho de defenderse y el actor solicita se lo declare rebelde), los principios de la carga de la prueba subsisten, aún cuando atenuados. El problema está cuando esta pervivencia se lleva al extremo de restar todo beneficio al proceso de contradicción aparente, mucho más si se considera que quien evita el proceso puede estar fomentado por causas de prudente exclusión, creyendo que nada tiene que objetar o porque no quiere contradecir sin derecho, o ausente de buena fe.

En otro sentido, la ausencia puede motivarse en la creencia de ver una pretensión justa; o en un simple análisis de costos y beneficios; en suma, lo cierto es que la presunción de verdad de los hechos lícitos que surge de la rebeldía lleva a eximir de prueba estas circunstancias; dejando vigente el *onus probandi* para otros hechos que pueden tener contradicción y surjan del mismo aporte acompañado al juicio por el actor.

b. A veces se habla de *hechos reconocidos*, como cuando quien contesta la demanda no niega concretamente, todos y cada uno de los argumentos del actor. Pero el reconocimiento no es propio de los hechos, sino del derecho, por eso aquel se vincula con la pretensión y con la resistencia, constituyendo un acto de inteligencia y decisión sobre los fundamentos que porta la demanda. El reconocimiento puede ser expreso o tácito, según obre la actitud del oponente, en igual medida que la explicada para la admisión. Interesa diferenciar el reconocimiento del allanamiento, por la similitud con que ambos suceden, cuando en realidad, tienen conceptos y finalidades distintas.

Como vimos, solo se reconocen pretensiones y razones; esto es, que quien se presenta en el proceso reconociendo el derecho de la parte, no controvierte el tema fáctico porque da legitimidad suficiente a la demanda que contra él se interpuso.
El allanamiento resulta, en cambio, un sometimiento voluntario a las pretensiones del actor, pero sin calificar las razones que la autoabastecen. Es una decisión unilateral, como son todas las vistas hasta ahora en este parágrafo (*v. gr.* hechos no afirmados; admisión; rebeldía y reconocimiento).
Por su parte, hay hechos que las partes comúnmente pueden excluir de la prueba, ya sea por considerarlos inconducentes o por entender que la materia en conflicto puede ser resuelta con las constancias que obran en el expediente.
La declaración bilateral que las partes presentan procura evitar toda la etapa probatoria, pero no condiciona la providencia del órgano, quien puede ordenar medidas instructorias. En este sentido, el artículo 362 del CPCCN, dando prevalencia al principio dispositivo, posibilita que pese a la existencia de hechos controvertidos, pueda marginarse la prueba, si se configuran las hipótesis que ha previsto el legislador, a saber: a) que todos los justiciables manifiesten que no tienen ninguna a producir; b) que esta solo consiste en las constancias del expediente, o c) la documental ya incorporada y que no ha sido objetada. En tales casos, previo nuevo traslado por su orden –que no requieren los procesos sumario y sumarísimo– debe llamarse "autos para sentencia".[1958]

428.2 Situaciones objetivas que eximen de prueba

Corresponden a esta categoría tres tipos de hechos: a) los hechos notorios; b) los que gozan de una presunción legal y c) los hechos evidentes.

a. Hechos notorios: Recuerda Sentís Melendo que el hecho notorio fue objeto de estudio desde antiguo y postulado en distintos brocardos: *manifiesta haud indigent probatione* (lo manifiesto no

1958. Morello, Mario Augusto; Sosa, Gualberto Lucas y Berizonce, Roberto Omar, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación, op. cit.*, T. V-A, p. 95.

necesita prueba); *manifiesta non egent probatione* (con igual sentido que el anterior); n*otorium non egent probatione*, y sobre todo, se ha dicho, ajustándose a la realidad: *non potest ignorari quod publice notum est* (no puede ser ignorado lo que públicamente es notorio).[1959] Sin embargo, y a pesar de ser aceptado por el derecho romano, el canónico y llegar a su actual consideración, existen aún dificultades para fijar el concepto de notoriedad.

Las Institutas romanas consagraban el principio de exclusión por notorio en la prueba testifical, resabio que conserva la práctica de incluir en el interrogatorio la pregunta final acerca de si lo dicho es "de público y notorio". El derecho canónico lo estimó para otros fines: notorio, significaba la propiedad de ciertos hechos que no pueden negarse más que en acusada mala fe.[1960]

Posteriormente, evoluciona el criterio hacia un concepto más objetivo, donde se introducen las ideas de generalidad del conocimiento; cultura normal de todo individuo; historia indiscutible, etc. En este sentido, Gentile sostuvo que

> Pueden ser utilizados como fuente de convicción del juez en el proceso, como hechos notorios, además de los hechos de común y general conocimiento, pertenecientes a la historia o a la ley natural o a la vida social y política, también los hechos de notoriedad más restringida, limitada a una determinada zona de territorio (la llamada notoriedad local) cuando el hecho es tal que pueda ser conocido por toda persona que viva en esa zona, siempre que se trate de hechos bien establecidos y no de simples voces o meras apreciaciones.[1961]

De igual tenor resulta la definición del hecho notorio sobre la base del conocimiento que forma parte de la cultura normal de un determinado círculo social en el momento en que la decisión se pronuncia, llegando a ser de dominio público y no del conocimiento de unos pocos.

La liberación probatoria que tiene la notoriedad de un hecho pone en duda su pertenencia al derecho probatorio, toda vez

1959. Sentís Melendo, Santiago, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio, op. cit.*, p. 133.

1960. Allorio, Enrico, *Problemas de Derecho Procesal, op. cit.*, T. II, p. 394.

1961. Sentís Melendo, Santiago, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio, op. cit.*, p. 134.

que al ser extraño el fenómeno de la verificación, el resultado obtenido es producto de una actividad propia del sentenciar.
Esta es la posición que asumen los críticos del hecho notorio, encerrando el concepto sin advertir que en la valoración de la prueba obra un análisis prudente y meditado de las convicciones que se alcanzan en cada una de las situaciones fácticas que dieron causa y fundamento a la pretensión. Una cosa es la notoriedad por sí misma, pues en este caso "se trata de una cualidad circunstancial que no altera la existencia del hecho ni los efectos jurídicos que de él se deducen";[1962] y otra diferente es la estimación en la sentencia, donde el hecho notorio juega valorado en idéntica dimensión que el resto de las pruebas. Pero la notoriedad difiere de lo notado, y de aquello que puede ser público o famoso.
Es necesario y conveniente, entonces, implementar un esquema de base que oriente y marque las diferencias con esas figuras similares.
La notoriedad de un hecho no requiere del conocimiento universal, porque se limita a su propia contingencia y circunstancia. Vale el ejemplo que ofrece Couture respecto a que sería notorio el hecho de que a fines de 1945 fue inventado el procedimiento de división del átomo, creándose así una nueva fuente de energía. Pero ese hecho no es conocido por todos, pues no lo es de las personas que viven fuera de los centros de información. "Sin embargo –agrega–, por la circunstancia de que haya gran cantidad de personas que lo ignoran, no debe deducirse que el hecho no sea notorio".[1963]
De igual modo, el conocimiento no necesita ser absoluto, porque basta la posibilidad de verificar la existencia del hecho de que trate mediante el auxilio de una simple información. Requiere sí, que la notoriedad sea efectiva, o sea que pueda estar al corriente de la generalidad de los hombres en el lugar y tiempo en que la decisión ocurre.

1962. Devis Echandía, Hernando, *Compendio de las pruebas judiciales, op. cit.*, T. I, p. 129.
1963. Couture, Eduardo Juan, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 233.

Cabe agregar que este recaudo no es pacífico en doctrina, porque opiniones fundadas sostienen que: notoriedad no es efectivo conocimiento, "sino pacífica certidumbre; una especie de seguridad intelectual con que el hombre reputa adquirida una cuestión".[1964]

Pero reducir lo manifiesto a un grupo, destaca la inseguridad que genera la sabiduría obtenida por cuestiones incidentales, posiblemente circunstanciales; cuando no, si la cultura masiva se reúne al solo título de información general. Un hecho que se adquiera en estas condiciones, por su versatilidad y contingencia, difícilmente llegue a ser notorio. Asimismo, el alcance que se quiere asignar al conocimiento efectivo destaca un problema adicional cuando la noción reposa solamente en la inteligencia de un sector al que puede pertenecer quien debe dictar sentencia; porque el juez, en este caso, se encuentra limitado en la posibilidad de usar su conocimiento privado.

Bien destaca Allorio, en posición discrepante, que no podrían encuadrarse como hechos notorios los que son conocidos a la generalidad de los ciudadanos únicamente a título de información contingente; tampoco en orden a aquellos que obtienen certeza en un ambiente sereno e imparcial;[1965] en ellos, podría hablarse de hechos públicos, pero no de notorios por su escasa o nula seguridad.

Quizás el punto preclaro que incide en una caracterización adecuada esté en la perdurabilidad del hecho; aquel que alcanza una difusión y trascendencia tal que evita la ignorancia común. En este tema la diferencia con el rumor, la fama, la publicidad ofrece una visión esclarecedora. Cada uno de ellos informa una cuestión trascendente a un círculo social determinado, pero no tiene características de generalidad o efectividad. El rumor se difumina con el tiempo, con su esclarecimiento o con una versión contrapuesta. La fama es fugaz y no tiene condición fáctica sino plenamente subjetiva; la publicidad, finalmente, hace a lo público, a lo corriente, pero nunca a la notoriedad manifiesta.

1964. Ibídem, p. 234.

1965. Allorio, Enrico, *Problemas de Derecho Procesal, op. cit.*, p. 397.

De igual importancia son las distinciones con la evidencia porque aquí referimos a verdades absolutas o axiomas científicos de inocultable valor; en tanto la notoriedad versa sobre hechos sobre los que se tiene noticia.

En síntesis, el hecho notorio es una situación a valorar en la sentencia, de modo tal que repercute en la convicción que le agregue al juez sin interesar la información que la parte pueda tener sobre el mismo. Para llegar a la notoriedad, será preciso contar en el hecho los requisitos de generalidad, efectivo conocimiento y permanencia.

La determinación de ese hecho notorio, como eximente de prueba, constituye un concepto relativo porque está limitado en el tiempo y en el espacio, entrañando una cuestión circunstancial o de hecho que hace a la privativa valoración de la prueba.

A partir de esta fijación del concepto, han de señalarse dos situaciones. Por un lado, la distinción que merece el hecho notorio afirmado por las partes; y por otra la notoriedad que debe cimentarse en hechos constatados efectivamente.

A veces una norma jurídica refiere a que producido cierto hecho notorio debe darse cierta consecuencia, *v. gr.* la demencia notoria que menta el artículo 473, párrafo 2 del Código Civil, habilita a deducir la nulidad de los actos jurídicos celebrados con contratantes de buena fe y a título oneroso.

El ejemplo muestra las distancias dogmáticas que trazan doctrina y legislación. Como vimos, la notoriedad ocupa aspectos de generalidad y trascendencia que atrapan a un conjunto de individuos; en cambio, la normativa acota lo "notorio" a un mero carácter subjetivo. En el caso, a la opinión que merece cierta persona en el círculo de personas con que trata.

En consecuencia, la alegación interesada del hecho notorio no obliga al juez a tomarlo en cuenta sin más, porque en definitiva, la notoriedad depende de su propio parecer y no de lo que la parte entiende como tal. Al estar el hecho notorio liberado de la carga probatoria, es preciso hurgar en esas condiciones para deducir si la notoriedad requiere o no de prueba.

Avancemos un paso más en el suceso. Supongamos que la parte alega como hecho notorio el despilfarro de fortuna de un

sujeto al que debe heredar, y pida se lo declare incapaz. Aquí el hecho notorio es la prodigalidad (maguer nuestras reservas con la efectividad del conocimiento) pero al mismo tiempo es el hecho controvertido y, por tanto, requerirá su verificación.

La conjunción entre la "notoriedad" y el "hecho notorio" genera confusiones reiteradas en la legislación; sin que la doctrina haya elaborado una respuesta efectiva. Ocurre que la terminología ambigua que concurre para definir lo que es un hecho notorio confiere una idea un tanto fugitiva sobre cuáles son los límites de la generalidad del conocimiento; de la posibilidad de acceso efectivo a ella y de la perdurabilidad.

La pauta más importante, creemos, asienta en la intensidad de conocimiento que el hecho ofrezca hacia la generalidad de los individuos. Un accidente de tránsito espectacular, de gran difusión por la prensa y difundido reiteradamente por los medios gráficos y televisivos, puede generar mayor notoriedad que un descubrimiento científico trascendente; sin embargo, ese hecho se instala en una categoría distinta donde podemos hablar de hechos que cobran estado público, pero sin derivar de ellos naturaleza probatoria alguna, más allá de la simple verificación del suceso. Para adquirir notoriedad, el hecho debe asegurar cierta garantía de seguridad.

Podemos compartir el espíritu que tiene la definición de Guasp: hechos notorios son verdades científicas, históricas, geográficas, generalmente reconocidas, cuya notoriedad estriba, solamente, en el más intenso conocimiento que provoca en el que está destinado a recibirle.[1966]

Basados en ello, el hecho notorio es más una capacidad para obtener un conocimiento asegurado, que poseer el mismo conocimiento. Precisamente por eso, no se incluye en la noción el saber que cada uno de los miembros de la sociedad, del círculo, o de los interesados pueda tener, sino cómo pueden adquirir dicha inteligencia con los elementos de información que otro cualquiera tenga a su alcance.

1966. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Instituto de Estudios Legislativos, 1957, p. 354.

Sin hablar de anarquía de conceptos y habiendo expresado una noción particular sobre el significado, conviene repensar la problemática, manteniendo el estudio en las polarizaciones que diagrama acertadamente Devis Echandía:

> Existen solo dos tesis: *1) la de la minoría*, que exige el conocimiento del hecho por todos en el círculo social respectivo; *2) la de la gran mayoría*, que acepta como suficiente una divulgación o generalización relativa, en ese círculo, siempre que el juez tenga conocimiento de ella desde antes del proceso o pueda conocerla durante el proceso por investigaciones personales o gracias a pruebas aportadas con ese propósito, y no le queda duda sobre la verdad del hecho, aun cuando lo discuta alguna de las partes. Desde otro punto de vista se encuentran también dos tesis: a) la de quienes exigen que el hecho sea de carácter permanente, como las verdades geográficas y algunas científicas (la importancia de una ciudad o la altura de una montaña); y b) la de quienes rechazan expresa o tácitamente esta distinción y aceptan la notoriedad tanto para los hechos permanentes como para los ocasionales o transitorios (las verdades históricas, por ejemplo); esta tesis la sostiene la gran mayoría de los autores citados.[1967]

Para terminar, resta por responder si el hecho notorio puede invocarse de oficio o necesita de la alegación de parte interesada. Vale al respecto, coincidir con Calamandrei, quien menciona la inexistencia de una máxima similar a la *iura novit curia*, parangonada en otra paralela notoria *novit curia*, de modo, entonces, que no siendo obligación del juez tener conocimiento de los hechos notorios, resulta necesario que las partes lo aleguen y, en su caso, lo prueben si el órgano judicial entiende que sobre el mismo no existe suficiente certeza.

La imposibilidad de incorporar de oficio la notoriedad tampoco permite a los jueces invocar la evidencia obtenida por el ejercicio de la función. Por ejemplo, si fuese conocida la situación inhabilitante de un sujeto para obrar, por haber resuelto su incapacidad en otro proceso, no podría el juez tener presente ese hecho notorio a pesar de su claridad y verificación directa.

En cambio, la doctrina alemana lo admite, reconociendo en la denominada notoriedad judicial un precedente valioso que

1967. Devis Echandía, Hernando, *Compendio de las pruebas judiciales, op. cit.*, p. 131.

lo origina. No obstante, idénticas consecuencias y resultados se obtienen dando posibilidad al juez de ejercer actividad instructoria y de saneamiento, porque al ser antecedentes por él conocidos puede proveerlos como medidas previas para dictar sentencia, o inclusive, como documentales que emergen de hechos ocurridos en otro expediente.

b. Hechos que gozan de una presunción legal: Se llaman así los criterios de interpretación previstos en la ley para resolver una presencia o un suceso, que por su indudable manifestación debe llevar a ciertas consecuencias jurídicas.

Crea una ficción legal que refiere como cierto a un hecho. Cuando esa proposición no admite prueba en contrario (*iuris et de iure*) se denominan presunciones absolutas; en cambio si toleran una verificación al opuesto, se llaman presunciones relativas (*iuris tantum*). En ningún caso las presunciones son medios de prueba sino un beneficio adicional que reporta la continuidad, precisión y concordancia de ciertos hechos que se muestran de igual manera y que inciden en la valoración que el juez efectúa sobre las pruebas rendidas.

Es importante no confundir estos hechos que gozan de una presunción legal, de aquellos que, partiendo de un hecho conocido (indicio) concluyen en una situación determinada. Es el error en que incurre el artículo 163, inciso 5 del CPCCN cuando establece:

> Las presunciones no establecidas por la ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeren convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica.

La presunción, en síntesis, es una conjetura que elimina la necesidad de prueba.

> Son razones de política jurídica, algunas de ellas connaturales con la vigencia misma del derecho, que instan al legislador a consagrar determinadas soluciones de la índole de las expresadas. La eliminación del campo de la prueba no es sino la consecuencia natural de su eliminación del campo del debate.[1968]

1968. Couture, Eduardo Juan, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 227.

De todos modos, aun cuando el hecho se libera de la carga probatoria, el presupuesto que funda la presunción debe verificarse en la hipótesis de ser resistida por la oponente.

c. Hechos evidentes: Algunos autores funden estos hechos en la noción de notorios,[1969] sin que genere esta asimilación alguna dificultad práctica. En verdad, tanto uno como otro están eximidos de probar el supuesto que afirma, con la diferencia que el hecho evidente es el que no ofrece duda alguna. Aquel que se capta por la simple mecanización de los sentidos, como ser, que el sol ilumina o la noche oscurece.

La experiencia demostrada en el acontecimiento lógico que vivifica la evidencia, suple cualquier actividad probatoria porque estos hechos se ubican en el plano de lo que ocurre de consuno, como un desarrollo normal de las cosas.

Se distinguen de los hechos normales en que, si bien ambos suponen constantes el curso de ciertas cosas; el hecho evidente se muestra por sí solo en ausencia de cualquier verificación; en cambio los primeros son estándares jurídicos que por su certeza no necesitan de prueba. Podríamos decir que la diferencia es nimia, pero en tanto la evidencia manifiesta se da en el plano de los acontecimientos de percepción sensorial; los normales ocurren como una medida del comportamiento humano que se admite con un nivel medio y regular de conducta reiterada.

Señala Couture que esta noción de estándar jurídico se precisa como:

> … una medida de conducta social, susceptible de adaptarse a las particularidades de cada hipótesis determinada. El *standard* es una gran línea de conducta, una directiva general para guiar al juez; un verdadero instrumento de técnica jurídica diariamente aplicado. La intuición y la experiencia se dice, señalan al magistrado la aplicación empírica del *standard*. La misma doctrina pone como ejemplos de esa medida de conducta social la buena fe en los negocios, la diligencia del buen padre de familia en la noción de culpa, *reasonable service and reasonable facilities* en el derecho de los servicios públicos.[1970]

1969. Carnelli, Lorenzo, *El hecho notorio*, Buenos Aires, La Ley, 1944, p. 209; Lessona, Carlos, *Teoría general de la prueba en el derecho civil*, Madrid, Reus, T. I, 1913, p. 211.

1970. Couture, Eduardo Juan, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, p. 232 y sus citas.

Para Eisner, está claro que

> … estos hechos evidentes, aunque no necesitan de prueba por parte de quien desea justificarlos, pueden merecer y aceptar la prueba del adversario; porque cada día el avance de la ciencia va mostrando que hechos que se tenían por evidentes, como ciertos pacíficamente, han pasado a la historia de las ideas científicas a raíz de otras nuevas. Por ejemplo, si a un juez de la edad antigua se le hubiera afirmado que una persona en un mismo día estuvo en Roma y Grecia, hubiera considerado por evidencia que eso es imposible: por la evidencia de sus sentidos y de su experiencia. Hoy sabemos que se puede estar perfectamente en Roma y en el mismo día, en Atenas. Es decir, el avance de las condiciones de vida puede ir postergando a la historia los hechos que se tenían por evidentes y crear nuevas evidencias; pero se refiere a un estado pacífico de certidumbre proveniente del grado general de conocimiento y de instrucción que se posee. Entonces, los hechos evidentes no son objeto de prueba.[1971]

428.3 Situaciones subjetivas que eximen de prueba

En estos casos, la exoneración de la prueba obedece a que el juez cuenta con una experiencia cierta y acreditada que lo orienta para resolver en un sentido determinado sin necesidad de que las partes abunden con otras explicaciones.

a. Conocimiento privado del juez: Cuando generalmente referimos a medios de prueba lo hacemos pensando en la diversidad de verificaciones que pueden realizarse en miras a sensibilizar la percepción del juez, orientándolo a resolver sobre la pretensión propuesta.[1972]

   Pero ¿qué ocurriría si el mismo magistrado que resulta competente en la causa, fuera testigo del hecho cuya revelación y consecuencias se le formulan en una demanda? Aparentemente, sería una condición ideal porque no tendría inconveniente alguno para el esclarecimiento, deducir las responsabilidades e imponer las obligaciones emergentes. Sin embargo la función del juez destaca su absoluta y total imparcialidad e

1971. Eisner, Isidoro, L*a prueba en el proceso civil,* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992, pp. 56-57.

1972. Ver parágrafo N° 411.

independencia de criterio; si él llega a la litis con una predeterminada formación, carecería de la objetividad necesaria para resolver como tercero imparcial.

El caso del juez-testigo impide confundir los roles: o se decide el proceso, conociéndolo a partir de los escritos constitutivos; o se excusa de intervenir por estar incurso en el conocimiento previamente adquirido. Obsérvese la gravedad que tendría el caso, si le fuese presentado un relato distinto al que pudo constatar personalmente. Efectivamente, no podría modificar los escritos, ni las circunstancias, y menos aún, establecer una regla distinta al *secundum allegata et probata*.

Diferente, en cambio, resulta el conocimiento científico que el juez tenga sobre el supuesto en consideración, *v. gr.* juez-ingeniero que esclarece un problema de responsabilidad profesional en la ciencia. La hipótesis, no obstante, guarda semejanza con la anterior. Por vía de principio, el juez debe auxiliarse con el medio probatorio de la pericia, otorgando a esas conclusiones el valor particular que tiene por su carácter técnico.[1973]

Al resultar un medio de prueba, la pericia no es una consulta, porque el tribunal debe asignarle (de hecho, procesalmente lo tiene) carácter contradictorio. De modo tal que, si asumiera su condición científica y valorase directamente la cuestión sin haber expresado los fundamentos técnicos anticipadamente, privaría a las partes de un derecho, el derecho a la prueba, sacándola de su ámbito natural que es la etapa de verificación o deliberación.

1973. Es necesario cuidarse de no confundir el conocimiento personal o la ciencia personal del juez, con la notoriedad general o judicial; aquel se refiere a los hechos de que el juez es testigo por haberlos conocido fuera del proceso, bien sea en su vida privada o en actividades judiciales, cuando no gocen de notoriedad general. Si el conocimiento del juez es compartido por la generalidad de las personas que forman el medio social donde ocurrió o donde ejerce aquel sus funciones, estaremos en presencia de un hecho notorio, exento de prueba; en el caso contrario ese hecho debe ser probado con los requisitos y medios ordinarios o especiales exigidos por la ley, sin que el juez pueda eximirlo de prueba en razón de conocerlo personalmente. A esos hechos no probados y conocidos por el juez se aplica el principio *quod non est in actis non est in mundo* (lo que no está en los autos, no está en el mundo), es decir, el juez debe considerarlos como inexistentes. Todos los autores distinguen expresa o tácitamente estas nociones, inclusive los que aceptan la simple notoriedad judicial. (Devis Echandía, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial, op. cit.*, T. I, p. 234).

Por otra parte, es aconsejable utilizar el medio de prueba, aun gozando de una capacidad técnica particular, porque permite la incorporación de otro elemento de estudio y, en definitiva, la valoración final es libre y la experticia juega como asesoramiento.

b. Las máximas de experiencia: El juez es un individuo que conoce las realidades de la vida, no es fugitivo de los diarios acontecimientos, y el paso del tiempo con sus vivencias, y el estudio meditado de las circunstancias, le permiten contar con un caudal de conocimientos que hacen la denominada *máximas de experiencia*.

Resultan principios generales deducidos de la observación corriente del comportamiento de los hombres y, como tales, sirven para establecer una presunción o para efectuar la valoración de la prueba. Funcionan, por ende, como reglas destinadas a esclarecer el sentido jurídico de las conductas.[1974]

No debe confundirse con los hechos notorios, porque en estos la eximición probatoria deviene sobre cuestiones de naturaleza fáctica; en cambio, en las máximas de experiencia se trata, nada más, que de aditamentos culturales que posee el juez para formar un criterio lógico. Mientras el hecho notorio forma parte del fundamento de hecho de la demanda o la excepción, las reglas de la experiencia sirven para verificarlo, sin que pertenezcan al material probatorio allegado al proceso.[1975]

Precisamente por ello las máximas no necesitan de prueba corroborante, aun cuando esta cuestión tenga divididas las opiniones doctrinarias.

Carnelutti puso de resalto el inconveniente de utilizar la voz prueba para el conocimiento de la reglas del derecho, porque, en definitiva, se hace una extensión desmesurada del concepto; debiendo por tal razón excluirse de la idea, los procesos de fijación de las reglas del derecho y de experiencia.

Ello significa que no constituyen objeto de la prueba histórica las entidades abstractas, como son las reglas de experiencia o de derecho: lo que se puede probar históricamente es el hecho de su función o

1974. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. IV, p. 355.

1975. Devis Echandía, Hernando, *Compendio de las pruebas judiciales, op. cit.*, T. I, p. 135.

de su afirmación, no la regla misma. No existe un testigo o un documento de la regla, porque la regla no puede ser percibida, existe tan solo el testigo o documento de su formación o de su afirmación.[1976]

La posición opuesta se solidifica en la opinión de Florian quien al referirse a los principios de experiencia sostiene: "De ellos puede hablarse, como objeto de prueba separado y peculiar, solamente en cuanto el perito y el testigo no los empleen cuando efectúan la observación de la cosa".[1977] Pero esta distancia entre el hecho y la regla admite posibilidad de confusión con los hechos notorios, los evidentes, o bien con el conocimiento privado del juez. Si los hechos son conocidos por todos, sin importar el calificativo o adscripción a un grupo, ellos no se prueban. A *contrario sensu*, los otros requieren de verificación.
No obstante, cuando cita a Stein pretende introducir una caracterización de las reglas o máximas de experiencia:

Son definiciones o sentencias hipotéticas de contenido general, independientes del caso concreto que se ha de Juzgar en el proceso y de sus elementos particulares, de cuya observación se deducen y que pretenden tener valor en la relación con nuevos casos.[1978]

Estas afirmaciones dejan pendiente una diferencia que no parece tener, liminarmente, cierta consistencia: si los hechos, luego de analizados y comprobados adquieren una íntima virtud, absoluta y obligatoria para el juez; y las máximas de experiencia, concilian el resultado al conjuro del examen libre del juzgador, ¿cuál será la diferencia? Según sus dichos sería que las reglas agregan pautas de opinión, y los hechos demostrados pautas de decisión.
Aclara Rosenberg que

… también la reproducción de un acontecimiento tan simple como, por ejemplo, que un ciclista ha atropellado a un niño, es un juicio sobre hechos o uno de los llamados juicios que afirman hechos; es decir, una conclusión obtenida mediante subsunción de lo percibido en ciertos conceptos generales o máximas de experiencia como

1976. Carnelutti, Francesco, *La prueba civil, op. cit.*, p. 255.
1977. Florian, Eugenio, *De las pruebas penales*, Bogotá, Temis, Tomo I, 1968, p. 167.
1978. Devis Echandía, Hernando, *Compendio de las pruebas judiciales, op. cit.*, T. I, p. 98.

proposición mayor y formado, por tanto, mediante reglas lógicas.[1979] Sin embargo la existencia de una máxima de experiencia, de una norma jurídica, es también un hecho en el sentido lógico; pero no es un hecho en el sentido del derecho de prueba.[1980]

Lo conveniente, a nuestro criterio, está en no confundir el juicio proposicional que puede partir del análisis de un caso cualquiera, provenga el mismo de un partícipe directo (testigo) como indirecto (perito), con las situaciones que cobran estado público y trascienden al conocimiento de la generalidad como hechos notorios, e inclusive, con la experiencia capitalizada en la vida y en el oficio, que reporta una cultura jurídica especial que se utiliza en el proceso sin necesidad de llamado o alegación de parte.
El caso de los testigos y peritos no incide en la regla de experiencia (que es un juicio de valor) porque son explicaciones agregadas sobre la contingencia de uno o varios hechos; tampoco repercuten los hechos notorios, por lo ya apuntado; en suma, la regla o máximas de experiencia son un haber del juez que sirven para valorar la prueba.
En verdad, como son juicios lógicos adquieren cierta afinidad con las presunciones judiciales, de las que jurisprudencialmente se echa mano de continuo. Haciendo aplicación de ellas se ha resuelto que constituyen hechos evidentes que no requieren forzosamente ser probados y, por lo tanto, se resuelven acudiendo a las reglas que disciplinan la carga de la prueba.

428.4 La naturaleza del hecho

Existen otros hechos que quedan eximidos de probar, sea porque la ley predetermina razones por las cuales estima la innecesidad; o bien por gozar de suficiente acreditación previa en los antecedentes que lo revisten. Son ellos:

a. Hechos cuya prueba prohíbe la ley: Según Devis Echandía si la ley prohíbe un hecho por razones de moral o de otro orden, ese hecho resulta excluido del objeto concreto de prueba, aun cuando se relacione con la materia debida y constituya un

1979. Rosenberg, Leo, *Tratado de derecho procesal civil, op. cit.*, T. III, p. 98.
1980. Ibídem, p. 221.

presupuesto de la pretensión o excepción; esto significa que con mayor razón tal hecho no puede formar parte de la prueba.[1981]
A veces, esa prohibición viene predeterminada por la ley, en cuyo caso el problema deja de estar en el aspecto de si ese tema debe o no ser objeto de prueba, porque de hecho la necesita; para afincarse en la limitación del medio y en la libertad para aportarlo.

b. Hechos eximidos de prueba por sus antecedentes jurídicos: Si los hechos propuestos a examen son reiteración de los analizados y ponderados en una instancia judicial anterior sobre la que existe sentencia o no llegó a dictarse por cuestión de prejudicialidad, esas circunstancias no requieren de prueba.

c. Hechos que no se revelan por secreto justificado: En rigor la eximición no asienta en los hechos que pueden conservarse en secreto, sino en la eximente del deber de declarar por razones justificadas, como pueden ser la posibilidad de incurrir en infracción penal que involucre al deponente, la revelación de un hecho conocido a través del ejercicio profesional, la necesidad de amparar derechos de la parte o de terceros, la custodia de los supremos intereses de la Nación, entre otros.
El artículo 444 del CPCCN permite al testigo rehusar a contestar el interrogatorio en los siguientes casos: "1) si la respuesta lo expusiere a enjuiciamiento penal o comprometiera su honor; 2) si no pudiere responder sin revelar un secreto profesional, militar, científico, artístico o industrial".

429. Prueba de los hechos negativos

No hablamos en la especie de negativa de los hechos que la otra parte afirma. Esta es una cuestión vinculada a la dialéctica del proceso y, en definitiva, su respuesta debe hallarse en la carga probatoria.

Referimos aquí, al hecho que sostiene una negación como presupuesto y consecuencia de un efecto jurídico, por ejemplo, cuando alguien deja de cumplir una obligación porque la otra parte contratante tampoco cumplió.

1981. Devis Echandía, Hernando, *Compendio de las pruebas judiciales, op. cit.*, T. I, p. 119.

En verdad, bajo el sofisma de la negativa que busca ampararse en la regla de que "quien niega no está obligado a probar su negación", se esconde el artilugio de un hecho afirmativo. Quien dice: "no pagué por tal motivo", anuncia en realidad un nuevo hecho, o por lo menos, de igual naturaleza constitutiva que los afirmados por el actor. Por lo tanto, el *onus probandi* no cambia y quien provoca un hecho negativo debe demostrarlo.

Existen ciertas negaciones que sin encuadrarse en las puntualidades que obliga la contestación de la demanda (contestar afirmando o negando todas y cada una de las pretensiones) manifiestan un desconocimiento vago e impreciso, sin agregar nada a la cuestión de fondo; *v. gr.* quien dice en aquel ejemplo del contrato bilateral que no pagó porque el otro no cumplió, estaría introduciendo una problemática de fácil confirmación para el accionante, dando muestras de su acción positiva; en consecuencia, la indefinición del hecho libera la carga de probarlo.

Al respecto dice Devis Echandía que, cuando estas negativas se basan en la nada, no implican ninguna afirmación opuesta, o indirecta (Por ejemplo: en mi pueblo no existe petróleo; nunca he tenido propiedad alguna; etc.) y por ello no deben verificarse; otras, en cambio, son negativas aparentes, como quien dice: "esta piedra no es un diamante", también llamadas formales, que, a su vez, se dividen en negaciones de derecho (*v. gr.* este contrato no es de mutuo); de cualidad (*v. gr.* Juan no es legalmente capaz); y de hecho (*v. gr.* Pedro no ha muerto, es decir, está vivo).[1982]

1982. Ibídem, p. 122.

Capítulo LIV
Finalidad de la prueba

430. La verdad jurídica objetiva

La prueba puede buscar la verdad pero muchas veces depende del sistema probatorio que legisle el método y reglamente la necesidad probatoria para resolver en la sentencia.

La prueba judicial puede significar un mecanismo de confrontación entre afirmaciones y realidades, tarea que le corresponde a cada parte y al juez; pero al mismo tiempo, algunos sostienen que, en lugar de verificaciones habría que averiguar la existencia de hechos a través de la reconstrucción. Según esta posición, la prueba judicial sería, propiamente, un método de investigación o determinación de hechos; y recién desde aquí sería posible llegar a la verdad o a cierta clase de verdad.[1983]

Como la dificultad de encontrarla es muy grande, se deduce que en los litigios hay dos clases de veracidades; la que se relaciona con los hechos y la que proviene del derecho.

> Hay verdad en cuanto a los hechos, cuando la idea que de ellos se forma el juez concuerda en un todo con la realidad, cuando se los imagina tales como fueron o como son. Hay verdad en cuanto al derecho cuando la idea que tiene el juez de la ley aplicable al caso corresponde a la realidad, es decir, al pensamiento del legislador, al sentido del precepto legal o, en otros términos, cuando el juez ha encontrado el precepto en que encuadra el caso *sub judice* y la interpretación de ese mandato se acuerda con la interpretación del mismo que daría quien lo dictó.[1984]

Cuando el tema de la verdad se enfoca en la perspectiva del resultado procesal habida en la actividad probatoria, se acepta la relatividad del fin. Emerge una verdad contingente, histórica, algo que se cuenta como ocurrido pero sin otra constancia que la confiabilidad del que lo afirma.

1983. Dellepiane, Antonio, *Nueva teoría de la prueba*, Bogotá, Temis, 9ª ed., 1983, p. 27 y ss.
1984. Ibídem, pp. 33-31.

Para Furno, por ejemplo, esta verdad subjetiva solo otorga *certeza*, y no es una verdad auténtica porque de esta solo se habla en sentido objetivo; mientras que la certeza es la configuración subjetiva de aquella.[1985]

Claro, la cuestión conflictiva surge porque la definición verídica al proceso llega por representaciones que no juegan como una operación matemática. La posibilidad de error es posible, y en consecuencia, existiría una *verdad práctica* que la jurisprudencia de nuestro país fue armando bajo la idea de comprender la existencia de una *verdad jurídica*. Una verdad del proceso que debía ser esencialmente tuitiva, o dicho en otros términos, un resultado valioso para el derecho de defensa en juicio y, en suma, protectivo del debido proceso legal. Así la Corte Suprema de Justicia de la Nación empezó a referir a una verdad diferente: *la verdad jurídica objetiva*.

Definirla en sus contenidos es difícil, porque aunque reconoce base constitucional acorde con el adecuado servicio de la justicia, a veces se la relaciona con cuestiones formales y otras con hechos cuya verdad es inocultable.

La elaboración jurisprudencial comenzó sosteniendo que la necesidad de acordar primacía a la verdad jurídica objetiva es concorde con el adecuado servicio de la justicia.[1986] También se dijo que los pronunciamientos que, por un exceso ritual manifiesto, ocultan la verdad jurídica objetiva, vulneran la exigencia del adecuado servicio de la justicia que garantiza el artículo 18 de la Constitución Nacional.[1987]

La invocación de normas procesales no puede prevalecer sobre la verdad jurídica objetiva, cuyo reconocimiento se aviene con el adecuado servicio de la justicia y es conforme con el respeto debido a la garantía de la defensa en juicio. Corresponde dejar sin efecto la sentencia de la Cámara que, para rechazar la nulidad invocada, tiene a la recurrente por representada sin haber instituido representante; por notificada sin haber existido notificación y por despojada de la propiedad sin forma regular de juicio, en un procedimiento de apremio donde, sin oírla, se ha declarado la naturaleza ganancial del bien (voto de los Dres. Marco Aurelio Risolía y Luis Carlos Cabral).[1988]

1985. Furno, Carlo, *Teoría de la prueba legal, op. cit.*, p. 23.

1986. CSJN, Fallos: 283:88.

1987. CSJN, Fallos: 284:375.

1988. CSJN, Fallos: 274:141, "Provincia de Buenos Aires c/ Bemberg, Federico Otto", 1969.

Como se ve, la doctrina mentada está especialmente dirigida al juez porque el proceso no puede ser conducido mediante un ritualismo que oculte la verdad jurídica objetiva, ya que aquel está destinado a la obtención de esa verdad, a la cual debe dársele primacía y a la cual no debe renunciar conscientemente.

Sin embargo, Bertolino, pionero en el estudio del tema[1989] corresponde la evolución que significa el tema dentro de la prueba, para destacar la necesidad de no conducirse con reglas solemnes o rituales; en los hechos, sostiene que es una derivación del exceso ritual manifiesto.[1990]

Pero la verdad jurídica objetiva no explica si debe entenderse por "verdad" la exacta correspondencia entre los hechos y la idea, o bien, si vincula el conocimiento de ellos con las afirmaciones que se realizan; en suma: lo verdadero o lo falso será esto último en cuanto se adecue o no a la realidad que menta.

Eisner dice que la cosa o el hecho, en sí, serán o no reales o existentes, pero no dejarán de ser ellos mismos en su ser o no ser. Entonces, verdad será esa coincidencia irrefutable y el atributo está puesto en el objeto indebidamente, cuando tendrá que ser puesto en lo que se piensa o predica respecto de él.[1991]

La duda, entonces, que trae la *verdad jurídica objetiva* es si responde o no a un modelo de la verdad, o solamente se instala en el grupo de las verosimilitudes (certeza, convicción, seguridad, etc.), que podría ser la misma polaridad que consiste en esclarecer si hay en el proceso un fin institucional de acceder a *la verdad de los hechos relevantes para la decisión* o, al menos, a la máxima aproximación concreta a ella.

Por eso, la tesis no genera muchos entusiasmos, toda vez que si la idea troncal es encontrar una verdad del proceso, se podría llegar a concluir que hay otra verdad ¿real? En consecuencia, la verdad jurídica objetiva quedaría esposada con la certeza, de forma que una vez más vuelve al recuerdo la observación según la cual *ninguna decisión es justa si está fundada sobre un acertamento errado de los hechos* (Jerome Frank).

No es cuestión crucial de la que debe hacerse cargo el litigio, "investigar" la verdad de los hechos –o las afirmaciones– bien que se

1989. Bertolino, Pedro, *Verdad jurídica objetiva*, La Plata, Platense, 1990.

1990. Ibídem, p. 88.

1991. Eisner, Isidoro, *La prueba en el proceso civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1964, p. 32.

reconozca por una parte que tal *acertamento* (de los hechos relevantes) no puede depender de la voluntad de la parte y por la otra que el proceso es, primero de todo, un método de conocimiento de la verdad aunque predomine en ese pensamiento clásico la idea de que debe estar orientado hacia la investigación de la verdad.[1992]

Desde otra perspectiva[1993] se afirma (y acaso en drástica simplificación) que la otra orientación fundamental es la que subraya que el proceso civil tiene una finalidad básica: resolver el conflicto o la controversia de las partes en nombre, eventualmente, del valor de la pacificación social, y en razón de que el derecho procesal que lo regula es consecuencia de la supresión de la justicia privada. Tal perspectiva que reconoce en su base una rigurosa inyección sociológica, particularmente en los últimos años y en los EE.UU. de América gira en torno del presupuesto de que el proceso civil es un método –no el único– de *resolver conflictos o disputas* y que, por tanto, la función de los tribunales o cortes no es otra que ayudar a las partes a resolverlos.

Esos dos enfoques no pueden hacer perder de vista, desde el último registro (con matices sociológicos tan fuertes) que la "verdad de los hechos" no constituye un fin autónomo y necesario del proceso, toda vez que los hechos controvertidos han de ser resueltos a través de su *acertamento* y sobre la base de su prueba, lo que no implica, sin embargo, que para ello "debe ser establecida la verdad del hecho", habida cuenta que como lo evidencia el fenómeno de la prueba legal o el de la limitación probatoria, el contraste sobre los hechos bien puede ser resuelto aunque falte un *acertamento* verdadero respecto de los hechos controvertidos.

Entonces se afirma que si la finalidad primaria es la solución del conflicto entre las partes, no es indispensable "la verdad del hecho", pues dentro de este enclave es más importante que la disputa se resuelva a que se resuelva correctamente, aspecto este último que así se ubica en un plano secundario.[1994]

1992. Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho* (trad. de W. Roces), Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1974, pp. 121-122.

1993. Rabbi Baldi Cabanillas, Renato, *Teoría del Derecho*, Buenos Aires, Ábaco, 2008, pp. 33-83 y 127-144.

1994. Ibídem, p. 286.

431. Certidumbre o certeza

Con la desilusión de no conseguir la verdad, que se considera una noción ontológica, se elabora una tesis distinta por la cual los hechos que se llevan al proceso son aquellos que las partes conocen y explican en sus escritos mediatizando la verdad plena. Furno explica que

> Entre verdad y conocimiento existe un nexo esencial, ya que la aptitud para conocer es la que hace surgir el problema de la verdad y le da carácter de necesidad imperiosa. Así que, entre la idea (negativa) de la falta total de conocimiento y la idea absoluta de la verdad, se inserta toda una escala de grados intermedios, diferenciados entre sí por insensibles matices: a medida que se aproximan al conocimiento, renuncian, dentro de ciertos límites, a la conquista de lo absolutamente verdadero, lográndose el punto de equilibrio al nivel de la ecuación: verdad = certeza.[1995]

El *common law* emplea los vocablos *evidence* y *proof* para individualizar las principales cuestiones de la prueba judicial. El primero se mueve en una dimensión distinta al proceso en sí mismo, porque conseguir "evidencia" es incidir en el ánimo del juez y en el conocimiento que se le muestra irrefutable, de forma tal que persuade al mismo acerca de la existencia de alguna cuestión de hecho, mediante los medios de prueba. El segundo concierne al resultado de la prueba. La actividad probatoria, en sí misma, aplica el término *litigation*, interpretado como el procedimiento formal al que debe sujetarse la etapa de prueba.

El vínculo entre uno y otro destaca los tres aspectos que analiza la prueba judicial: la actividad; el apoyo técnico (los medios de prueba) y la decisión (la prueba como resultado) De ahí que en forma general, afirma Taruffo:

> La prueba procesal pueda ser descrita como una actividad racional tendiente a aprehender y reconstruir los hechos efectivamente acaecidos, en la que se reúnen los predichos aspectos junto a una serie de factores de diversa índole: epistemológicos, lógicos, argumentativos, psicológicos y sociológicos, entre otros.[1996]

1995. Furno, Carlo, *Teoría de la prueba legal, op. cit.*, p. 23.
1996. Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos, op. cit.*, p. 34.

Pese a las diferencias metodológicas,[1997] los sistemas pueden tener una coincidencia en la "convicción" que se quiere conseguir para que el juez no dude sobre las razones confirmadas con la evidencia o la certidumbre. Se podría afirmar que esta ha sido la opinión más temprana de la doctrina, si consideramos que fue Lessona quien sostuvo que el principal efecto que de la actividad probatoria se busca es convencer al juez,[1998] y apoyamos la afirmación con lo dicho por Chiovenda que da una definición de la función probatoria que lleva al mismo resultado: crear el convencimiento del juez sobre la existencia o la no existencia de hechos de importancia en el proceso.[1999]

La unión entre verdad, certeza y convicción la ofrece Mittermaier. La verdad es la concordancia entre un hecho real y la idea que de él se forma el entendimiento; por eso la reconstrucción histórica es el medio para ir consiguiendo la certeza, que llevará a la convicción elaborada como una verdad objetiva.

> La averiguación de la verdad está subordinada a ciertas reglas decisivas; que debe seguir ciertas vías trazadas, que la razón y la experiencia demuestran como las más a propósito para llegar al fin propuesto; que la verdad así establecida descansa sobre tales y cuales bases que por su naturaleza obran infaliblemente sobre el entendimiento de todos los jueces; pero es necesario concluir también que antes de pronunciar sobre la verdad de los hechos de la causa, experimenta cada uno en sí mismo la influencia de su carácter individual, de suerte que la sentencia es evidentemente subjetiva.[2000]

El inconveniente que tiene esta teoría es la inconstancia de lo probable, es decir, la incertidumbre que está siempre presente y que

1997. En una aproximación a los conceptos manejados en el modelo angloamericano, podemos decir que –en general– la prueba judicial se presenta como todo aquello que permite acreditar o desacreditar la existencia de un hecho alegado en una causa. *Evidence* es definida como "algo (incluido testimonios, documentos y objetos tangibles) que tiende a probar o refutar la existencia de un hecho alegado (por ejemplo: el guante ensangrentado es la pieza clave de evidencia para la fiscalía)". Una noción difundida a nivel de trabajos teóricos, dice que *evidence* es "cualquier cuestión de hecho cuyo efecto, tendencia o diseño, cuando se presenta a la mente, está destinada a producir una persuasión [afirmativa o negativa] acerca de la existencia de alguna otra cuestión de hecho". (Meneses Pacheco, Claudio, "Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil", Talca, *Revista Ius et Praxis*, N° 2, año 14, 2008, pp. 43 y ss.

1998. Lessona, Carlos, *Teoría general de la prueba en el derecho civil, op. cit.*, T. I, p. 6.

1999. Chiovenda, José, *Principios de derecho procesal civil, op. cit.*, T. II, p. 280.

2000. Mittermaier, Karl Joseph Anton, *Tratado de la prueba en materia criminal, op. cit.*, p. 82.

deriva en admitir que la certeza tiene grados que, para llevar a la convicción, puede tener registros distintos. O se conforma con el acertamiento o exige mayores verosimilitudes.

En el Código Procesal se le pide a los jueces que formen su "convicción" respecto de la prueba con las reglas de la sana crítica.

432. Fijación de los hechos

Carnelutti sostiene que es posible que en un determinado ordenamiento jurídico coexistan dos tipos o dos órdenes de procesos para la posición del hecho controvertido, es decir, que se efectúe a veces según la realidad y otras conforme a una fijación formal o convencional.

> Una correcta construcción sistemática de la materia debe diferenciar fundamentalmente en este caso los dos tipos de proceso y puede asimismo utilizar para la distinción la antítesis metafórica entre *verdad material* y *verdad formal*. En dicho caso, nada se opone tampoco a que el vocablo prueba se reserve exclusivamente para la designación del proceso o de los procesos dirigidos a la búsqueda de la verdad material. Pero cuando en determinado ordenamiento jurídico todos los procesos conocidos para la posición del hecho están jurídicamente regulados de tal modo que su resultado no pueda considerarse más que como fijación formal del hecho, semejante sistematización y nomenclatura carecen de base. Sin duda alguna puede subsistir entre ambos procesos una diferencia de medida, en el sentido de que unos estén más rigurosamente regulados que otros, y por tanto, en el que unos se alejen más que otros del tipo de proceso cognoscitivo, de tal modo que exista para nos o para otros distinto grado de probabilidad de que el resultado (fijación formal) se adapte a la realidad del caso particular; cierto también que a tenor de esta diferencia de medida puede reconstruirse una clasificación de los mismos; pero lo que falta entonces es la diferencia esencial y la razón para designar tan solo a algunos de ellos como procesos de prueba.[2001]

La proposición de Carnelutti confronta los hechos a conocer con el proceso de conocimiento del juez que debe resolver sobre ellos. La fijación de los hechos significa que cuando los relatos de las partes (alegaciones y afirmaciones) quedan controvertidos, el tribunal no tiene libertad

2001. Carnelutti, Francesco, *La prueba civil, op. cit.*, p. 23.

de investigación porque está restringido a principios y reglas. En los primeros, para el conocimiento del hecho controvertido, el juez no puede servirse más que de percepciones obtenidas de determinado modo; luego, tampoco puede tomar con libertad esos hechos y sobre ellos formar sus deducciones, porque debe utilizarlos según reglas determinadas.[2002]

Las reglas, de su lado, condicionan la búsqueda de la verdad porque se inspiran en el propósito de utilizar las experiencias acumuladas para la eliminación de errores (seguridad de la búsqueda) o de actos superfluos (economía de la búsqueda), los cuales serían posibles si la búsqueda fuese libre, con daño en conjunto mayor del que podría resultar de la inadaptabilidad de aquellos límites a los casos anormales.[2003]

Con esta teoría quedó expuesta una ambivalencia clara en la teoría de la prueba; una visión de carácter sustantivo o material que ve en el fin probatorio la demostración de la verdad o falsedad de una afirmación y la que desde el punto de vista formal ve en ella un simple mecanismo de fijación formal de los hechos procesales.[2004]

El CPCCN se refiere a ellos en el artículo 360, inciso 3 cuando le indica al juez que "Oídas las partes, fijará los hechos articulados que sean conducentes a la decisión del juicio sobre los cuales versará la prueba".

433. Persuasión o convencimiento

Desde Jeremías Bentham se lee que el fin de la prueba es la persuasión, a sabiendas que ella es susceptible de diferentes grados de fuerza o de intensidad. "En un caso decimos, me inclino a creer; en otro, creo; en otro no sé. Pero estas palabras están muy lejos de expresar todos los matices intermedios, desde la simple probabilidad hasta la certeza moral".[2005]

Focalizar el fin de la prueba en la decisión supone aceptar que se reduce a la creencia subjetiva sobre que los hechos existen y son conforme a las versiones aportadas por las partes. Esta es una tendencia mayoritaria que, en realidad, en lugar de estudiarse dentro de los fines de la prueba, debiera quedar en los resultados de ella. Dicho esto, en

2002. Ibídem, p. 18.

2003. Ibídem, p. 21.

2004. Devis Echandía, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial, op. cit.*, T. I, p. 245.

2005. Bentham, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales, op. cit.*, T. I, p. 30.

el sentido de que la persuasión destinada a convencer al otro es una técnica muy distinta al discurso dialéctico que intenta descubrir la verdad; mientras esta es una tarea de indagación y evaluación que se desarrolla en base a un esfuerzo para aprender y no para ejercer ninguna influencia hacia otro; la persuasión es un arte, un medio destinado a conseguir una preponderancia decisiva.

Framarino, haciendo una lógica de la prueba criminal, afirma que "la prueba es la relación particular y concreta entre el convencimiento y la verdad";[2006] se trata de acumular la máxima cantidad de hechos evidentes que sirvan para conformar la mayor certeza posible, pero a sabiendas que en materia civil, se alcanza una verdad ficticia que responde a una verosimilitud convencional.

Tener como fin de la prueba la persuasión es mirar al juez como destinatario. Se revaloriza la retórica considerada como técnica que tiene el objeto de convencer, o ciencia de la demostración. Por eso, ha dicho Giuliani que el concepto moderno que identifica prueba con demostración de los hechos tiende a aislar la prueba *lógico-jurídica* de la *prueba legal*, entendida como dirigida a verificar al juez no ya la existencia o la inexistencia histórica de un determinado hecho, sino a confirmar en bloque la afirmación de una parte en contraposición con la de la parte adversa, quedando siempre firme la opción entre el método analítico-formal y el sistema basado sobre cálculos de probabilidad y de la frecuencia.[2007]

434. La confirmación

Un sector de la doctrina nacional denomina etapa confirmatoria a la que desenvuelve la actividad de las partes con la prueba; sosteniendo que corresponde esa designación porque la prueba no es otra cosa que la confirmación de las versiones que se llevan al proceso.

Sostiene Alvarado Velloso[2008] que el sistema inquisitivo de enjuiciamiento que está inserto en casi toda América Latina espera de los

2006. Framarino dei Malatesta, Nicola, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá, Temis, T. I, 1964, pp. 94 y ss.

2007. Giuliani, Alessandro, *Il concetto di prova, op. cit.*, p. 67.

2008. Alvarado Velloso, Adolfo, "La confirmación procesal y la imparcialidad judicial", Trabajo presentado por el autor al XVIII Congreso Panamericano de Derecho Procesal, Arequipa (Perú), octubre de 2005.

jueces que lo practican un esforzado averiguamiento de la verdad de lo acontecido en el plano de la realidad social (más allá de lo que los propios interesados –las partes procesales– quieran sostener o confirmar al respecto) para lograr hacer justicia a todo trance en cada caso concreto. A este efecto, aplican sus facultades-deberes de producir oficiosamente la prueba del caso ordenando al efecto medidas para mejor proveer o actuando directamente en forma oficiosa.

Este sistema lo critica porque a su entender, si castizamente el verbo "probar" significa examinar las cualidades de una persona o cosa y su resultado es demostrar la verdad de una proposición referida a esa persona o cosa –y a salvo su tercera acepción vulgar de justificar, manifestar y hacer patente la certeza de un hecho o la verdad de una cosa, con razones, instrumentos o testigos– parece que es, al menos, excesiva la extensión que desde antaño se ha dado en el derecho a la palabra prueba. Y así, se la usa con diversos significados que muestran entre sí claras diferencias sustanciales que no pueden ser toleradas por la inteligencia media.

Afirma Alvarado que la más moderna doctrina se abstiene de utilizar la palabra "prueba" y prefiere el uso del vocablo "confirmación" (significa reafirmar su probabilidad): en rigor, una afirmación negada se confirma con diversos medios que pueden generar convicción (no certeza o crédito) a un juzgador en tanto que no la generan en otro. De tal modo, no necesariamente se confirma siempre con prueba científica (o prueba propiamente dicha) que no admite opinabilidad alguna.

> Por cierto, todo litigio parte siempre –y no puede ser de otra manera– de la afirmación de un hecho como acaecido en el plano de la realidad social (por ejemplo: le vendí a Juan una cosa, la entregué y no me fue pagada; Pedro me hurtó algo), hecho al cual el actor (o el acusador penal) encuadra en una norma legal (... quien compra una cosa debe abonar su precio; el que hurtare...). Y, a base de tal encuadramiento, pretende (recuérdese que –lógicamente– no puede haber demanda civil ni acusación penal sin pretensión) el dictado de una sentencia favorable a su propio interés: que el juzgador condene al comprador a pagar el precio de la cosa vendida o a cumplir una pena. Insisto particular y vivamente en esto: *no hay litigio (civil o penal) sin hechos afirmados que le sirvan de sustento*. De tal forma, el juzgador debe actuar en forma idéntica a lo que hace un historiador cualquiera para cumplir su actividad: colocado en el presente debe analizar hechos que se dicen cumplidos en el pasado. Pero de aquí en más, las tareas de juzgador e historiador se diferencian radicalmente: en

> tanto este puede darse por contento con los hechos de cuya existencia se ha convencido –y, por ello, los muestra y glosa– el juzgador debe encuadrarlos necesariamente en una norma jurídica (creada o a crear) y, a base de tal encuadramiento, ha de normar de modo imperativo para lo futuro, declarando un derecho y, en su caso, condenando a alguien al cumplimiento de una cierta conducta. En otras palabras y para hacer más sencilla la frase: el juzgador analiza en el presente los hechos acaecidos en el pasado y, una vez convencido de ellos, dicta una norma jurídica individualizada que regirá en el futuro para todas las partes en litigio, sus sucesores y sustitutos procesales.[2009]

También fue Briseño Sierra quien aplicó el concepto de "confirmación" a la actividad probatoria. Él sostuvo que

> La confirmación judicial abarca toda proposición que entrañe una hipótesis fáctica. Es así como, aun en el derecho patrio, se debe acreditar la existencia de leyes, reglamentos, decretos, circulares o disposiciones generales que están en vigor o que lo estuvieron al tiempo del conflicto. Pero la situación es diferente si en lugar de formular una hipótesis relativa a la facticidad del derecho, se argumenta acerca del sentido de un contexto. Aquí habrá alegaciones, y las partes inferirán conclusiones que el juez interpretará.[2010]

435. La prueba legal

La división entre pruebas razonadas y pruebas verificables comenzó con el período de la tarifa legal que llega de la mano del derecho canónico. Sin embargo, en el fondo del problema estaba sembrada la duda sobre la verdad, que no podía tener respuestas asimétricas en un conflicto entre personas, respecto a las que profetizaban quienes representaban a los dioses o a la voluntad divina del soberano.

La prueba legal no puede comprenderse sin hacer un poco de historia. En efecto, las dudas sobre la verdad metafísica eran trascendentes y había necesidad de explicaciones coherentes. El saber de los griegos se expandía en aclamaciones donde muchos repasaban las expresiones lastimeras de Anaxágoras: "Nada puede saberse, nada

2009. Alvarado Velloso, Adolfo, *La prueba judicial (Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 45.

2010. Briseño Sierra, Humberto, *Derecho Procesal*, México, Harla, 2ª ed., 1995 p. 1268.

puede aprenderse, nada puede ser cierto; el sentido es limitado, la inteligencia débil, la vida corta", o del propio Empédocles cuando signó la frase que ningún sistema religioso ni filosófico es digno de confianza, porque no tenemos criterio para ensayarlos. Epicuro enseñaba a sus discípulos que la verdad no se podía determinar por la razón.

Según Draper:[2011]

> La conclusión general a que vinieron los filósofos griegos era esta: que en vista de la contradicción que ofrecen las pruebas de los sentidos, no podemos distinguir la verdad del error, y que es tal la imperfección de la razón, que no podemos afirmar la exactitud de ninguna deducción filosófica [...] Si la discordia y el recelo eran las condiciones de la filosofía trescientos años antes del nacimiento de Cristo, la discordia y el recelo eran las condiciones de la religión trescientos años después de su muerte.
>
> Los historiadores eclesiásticos afirman que: "Desde el siglo segundo empezó la lucha entre la fe y la razón, la religión y la filosofía, la piedad y el genio." Para calmar estas disensiones, para obtener alguna expresión autoritaria, algún criterio de la verdad se recurrió a las asambleas consultivas, que tomaron más tarde la forma de Concilios. Por mucho tiempo tuvieron tan solo autoridad consultiva, pero cuando en el siglo IV había alcanzado el cristianismo el gobierno imperial, sus decisiones fueron coercitivas, hallándose apoyadas por el poder civil. Esto cambió por completo el aspecto de la Iglesia. Los concilios ecuménicos (parlamentos de la cristiandad) formados por delegados de todas las iglesias del mundo, eran convocados por la autoridad del Emperador; los presidía personal o nominalmente, armonizaba las diferencias y era de hecho el papa de la cristiandad.
>
> La Iglesia había venido a ser entonces lo que en el lenguaje de los políticos modernos se llamaría "una república confederada." La voluntad del Concilio se determinaba por la mayoría de los votos, y para asegurarla se recurría a toda clase de intrigas e imposiciones, sin desdeñar el soborno, la violencia y el influjo de las damas de la corte. El Concilio de Nicea había sido apenas aplazado, cuando fue obvio para los hombres imparciales que, como método de establecer un criterio de la verdad en asuntos religiosos, semejantes concilios habían sido un completo fracaso; los derechos de la minoría no fueron respetados por la mayoría [...].
>
> Reputábanse establecidas las doctrinas según el número de mártires que las habían profesado o según los milagros, las confesiones de los demo-

2011. Draper, Juan Guillermo, *Historia de los conflictos entre la religión y la ciencia*, 1876, reproducido por la Biblioteca de Filosofía, Oviedo, 2001, Capítulo: "Conflicto relativo al criterio de la verdad".

nios, de los lunáticos o de personas poseídas del espíritu maligno; así, San Ambrosio, en sus discusiones con los arrianos, presenta hombres poseídos del demonio, que al aproximarles las reliquias de ciertos mártires, reconocían con fuertes gritos que la doctrina nicena de las Tres Personas divinas era verdadera. Pero los arrianos le acusaron de haber sobornado a estos testigos infernales con una buena suma. Ya iban apareciendo tribunales de ordalías; durante los seis siglos siguientes, se consideraron como un recurso final para establecer la criminalidad o la inocencia, bajo las formas de pruebas del agua fría, del duelo, del fuego y de la cruz. ¿Son estos criterios de verdad? [...].

Mas el día inevitable vino al fin. Doctrinas y aserciones basadas en pruebas tan extravagantes, fueron envueltas en el descrédito que cayó sobre la prueba misma. Al aproximarnos al siglo XIII, hallamos la incredulidad extendiéndose en todas direcciones. Primero se ve claramente entre las órdenes monásticas, y luego se propaga rápidamente en el común del pueblo. Libros tales como *El Evangelio eterno* aparecen entre las primeras; sectas como las de los cataristas, valdenses y petrobrusianos, nacen en el último. Estaban de acuerdo en "que la religión pública y establecida era un sistema abigarrado de errores y supersticiones, y que el domino que el Papa había usurpado a los cristianos era ilegal y tiránico; que la pretensión del obispo de Roma de ser el señor soberano del universo, sin que ni príncipes ni obispos, ni poderes civiles o eclesiásticos tuvieran otra autoridad legal en la Iglesia o en el Estado, sino la que recibiesen de él, no tiene fundamento y es una usurpación de los derechos del hombre".

Para contener este torrente de impiedad, estableció el gobierno papal dos instituciones: 1ª, la Inquisición; 2ª, la confesión auricular; esta última, como medio de información, y como tribunal de castigo la primera. En términos generales, puede decirse que las funciones de la Inquisición eran extirpar por el terror las disidencias religiosas y asociar la herejía con las nociones más horribles; esto implicaba necesariamente la facultad de determinar lo que constituía la herejía.

El criterio de la verdad estaba, pues, en poder de un tribunal a quien se fiaba el cometido de "descubrir y juzgar a los heréticos ocultos en las ciudades, las casas, los sótanos, los bosques, las cuevas y los campos." Con tal salvaje ardor llevó a cabo su propósito de proteger los intereses de la religión, que de 1481 a 1808 castigó trescientas cuarenta mil personas, y de estas cerca de treinta y dos mil fueron quemadas [...].

La Inquisición destruyó en el siglo XIII los sectarios del Sur de Francia. Sus atrocidades poco escrupulosas extirparon el protestantismo en España e Italia; pero no limitó su acción a asuntos espirituales solamente

y también se ocupó en contener a los Disidentes políticos. Por acta del cuarto concilio lateranense, en el año 1215, el poder de la Inquisición se aumentó de un modo espantoso, hallándose en aquel tiempo formalmente establecida la confesión probada con un sacerdote (confesión auricular). Esto daba omnipresencia y omnisciencia a la Inquisición en todo lo relativo a la vida doméstica, ningún hombre estaba seguro; en manos del sacerdote, la esposa y los criados se volvían espías; y desde el confesionario extraía y arrancaba sus más íntimos secretos. Llamado ante el temido tribunal, se le informaba simplemente de que había incurrido en sospecha de herejía; no se nombraba el acusador, pero la sortija de tornillo, la cuerda, el borceguí, la cuña y otros instrumentos de tortura, pronto orillaban aquella dificultad, y culpable o inocente, concluía por acusarse a sí mismo. A pesar de todo este poder, no se correspondió a su objeto la Inquisición: cuando los herejes no pudieron luchar contra ella, la burlaron. Una incredulidad general inundó a Europa rápidamente; se negaba la Providencia, la inmortalidad del alma, el libre albedrío y que el hombre pudiera resistir la necesidad absoluta, el destino que le rodea. Estas ideas eran acariciadas en silencio por multitud de personas impulsadas por la tiranía eclesiástica; a despecho de la persecución aún sobrevivían los valdenses para propagar su declaración de que la Iglesia romana, desde Constantino, había ido degenerando de su pureza y santidad; para protestar contra la venta de indulgencias, las que decían que casi habían hecho inútiles la oración, el ayuno y las limosnas; para afirmar que era completamente ocioso orar por las almas de los difuntos, puesto que deberían hallarse ya o en el cielo o en el infierno.

Aunque se creía generalmente que la filosofía o la ciencia era perniciosa a los intereses de la cristiandad y de la verdadera piedad, la literatura mahometana que entonces florecía en España iba haciendo conversos entre todas las clases de la sociedad. La influencia de la filosofía de Averroes era visible en muchas de estas sectas. Este sistema mahometano, considerado desde un punto de vista cristiano, conduce a la creencia herética de que el fin de los preceptos del cristianismo es la unión del alma con el Ser Supremo; que Dios y la naturaleza tienen la misma relación entre sí que el alma y el cuerpo; que no hay más que una inteligencia individual, y que un alma sola ejecuta todas las funciones espirituales y racionales en toda la raza humana. Cuando posteriormente, en tiempo de la Reforma, los averroístas italianos fueron requeridos por la Inquisición para dar cuenta de sí mismos, intentaron demostrar que existe una gran distinción entre la verdad religiosa y la filosófica; que cosas que pueden ser verdad filosófi-

camente, pueden ser falsas teológicamente, pretexto o disculpa que fue al cabo condenado por el concilio de Letrán en tiempo de León X.

La prueba por los milagros empezó a caer en descrédito durante los siglos XI y XII. Los sarcasmos de los filósofos hispano-árabes habían llamado la atención de los eclesiásticos más ilustrados sobre su índole ilusoria. El descubrimiento de las Pandectas de Justiniano, en Amalfi en 1130, ejerció indudablemente una influencia muy poderosa, promoviendo el estudio de la jurisprudencia romana y diseminando mejores nociones en cuanto al carácter de la prueba legal o filosófica.

El abandono de la prueba milagrosa y la sustitución de la prueba legal en su lugar, aceleraron la fecha de la Reforma. No podía admitirse por más tiempo la pretensión que en tiempos anteriores Anselmo, arzobispo de Canterbury, en su tratado de *Cur Deus Homo*, había sustentado de que debemos creer primero sin examen y podemos luego tratar de comprender lo que hemos creído de tal modo.[2012]

En la literatura jurídica surge Beccaria cuestionando severamente los castigos terrenales. La certeza moral no podía continuar siendo el justificativo de la penalización creada por el sistema inquisitivo. Comenzó así a reclamar por una certeza legal. La situación procesal del reo era de inferioridad ya que disponía de escasos recursos defensivos frente a un sistema de pruebas legales y presunciones elásticas que permitían probar casi cualquier acusación contra él. Se veía en todo acusado a un culpable y a un pecador (esto último en virtud de la confusión que había entre justicia divina y la justicia humana, que Beccaría va a diferenciar, al delimitar el ámbito de cada una de ellas) y es por esa confusión que la finalidad del proceso era que el reo confesara su pecado entendido como "culpabilidad", y para lograr dicha confesión, que era la más importante de todas las pruebas, se hacía uso de la tortura; pero ese reconocimiento de la culpabilidad, manifestado durante la aplicación de dolorosos e inhumanos tormentos, solo era válido como prueba, si se producía la ratificación posterior por el reo, hecho que de no ocurrir autorizaba nuevamente la aplicación de la tortura, hasta lograrla.[2013]

Hasta entonces (siglo XVII) dominaron las limitaciones al saber judicial al estar impuesto un encuadre que obligó a realizar simples tareas de subsunción.

2012. Ibídem, capítulo VIII referido.

2013. Terragni, Marco Antonio, *Estudios sobre la Parte General del Derecho Penal*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 2000, p. 34 y ss.

Para el derecho procesal moderno, el sistema de la prueba legal representa una evolución en la historia brevemente expuesta. Si antes el *quid* estaba en la imposibilidad de darle al juez libertad para apreciar la verdad humana que, como tal, solo podía ser interpretada por la Iglesia; teniendo en cuenta para ello que la magistratura no es una representación divina en la tierra; como podía serlo en otra perspectiva, la actuación del juez en las ordalías germanas que obraba con dicha calidad o personería delegada; actualmente en el sistema de las pruebas legales hay una indicación anticipada sobre el valor de un hecho.

Es decir, el legislador razona antes que el juez y le da su interpretación servida como imposición legal para que quien juzgue solo compruebe.[2014] Por ejemplo, en el Código Civil se colige la autenticidad del instrumento público mientras no se articule contra él una falsedad; mientras ello no suceda, todos los hechos que el oficial público manifiesta como cumplidos por él o realizados ante su presencia son verdades legales.

También el instrumento privado reconocido en juicio tiene el mismo valor que un documento público; la confesión hace plena prueba en los juicios civiles mientras que no tienen ese alcance en los juicios penales. Los contratos no se pueden probar con testigos, salvo contadas excepciones; o el principio de la culpa del empleador cuando el obrero sufre un accidente a causa o en ocasión del trabajo. Todos estos son ejemplos de pruebas legales.

2014. Eisner, Isidoro, *La prueba en el proceso civil, op. cit.*, p. 96.

Capítulo LV
Los principios de la prueba

436. Principios generales

El proceso es una unidad que, como se ha señalado con anterioridad, respeta garantías y predispone reglas que acompañan la celebración de los actos procesales. En este aspecto no se aparta, ni podría hacerlo, de las libertades individuales que cada parte tiene para defender sus derechos.

El debido proceso, como máxima garantía, no abandona ni resigna sus directrices en la prueba, pero potencia una variable que, aunque no significa ni debe llevar a confundir los principios con las reglas comunes del proceso contradictorio, persigue consagrar el derecho a la prueba, donde la primacía de la atención se centra en *los deberes* antes que *los derechos*.

436.1 El principio de igualdad

La igualdad, aun presentada como principio, es una garantía. Se refiere a la imposibilidad de tratar de manera distinta a las partes cuando ellas ofrecen, contradicen y producen los medios de prueba de que intentan valerse.

Pero esa igualdad de oportunidades para probar no significa, como observa Micheli,[2015] que exista un trato procesal similar para la actividad que ambas partes desempeñan, en el sentido de que se exija a ellas por igual la acreditación de los distintos hechos que interesan al proceso y de que los dos tengan idéntica necesidad de aducir su prueba, pues por el contrario, agrega Devis Echandía:

> La condición de demandante o de demandado y la posición frente a cada hecho influye en esa situación, como se observa en el principio fundamental

2015. Micheli, Gian Antonio, *La carga de la prueba* (trad. de Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, Ejea, 1961, p. 316.

> de la carga de la prueba. Aquí se tiene en cuenta el efecto jurídico concreto perseguido por cada parte, sus pretensiones y excepciones, lo mismo que la condición intrínseca del hecho cuando se trata de negaciones indefinidas o cuando goza de notoriedad general o de presunción legal.[2016]

En la práctica es una igualdad para los iguales, es decir, dar idénticas posibilidades de probar a cada uno atendiendo sus respectivos intereses en comunión con las reglas técnicas del proceso.

La equiparación de oportunidades ocurre en el *ofrecimiento*, así como para la *contradicción* y *producción* de cada medio de prueba. Respecto al ofrecimiento, cabe atender a los conceptos de pertinencia y admisibilidad, por cuanto la garantía de defensa en juicio no impone la recepción absoluta de toda la prueba ofrecida, sino de aquella que haya sido ofrecida y en la medida que no sean improcedentes, superfluas o meramente dilatorias (art. 364, 2 párr., CPCCN).

Hay una lógica de esta etapa procesal. El juez es receptor y solo pondera si el material ofrecido corresponde a los hechos afirmados por los litigantes, toda vez que los no alegados no pueden ser acreditados y, por ende, también le está vedado al juzgador investigar su existencia. Por tanto, la actividad probatoria debe recaer sobre las alegaciones formuladas inexcusablemente en los escritos constitutivos al proceso, o bien aducidos y admitidos oportunamente como hechos nuevos, en razón de que los elementos probatorios que excedan el marco de aquellas deben quedar excluidos del análisis a efectuar, puesto que, en caso contrario, se vería transgredido el principio de congruencia.

El equilibrio de oportunidades se complementa con la posibilidad adecuada de *controvertir* la eficacia probatoria del medio, cuestionar la validez de su aportación, o controlar la producción. Es consecuencia del principio de publicidad en el proceso, como de la bilateralidad y contradicción. En este recorrido la parte puede oponerse al ofrecimiento de un medio probatorio; por ejemplo, dice el artículo 397 del Código Procesal que "No será admisible el pedido de informes que manifiestamente tienda a sustituir o ampliar otro medio de prueba que específicamente corresponda por ley o por la naturaleza de los hechos controvertidos…".

2016. Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial, op. cit.*, T. I., p. 124.

También se puede solicitar la exclusión de testigos ofrecidos que se encuentren incursos en causales que los inhabiliten para declarar, *v. gr.* el artículo 428 del código en comentario indica:

> Sin perjuicio de la facultad del juez de desestimar de oficio y sin sustanciación alguna el ofrecimiento de prueba testimonial que no fuese admisible, o de los testigos cuya declaración no procediese por disposición de la ley, las partes podrán formular oposición si indebidamente se la hubiere ordenado.

Asimismo, podrá manifestar su desinterés por la producción de alguna prueba, por ejemplo, la pericial. El artículo 478, inciso 2 del mismo código establece al respecto: "la parte contraria a la que ha ofrecido la prueba podrá… 2) Manifestar que no tiene interés en la pericia y que se abstendrá por tal razón de participar en ella…".

En la jurisprudencia se ha dicho que

> Es violatorio de la garantía de igualdad el pronunciamiento que, sin mencionar causa objetiva que pudiera justificar ese tratamiento diferenciado, dijo adoptar, por una parte, un criterio de verdad objetiva que lo llevó a rechazar la interpretación literal de las posiciones formuladas por el actor –ponente–; y por la otra, adscribió a la más cruda literalidad cuando se trató de interpretar las respuestas del absolverte (demandado).[2017]

436.2 Principio de lealtad, probidad y buena fe

El principio de moralidad trabaja en la prueba en varios aspectos que obligan al juzgador a estar atento con las alegaciones y el desempeño de las partes. La prueba ve delineado sus contornos en esta proyección del principio de buena fe, en razón de que el procedimiento probatorio es una tarea de reconstrucción histórica que no puede quedar en manos de solo una de las partes. Es cierto, por qué negarlo, que la sutileza de los procedimientos permite al demandado descansar en su negativa y esperar que la confirmación de los hechos (o su descubrimiento) quede a cargo de quien los afirma; pero también lo es que esa conducta lleva a una desigualdad técnica, si se interpreta que quien no está obligado a probar tampoco tiene deber de colaboración o le resulta excusable.

2017. CSJN, "Ramos, Juan José c/ LR3 Radio Belgrano y otro", 27/12/1996; *RED*, 31-693; *JA* 1998-1-206; Midón, Marcelo Sebastián (coord., dir.), *Tratado de la Prueba*, Resistencia (Chaco), Librería de la Paz, 2007, p. 106.

De modo entonces que la buena fe puede ser entendida como un hecho o como un principio, aunque desde el primer concepto se vaya hacia el término jurídico, conforme un desenvolvimiento congruente con el modo y el tiempo en que corresponde analizar la real configuración de la buena fe. El derecho, en general, tipifica las conductas de los hombres pretendiendo que se ajusten a las normas dispuestas, amparando con su protección a los que coinciden en el cumplimiento y sancionando a los infractores.

Por ejemplo, si quien quiere probar el estado de lugares o cosas que tiene el accionado, y este las destruye o altera, la conducta procesal desatinada no puede quedar protegida por la inercia probatoria o el ejercicio supuesto de un derecho de defensa.

Para Peyrano:

> Hoy es innegable el imperio del principio de moralidad en el proceso civil, y también que cuando el legislador se refiere a los deberes procesales de obrar con lealtad, probidad y buena fe no está haciendo otra cosa que materializar el susodicho principio de moralidad. Y ya tampoco hay duda respecto de que el tenor de las normas legales que consagran dichos deberes es revelador que se está reconociendo a los jueces y tribunales el poder-deber de prevenir y sancionar los actos abusivos perpetrados dentro del debate judicial. Esto no implica que debe desterrarse el principio dispositivo, por el contrario debe permanecer vigente, pero dándole los límites precisos como para que no se convierta en un arma que atente contra la justicia y que haga prevalecer la mentira y el engaño, por sobre la verdad objetiva y la consagración del derecho.[2018]

Vertiente de este postulado es la valoración objetiva de la conducta que las partes devuelven en el proceso. Parece lógico recordar que la actividad probatoria procura confirmar la verdad de una proposición, mediante una cosa o un hecho tomado de la realidad; en tal sentido, si el que tiene que demostrar esa verdad pudiera por sí mismo crear la realidad apta para confirmarla, el juicio carecería de razón suficiente. En cambio, distinta es la situación de la prueba en contra, pues en este caso la proposición no tiene la misma fuente que la demostración. O la voluntad que inspiró la proposición se ha modificado demostrando

2018. Peyrano, Jorge Walter, "Valor probatorio de la conducta de las partes", *LL* 1979-B-877.

el error de lo anterior, o la demostración responde a una circunstancia más fuerte que el interés: la realidad.

Todo el arsenal probatorio tiene una modalidad específica que la adjetiva; no obstante, esos encuadres procedimentales no controlan la veracidad del medio. Si estos aparecen *ictus oculi* como falsas, el abogado puede negarse a servirse de ellos, o utilizarlos en desmedro de los principios de rectitud y honradez. Se ha destacado que

> El defensor tiene del deber de controlar objetivamente la seriedad, moralidad y pertinencia de las pruebes que se le proporcionen, investigación que a menudo es bastante delicada y difícil, circunstancia que hay que tener en cuenta al valorar la conducta del abogado. En resumen, frente a las pruebas falsas el abogado tiene el deber de rechazarlas absteniéndose de colaborar con el cliente en este punto.[2019]

El resultado de la prueba depende, en definitiva, de la colaboración procesal y de la sinceridad con la que los interesados se conduzcan. Si el principio se elude se conculca la verdad. Por todo ello, el artículo 163, inciso 5, párrafo final del código dice que "la conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones".

436.3 Publicidad y control de la prueba

La igualdad de oportunidades y el comportamiento leal, probo y honesto se reúnen en este principio que significa dar a conocer a las partes los medios de prueba que van a producir y acordar que ella pueda ser controlada en el mismo acto de la actividad o en forma posterior.

Devis Echandía supone que debe permitirse a las partes conocerlas, intervenir en su práctica, objetarlas si es el caso, discutirlas y luego analizarlas para poner de presente ante el juez el valor que tienen, en alegaciones oportunas:

> … pero también significa que el examen y las conclusiones del juez sobre la prueba deben ser conocidas de las partes y estar al alcance de cualquier persona que se interese en ello, cumpliendo así la función

2019. Lega, Carlo, *Deontología de la profesión de abogado* (trad. de Miguel Sánchez Morón), Madrid, Cívitas, 1996, p. 93.

social que les corresponde y adquiriendo el carácter social de que habla Framarino dei Malatesta. Se relaciona también este principio, por consiguiente, con el de la motivación de las sentencias, que no se excluye en el sistema de la libre apreciación de las pruebas, y con el de la publicidad del proceso en general.[2020]

437. Principios especiales de la actividad probatoria

Algunos insertan estos principios como integrantes del elenco general que caracteriza toda la actividad probatoria. Lo enumeran como *principio de la imparcialidad del juez en la dirección y apreciación de la prueba* [2021]pero en nuestra opinión son etapas anteriores que tienen exigencias propias que ordenan, en general, el principio de validez y eficacia de la prueba.

Hay lineamientos generales como el principio de legalidad de la prueba que tiene manifestaciones especiales que veremos por separado; y también, hay singularidades que se destinan especialmente a la actividad probatoria, como el principio de inmediación o la pertinencia y admisión de los medios.

Gira en derredor de ellos la dirección del proceso que tiene el juez con sus facultades de preferencia y selección de las pruebas. El principio lleva a que las simples discrepancias con el criterio seguido en esa elección y valoración no sustenten la tacha de arbitrariedad. Al mismo tiempo, compromete su interés en la búsqueda de la verdad, por tanto, cuando el juez desestima medios ofrecidos por considerarlos inoficiosos o impertinentes, controla la regularidad del ejercicio de verificación; pero, con igual responsabilidad, debe instruir oficiosamente con el fin de esclarecer la verdad de los hechos debatidos en la litis.

Recuérdese, una vez más, que el remedio mas eficaz contra el riesgo de la parcialidad no consiste en argüir obstáculos a la investigación de la verdad. Consiste, sí, en imponer al juez el respeto escrupuloso de la contradicción en la actividad instructoria y la estricta observancia del deber de motivar sus decisiones, mediante el análisis cuidadoso

2020. Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial, op. cit.*, T. I, p. 125.
2021. Ibídem, T. I, p. 129.

de la prueba producida y la indicación de las razones de su convencimiento acerca de los hechos.[2022]

437.1 Legalidad de la prueba

La obtención de la prueba, en cualquier tipo de procesos, para ser válida y permitir al juez su valoración, debe lograrse por vías legalmente establecidas. La legalidad no describe el medio o la fuente de prueba, sino el procedimiento como se consigue; por eso cuando se analiza la prueba ilícita, el problema no está en admitirla sino en resolver su aptitud como prueba de cargo. Por ejemplo: la confesión del imputado sometido a apremios ilegales es inadmisible por la compulsión puesta en la actividad. Otro caso: la grabación subrepticia de conversaciones viola la intimidad de las personas, razón por la cual, el o los testimonios conseguidos no pueden servir como evidencia.

Sin embargo, la ilicitud de una prueba no impide, bajo ciertas circunstancias, que se lleve al proceso con el fin de acreditar hechos y circunstancias que pretenden justificarse con ella.

Picó i Junoy aporta como alusión del problema, el de la cinta magnetofónica en la que aparece recogida una determinada conversación interceptada por uno de los intervinientes, o un tercero bajo la autorización y supervisión judicial.[2023] En este último caso se exige la existencia de una motivada resolución judicial que ponderando los intereses en conflicto, esto es, bajo la estricta observancia del principio de proporcionalidad, entienda que puede limitarse la vigencia del derecho al secreto de las comunicaciones. En consecuencia, la ausencia de *autorización judicial* o de *motivación razonable* en ella, determinan, irremediablemente, la ilicitud de la prueba obtenida.

Legalidad de la prueba no se debe confundir con "prueba legal" que se relaciona con los sistemas de valoración que se expone en los resultados de la prueba. La referencia es con la "licitud" (de lo que es lícito probar y de cómo hacerlo sin violar derechos superiores). En general

2022. Barbosa Moreira, José Carlos, "Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba", en AA.VV., *Libro homenaje a Jaime Guasp*, Granada (España), Comares, 1984, p. 155-160.

2023. Picó i Junoy, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona, J.M. Bosch, 1996, p. 356.

suele quedar expuesto en el principio de legalidad penal, en la medida en que nadie puede ser condenado sino por delito o falta previamente establecido en la ley (previa, escrita y estricta), así como a la pena que en dicha ley corresponda y siempre que se haya observado idéntica escrupulosidad en la legalidad del procedimiento, y muy especialmente, en enervar la presunción de inocencia a través de "pruebas legales", comprendiendo en este término el complejo entramado jurídico que abarca tal concepto.

Afirma Armenta Deu que

> … desde esta perspectiva y atendido que el derecho penal solo se realiza a través del proceso, la búsqueda de la verdad material ha constituido uno de los fines destacados del proceso penal, justificando, entre otros aspectos, manifestaciones de oficialidad en la fase investigadora del proceso y en el propio juicio oral en materias relacionadas, precisamente, con la investigación y obtención de fuentes de prueba y la práctica de medios de prueba. No debe olvidarse, por otro lado, la distinción conceptual entre fuente y medios de prueba, patente en esta materia, donde primero se desarrolla una actividad investigadora para obtener las fuentes de prueba y después una actividad de verificación, a través precisamente de la incorporación de un determinado "medio probatorio", que es objeto de práctica o incorporación y reproducción en los casos de prueba anticipada o preconstituida. En segundo lugar, desde el punto de vista de las fuentes, la licitud de la prueba se referirá a quien ha obtenido la fuente (el juez instructor; la parte o la policía); para, a partir de ahí, plantear si en razón de la forma de obtener la fuente de prueba, cabe usar posteriormente tal fuente y el correspondiente medio en el proceso, realizando la actividad prevista legalmente, y en tercer y último lugar (*last but no least*), la prueba ilícita patentiza la tensión entre la tutela de bienes esenciales de la sociedad a través del proceso penal, como medio ineludible de realización del derecho penal, y por otro, la propia libertad y derechos de los ciudadanos a quienes se imputa una lesión de tales bienes esenciales.[2024]

437.2 Principio de originalidad

Originalidad quiere decir correspondencia entre el medio de prueba con el hecho a probar, que expuesto en otros términos signifi-

2024. Armenta Deu, Teresa, "La verdad en el filo de la navaja (Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)", *Revista Ius et Praxis*, N° 12, año 13, 2007, pp. 345-377.

ca no admitir la producción de una prueba cuando manifiestamente tienda a sustituir o a ampliar otros medios de prueba que específicamente correspondan por ley, o por la naturaleza de los hechos controvertidos (art. 397 CPCCN).

Se sustituye cuando se quiere probar con testigos la existencia de un contrato que solamente podría verificarse con el documento que acredite la vigencia y celebración. Se amplía y es improcedente cuando se ofrecen testigos que no acreditan más que de fuentes indirectas la producción de un hecho, perdiendo la calidad de prueba directa (aunque el testimonio mediatiza el hecho).

El artículo 397 que mencionamos reafirma la autonomía de la prueba de informes, cuando se refiere a actos o hechos que resulten de la documentación, archivo o registros contables del informante. Por ello, todo hecho en que el tercero intervino personalmente y no resulta de su archivo, documentación o registro, debe ser declarado en la audiencia respectiva como prueba de testigos, circunstancia que se produce bajo garantías de las que no cabe prescindir, sin comprometer los principios del debido proceso, como son la bilateralidad y la defensa en juicio.

437.3 Inmediación del juez en la prueba

Por vía de principio, la presencia del juez hace a la eficacia de la prueba; facilita el cumplimiento de las formalidades, preserva la lealtad en el debate y la conducta de quienes están en los actos de producción probatoria, como también resuelve de inmediato las cuestiones de admisibilidad.

Recordemos que las bases del *principio de inmediación* se encuentran en tres objetivos fundamentales: a) que el juez se halle en permanente e íntima vinculación con los sujetos procesales; b) que sea el director del proceso atendiendo cada una de sus etapas, en especial la probatoria y, c) que las partes, entre sí, se comuniquen bajo la consigna que supone el principio de bilateralidad de la audiencia. Es decir, repliega absolutamente la posibilidad de actos que solo pueda el juez conocer a partir de una presentación directa que no tenga traslado.[2025]

2025. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, op. cit.*, T. I, p. 96.

La doctrina interpreta que siendo la inmediación un principio general del proceso, su importancia se acrecienta en relación con la prueba, tanto en el proceso civil como en el penal. En los procedimientos orales que imponen la recepción en audiencia de las pruebas presentadas por las partes u ordenadas por el juez oficiosamente, se cumplen mejor con la inmediación; en los escritos debe sin embargo aplicarse, salvo cuando, por ocurrir su práctica fuera de la circunscripción territorial donde puede ejercer jurisdicción el funcionario, se hace indispensable comisionar al de otro lugar.[2026]

Esta idea se acentúa cuando se persigue que sea el juez quien controle todos los actos del proceso, y queda en su máxima expresión cuando en los procesos por audiencias se fijan los hechos que deben ser materia de prueba. En estos casos, la inmediación significa actividad e impulso, y hecha por tierra aquella división entre jueces delegados o instructores y jueces de sentencia, que es un clara muestra de la desconfianza a la inmediación. También lo es que ha favorecido su práctica, el padecimiento endémico del proceso escrito con su carga de burocracia y solemnidad que postergó todo interés directo.

Ahora bien, es de presumir que la inmediación como principio sostiene tres precisiones claras: 1) dirigir, 2) estar y ver el proceso, y 3) facilitar la comunicación entre las partes; pero como sistema requiere de otra exigencias. La primera resulta de la imprescindible unidad física de la jurisdicción, porque si quien orquesta la marcha y conduce el procedimiento no es el mismo que va a dictar la sentencia, *mutatis mutandi*, sortearía la suerte del principio desmereciendo los elogios que anticipadamente consigue. De todos modos, conviene decir que existen algunos tropiezos para consagrar esa unidad como máxima insoslayable. Ocurre que existen pruebas que por razón de la distancia (de personas o de cosas) deben producirse ante un juez requerido. De igual contingencia son algunas delegaciones autorizadas como el reconocimiento judicial, o la comprobación de ciertos actos a partir del informe de terceros.

Inclusive, se podría aceptar que también mediatiza el proceso de intervención del intérprete que traduce los dichos de un escrito o declaración, o de una persona incapacitada para expresarse de uno u otro modo. En realidad, estas circunstancias no impiden sostener

2026. Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial, op. cit.*, T. I, p. 128.

la vigencia de la identidad, porque se trata de advertir la continuidad para los actos de apreciación de la prueba que son, por vía de principio, los que deciden el curso favorable o no de una pretensión.

La segunda condición para asegurar la eficacia de la inmediatividad se relaciona con otros principios procesales; ellos son: la celeridad y la concentración. La hipótesis dice que, producida la prueba el juez debe, rápidamente, valorarla; de otro modo dilataría las ventajas ganadas de la percepción directa posibilitando la fuga de aspectos que la memoria de todo hombre, por lo general, pasado el tiempo no registra.

Se complementa el principio con la concentración de actos que introduzcan a un mismo tiempo elementos de convicción o soporte del material en disputa.

Como vemos, la inmediación no requiere solo del proceso oral; bien puede lograrse en un sistema escriturario. "Si un Tribunal decidiera en base al resultado de actas, el procedimiento sería inmediato pero escrito; contrariamente, una prueba testifical realizada por un juez comisionado, mediante la vía del auxilio judicial, es mediatamente oral".[2027] El nudo gordiano escala en la etapa probatoria y en dos sentidos: presencia en los actos de producción; y valoración directa al tiempo de sentenciar.

Cuando decimos "presencia" del órgano jurisdiccional, requerimos la asistencia personal del juez en las audiencias, sin escamotear esa virtud sobre la base de giros idiomáticos, interpretaciones de la norma, o silogismos que crea la resistencia al principio para hacer creer que *el juez está y este es el criterio del juzgado*, aunque la cara no sea, precisamente, la del magistrado. Lamentablemente, esas ventanas que abren los códigos para salir de la inmediación propiamente entendida han quebrado la virtualidad del principio.

Por lo general, la asistencia del juez a las audiencias se remite a la petición de partes, destruyendo la obligatoriedad que, presuntivamente, se desprendería de normas como la del artículo 34 del Código Procesal.

En efecto, el inciso 1 del mencionado artículo impone la obligación de asistir a la audiencia preliminar y realizar personalmente las demás diligencias que el código le impone. Pero lo cierto es que el deber establecido es polémico para el científico del derecho procesal, en

2027. Gimeno Sendra, José Vicente, *Fundamentos de Derecho Procesal*, Madrid, Cívitas, 1981, p. 227.

razón de que todas las nulidades del proceso son relativas, de manera que para nulificar la audiencia que no tiene el juez presente, es necesario deducirlo verbalmente en el acto de la audiencia convocada.

La presencia del juez es un requisito esencial del acto procesal y sin embargo pocas veces está; ¿constituye ello una causa de mal desempeño? Se ha dicho que en realidad el juez no está, porque nunca se encuentra en la ficción del procedimiento escrito. Así el criterio analítico adecuado a una teoría estratificada del delito lleva a afirmar que la conducta del juez ausente en la audiencia en la que se deja constancia de su presencia es típica. Pero no se presentan los otros caracteres necesarios de la conducta, pues esta no es antijurídica ni tampoco culpable. Las condiciones de trabajo existentes obligan a delegar funciones para no producir una consecuencia mucho más grave que detendría la administración de justicia; y si al juez se le ocurre asistir a todas las audiencias entonces no lograría atender su despacho, se le vencerían todos los términos y se lo sometería a un juicio político.[2028]

Cabe reiterar que tras la reforma de la Ley N° 25488, se establece en el artículo 34 el deber de asistir a las audiencias y de realizar personalmente los actos procesales que tiendan a la eficacia de la función jurisdiccional, pero no se establecen sanciones en caso de incomparecencia. Solamente se indica la nulidad del acto en el caso del artículo 360 (audiencia preliminar) si quedó constancia en el acta de esa ausencia del juez.

Finalmente no puede pasar inadvertido el impulso de cierto sector de la doctrina que procura instalar la privatización de ciertos actos procesales, que en materia de prueba, significa de plano eludir el cumplimiento del principio de inmediación que largamente se pondera. De algún modo, quienes apoyan esta tercerización de la producción de

2028. La conducta del juez ausente en la audiencia en la que se deja constancia de su presencia, ni siquiera es penalmente típica porque una tipicidad legal no pasaría la llamada tipicidad conglobante. Media un conflicto entre todos los deberes, pero un conflicto aparente porque siempre predomina un deber sobre otro y, en el caso, es superior el de mantener el despacho al día. Se trataría de un caso de atipicidad conglobante por cumplimiento de un deber jurídico preponderante (CNCrim. y Correc., Sala VI, "Casabal, Elía A.", 01/07/1985, *LL* 1985-E-122). Si la ausencia es producto de una licencia que se concede ante un pedido voluntario del magistrado, ella no le "suspende" en el ejercicio normal de sus atribuciones, solo le faculta para "no concurrir a su despacho", a fin de atender el trámite de los expedientes a su cargo o asistir a las audiencias para dar cabal cumplimiento al principio de 'inmediación'" (Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, op. cit.*, T. I, p. 101).

la prueba, antes que ofrecer una herramienta alternativa para descargar la sobrecarga de trabajo de los tribunales, dejan en manos de las partes aquello que la publicización vino a resolver.

No es que estemos en desacuerdo con que "ciertos actos del proceso" puedan ser encomendados a otros; por ejemplo, las notificaciones o las ejecuciones; pero en materia probatoria, la posibilidad de cumplir en privado la actividad de las partes precisa aumentar el deber de actuar con lealtad, probidad y buena fe y, obviamente, en este marco Masciotra y Carelli apuntan que

> Se debe dotar a los jueces de suficientes poderes instructorios, con el consecuente incremento de sus responsabilidades y un aumento de las facultades de contralor y adquisición de material probatorio a las partes, y por ende, a los abogados, ya que la participación activa de estos equilibrará los poderes y deberes de los jueces y constituirá la garantía más idónea para impedir un ejercicio arbitrario e ilimitado de aquellos.[2029]

Nos parece que esta justicia de proximidad "no profesional", como ha dado en llamarse en España, no concilia con el sistema de poderes-deberes que se pregona para los jueces. Constituye una disminución de las garantías judiciales y una confianza excesiva en las partes y abogados que, pese a más de un siglo de alentar una visión distinta al proceso como lucha, pervive la idea sin poder socavarla.

437.4 Concentración de la actividad probatoria

El principio de concentración pretende que los actos de prueba se practiquen bajo la regla de la *unidad* o de la *preclusión*, lo que significa que en los procesos regidos por el sistema de audiencias (*v. gr.* Código Procesal federal) toda la actividad probatoria queda reunida en un solo acto de gestión sucesiva; mientras que el otro (*v. gr.* Código Procesal escrito de la prov. de Buenos Aires) disciplina la actividad probatoria en secuencias que, cumplidas, impiden regresar a ellas salvo el supuesto de nulidades.

La importancia del modelo es vital en cuestiones de plazos y términos, porque si está permitido alegar sobre la idoneidad del testigo,

2029. Masciotra, Mario, Carelli, Enrique, "Privatización de actividades jurisdiccionales en materia probatoria. El Discovery, su implementación en nuestro medio". Ponencia presentada en el XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal, San Juan (2001), *Libro de ponencias*, T. II, Universidad Católica de Cuyo, p. 169.

el término para hacerlo empieza a correr desde la declaración o dentro del plazo de prueba, conforme el juicio sea escrito o por audiencias, respectivamente.

La concentración suele quedar emparentada con el sistema de la oralidad, pero no impide su aplicación en el régimen de la escritura o en el *mix* del juicio por audiencias, en la medida que en todos los casos se pretende evitar que el procedimiento se diluya en la práctica de una serie de actos procesales que pueden ser ejecutados en uno solo, como por ejemplo, la audiencia única de pruebas en que se presentan documentos, declaran los testigos, informan los peritos, se practican las confesiones judiciales, etc.

El Código Procesal cuenta con varias disposiciones que contienen la intención de aplicar este principio. Así, la obligación del juez de fijar el término probatorio (art. 367); de proveer toda la prueba, concentrando la testimonial en un solo acto (art. 360, inc. 5), en la eliminación de la prueba superficial o corroborante (art. 373); en la inapelabilidad dispuesta para las resoluciones del juez sobre producción, denegación y sustanciación (art. 379); en los tiempos fijados para ciertos actos (*v. gr.* arts. 383, 395, 399, 402, 410, 417, 432, 460, 463, 495 y concordantes).

437.5 Admisión y pertinencia de la prueba

Más que principios, la pertinencia y admisión de la prueba son correlatos de la estimación que merezca la libertad de ella. En rigor, son modalidades que se ocupan de centrar el foco litigioso, procurando que el debate judicial se concentre en lo verdaderamente útil y jurídicamente relevante.

La pertinencia precisa esa íntima relación entre los hechos y la producción o actividad verificatoria. En tal sentido, guarda un nexo muy próximo con la idoneidad del acto, es decir, que la prueba que se pretende gestar debe tender a la demostración de los hechos que necesitan quedar demostrados. Por tanto, son impertinentes los medios dirigidos a esclarecer hechos que se encuentran sin discusión.

El artículo 364 del código divide convenientemente el punto. El párrafo primero noticia que "no podrán producirse pruebas sino sobre hechos que hayan sido articulados por las partes en sus respectivos escritos". Si bien la norma no aclara, surge de los principios observados

que existen hechos exentos del esfuerzo probatorio, por lo cual, aquellos que no sean controvertidos o fuesen inconducentes para resolver el pleito son potencialmente inaptos para provocar actividad demostrativa.

En cambio, sí revisten este carácter los hechos incorporados oportunamente y que fuesen discutidos; o los hechos nuevos que se aleguen; el derecho (objetivo) que el juez o tribunal no tenga el deber de conocer, y los que se produzcan durante el curso del proceso, y consoliden o extingan la relación procesal.

El párrafo final del artículo 364 refiere a la inadmisión de las pruebas "que fuesen manifiestamente improcedentes o superfluas o meramente dilatorias". Aun con el calificativo antepuesto, estos medios no se encuadran en la admisión de la prueba, sino en un supuesto distinto de la pertinencia. Surge de los adjetivos "no podrán producirse pruebas" y "no serán admitidas", la diferencia que aporta el contenido y control jurisdiccional. El primero, interpreta el principio de la amplitud probatoria, tolerando la incorporación y producción de elementos que pudiesen ser inútiles o dispendiosos. En cambio el segundo prohíbe *ab initio* su ingreso a la litis.

Mientras en el primer caso el juez admite prueba impertinente, por ser potencialmente idónea, para descalificarla u omitirla en la consideración de valores convictivos al tiempo de dictar sentencia; en la restante las priva de eficacia liminar, cortándoles la posibilidad de debate y sustanciación.

El último supuesto crea el riesgo de prejuzgamiento; con el peligro de sumir la estimativa en una impresión superficial, sin un conocimiento absoluto del problema que representa; sin embargo, es posible asegurar la eficacia del proceso y de la faz deliberativa, descartando cuestiones que están fuera de la polémica. No olvidemos que prueba impertinente no significa prueba inadmisible, sino material que no requiere verificación por no ser un hecho articulado, o estar reconocido o admitido en las demás piezas que conforman la *litiscontestatio*. Lo aconsejable sería que la desestimación originaria que el juez realiza se efectuara en la audiencia preliminar (art. 360, inc. 5 CPCCN).

La admisibilidad no se relaciona con la eficacia intrínseca de la prueba. Puede hablarse así de legalidad del medio, de idoneidad del elemento propuesto; del tiempo o de la forma de su ofrecimiento o agregación.

Estrictamente no pueden nominarse pruebas admisibles e inadmisibles, porque dependen, en definitiva, de una apreciación intelectual del juez que, a veces, le marca certeramente la prohibición (en cuyo caso el problema es de inconducencia de la prueba). A los casos de descalificación intrínseca por razones de fondo, se suman en otra vertiente las exclusiones por fundamentos procesales (extrínsecos).

De algún modo le son aplicables los principios generales de la actividad de los actos procesales. Por motivos formales, la prueba deviene inadmisible cuando existe un nivel tal de ambigüedad en el ofrecimiento que resulta imposible ordenar su producción (*v. gr.* propuesta de peritos sin individualizar la especialidad; testigos que no se identifican; informes que no aclaran el órgano a consultar, etc.). En todos los supuestos la inadmisibilidad se resuelve inmediatamente.

Pertinencia y admisibilidad de la prueba confluyen en el grado de eficacia que esta logra para influir en la convicción del juzgador. Este aspecto se denomina atendibilidad de la prueba y, como tal, se expresa en la sentencia.

Por eso sostiene Devis Echandía que

> Es necesario no confundir la pertinencia de la prueba con su valor de convicción, ya que la pertinencia consiste en que haya alguna relación lógica o jurídica entre el medio y el hecho por probar, y puede existir a pesar de que su valor de convicción resulte nugatorio, por ejemplo, cuando no obstante referirse el testimonio a los hechos discutidos, su contenido carezca de mérito porque nada le consta al declarante o no suministre razón alguna de su dicho. Tampoco puede identificarse la idoneidad del medio con el valor de convicción de éste para el caso concreto, pues mientras la primera indica que la ley permite probar con ese medio el hecho a que se pretende aplicar, por ejemplo, con testimonios o confesión, el segundo, si bien depende en parte de esa idoneidad, porque si falta esta, ningún mérito probatorio puede tener la prueba, existe algo más, que mira al contenido intrínseco y particular del medio en cada caso. De esta suerte es posible que, no obstante existir idoneidad, el juez no resulte convencido de la prueba (el testimonio puede ser idóneo o conducente para probar un contrato y, sin embargo, por deficiencias del contenido de las declaraciones, puede ocurrir que no haya mérito de convicción alguna en las varias recibidas.[2030]

2030. Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial, op. cit.*, T. I, p. 132.

437.6 Preclusión y pérdida de la prueba

Los medios de prueba tienen un tiempo ordenado para su realización. El primer espacio temporal que se debe cumplir es el de ofrecer en tiempo y forma la prueba; el siguiente corresponde a la instancia necesaria para lograr el proveimiento u orden de producción (aunque se puede considerar como deber del juez); finalmente, el tiempo decisivo reposa en la carga de diligenciar cada uno de los medios.

Los tiempos que siguen son fijados no ya como una carga, sino como ordenación del trámite procesal. El acatamiento es para las partes y para los encargados de dar vida y eficacia a cada elemento. El código procesal reglamenta este orden con un título inapropiado, porque lo caratula como *negligencia de la prueba* (art. 384), cuando lo correcto hubiese sido llamarlo *diligencia*, porque está fijando pautas temporales para las tres etapas mencionadas (petición, proveimiento y producción).

Con ello no se pretende hacer perder la prueba a la parte contraria, sino poner en práctica un instituto que castigue el desinterés o la abulia, con el fin de evitar la eternización de los pleitos. Cada supuesto necesita un análisis particular, porque deben meritarse las modalidades de la causa de las que pueda resultar o no la existencia de abandono en el trámite.

De todas maneras, encabeza el artículo una serie de disposiciones especialmente dirigidas a cada prueba, a saber: artículo 383 referido a la práctica en extraña jurisdicción de prueba; artículo 402 con el anunciado de caducidad en la prueba de informes; artículo 410 sobre modalidades de la prueba de absolución de posiciones; artículo 432 referido a la caducidad de la prueba testifical; artículo 434 sobre la carga de citación al testigo; artículo 437 disponiendo sobre la sanción por incomparecencia y falta de interrogatorio; artículo 454, luego de indicar el procedimiento a seguir respecto de los interrogatorios que deben poner de manifiesto en los autos cuando se trata de testigos que depondrán por exhorto, refiriéndose a la facultad del juez de eliminar preguntas y agregar otras dispone: "Asimismo, fijará el plazo dentro del cual la parte que ofreció la prueba debe informar acerca del juzgado en que ha quedado radicado el exhorto y la fecha de la audiencia, bajo apercibimiento de tenerlo por desistido". Similar obligación establece el artículo 455 pero respecto a la carga de hacer

comparecer al testigo. Finalmente, el artículo 463 relacionado con la caducidad de la prueba pericial cuando no se ingresa el depósito fijado como anticipo para gastos.

El interés en la producción de cada medio lleva a imponer la carga procesal de urgir la actividad; determinando la inercia o la directa inactividad, la *negligencia* probatoria. En cambio la *caducidad* está pensada para la prueba que habiéndose ordenado, no se produce adecuadamente, por deficiencias del agente encargado de activarla, de diligenciarla o de cumplirla.

Las normas que recién enumeramos son supuestos específicos de caducidades automáticas, es decir, que operan sin necesidad de formar el incidente de negligencia.

De lo que se trata es de llevar el proceso adelante, sin demoras injustificadas ni perjuicios provocados en la producción de las pruebas ofrecidas.

La producción es un aspecto de la carga de la prueba. Característica que lo instala en el terreno de las responsabilidades objetivas, de modo tal que no basta con sancionar el descuido o el abandono con la imposición de costas, porque la reparación es de naturaleza civil y resarcible por indemnización. Precisamente por esta configuración normativa se trazan límites entre la negligencia y la caducidad.

Los supuestos establecidos en el código procesal, denominados como caducidades automáticas, aun con diferencias de redacción y encuadre, tipifican supuestos de responsabilidad objetiva. Ellos se vinculan con la práctica de la prueba y no con el ofrecimiento. De allí que la declaración de caducidad opera sin sustanciación alguna, o sea sin necesidad de que se determine previamente la negligencia o culpabilidad de la parte interesada en su producción.

La gravedad por las consecuencias de la inactividad tiene, no obstante, otras posibilidades de rehabilitación. En otros términos, se purga la negligencia, y se entorpece la marcha de la caducidad. Con la negligencia no existen obstáculos insuperables, por cuanto si el mismo dispositivo legal tiene previsto que las pruebas pueden practicarse hasta los alegatos, lo único que impediría sanear una situación de inactividad o apatía procesal sería el acuse de negligencia.

Aun así, y para el supuesto de que se hiciese lugar al planteo, las pruebas podrían reproducirse en la alzada mediante el replanteo solicitado en el escrito de expresión de agravios contra la sentencia definitiva.[2031]

Con la caducidad, a pesar de su sanción automática, en la práctica no acontece hasta tanto no exista pronunciamiento judicial que la declare. Si ella no existe, el impulso blanquea el déficit, porque la ley no habla de caducidades de pleno derecho, sino de "tenerla por desistida" o de "pérdida del derecho", etc.

La morosidad en la prueba, además, se advierte manifiestamente cuando resulta configurada por las notas de desidia, pereza, o la absoluta despreocupación; pero sería impropio del instituto utilizarlo como una sanción al simple descuido, porque no puede importar una limitación al derecho de defensa.

Florián opina que para la prueba penal no debe existir preclusión probatoria, y que no se deben señalar términos o límites absolutos para su recepción, salvo los inevitables para ponerle fin al proceso.

> El juez penal debe tener facultades para ordenar una ampliación de la instrucción, así sea suspendiendo la sentencia de fondo, para facilitarle la investigación de la verdad real. Creemos que si bien la preclusión probatoria es menos rigurosa en el proceso penal, no puede sin embargo eliminarse en cuanto las pruebas deben ser aportadas dentro de las respectivas etapas que la ley señale: en las audiencias del proceso con instrucción oral, o en los períodos probatorios en el sistema escrito. Esto no impide que la ley autorice al juez penal para reabrir la investigación y señalar nuevo término probatorio, antes de proferir sentencia de primer grado o durante la segunda instancia, pues entonces se practicarán las pruebas en oportunidad legal; cosa semejante sucede en lo civil con los autos para mejor proveer o para el libre decreto oficioso de pruebas, porque se dictan con el fin de recibir pruebas después de vencido el término señalado en la ley, e implican la reapertura de la investigación para esos fines concretos.[2032]

2031. En tal sentido, se ha dicho que ante la declaración de negligencia, el replanteo de prueba en la alzada no es procedente si medió desidia manifiesta de la parte proponente, que no activó el procedimiento en la forma que fija el art. 384 o bien si la prueba se frustró por la falta de interés que demostró en su diligenciamiento (CNCiv., Sala A, "Fischman, Roberto c. Encuadre S. R. L.", 29/11/1995, 38.680-S, *LL* 1996-C-769).

2032. Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial, op. cit.*, T. I, p. 127.

Interesa destacar, en este pasaje, que la negligencia probatoria actúa en el proceso como mensaje preventivo contra la falta de interés en producir los medios de prueba que la parte hubiera ofrecido; de no escucharse opera la sanción. Es similar en sus efectos al castigo que tiene quien abandona la instancia, o muestra su desinterés en impulsarlo en los tiempos legalmente previstos, pero corresponde diferenciar la perención y la negligencia de prueba. La primera, produce efectos sobre el curso del proceso y la segunda, sobre la suerte de los medios probatorios, en los dos se debe analizar las consecuencias que lleva a la parte el comportamiento profesional que da lugar a esos actos.

Si bien es cierto que la prueba de los hechos está sujeta a ciertas limitaciones en cuanto a su forma y tiempo y que es propio de los jueces de la causa determinar cuándo existe negligencia procesal sancionable de las partes, ninguna de estas consideraciones basta para excluir de la solución del caso una prueba conducente a la verdad, por cuanto la renuncia consciente a la verdad es incompatible con el servicio de justicia.[2033]

Si un juicio se pierde porque el abogado fue declarado negligente en la producción de la prueba que ofreció o porque no apeló la sentencia, es evidente que su mandante o patrocinado ha perdido una chance que el culpable debe indemnizar, y para ello habrá que proponer en la demanda contra el profesional, una versión de aquel juicio perdido, demostrando que sin la negligencia del abogado del juicio se habría ganado y de tal forma la existencia del daño (artículo 1068, Código Civil).

438. Principios de la evaluación de la prueba

Es evidente que el análisis de la prueba es complejo y requiere de principios o guías que apoyen la construcción de una sentencia justa y razonable. Para ello las pautas se acomodan a los ideales políticos que se apoyen para un sistema procesal determinado, porque es notoria la distancia entre valorar con libertad o sujetarse al dogma de la prueba legal.

2033. CSJN, "Baiadera, Víctor F.", 20/08/1996, *LL* 1996-E-679 (39.152-S). Además, la declaración de negligencia no califica, de suyo, a la demanda y sólo tiene eventuales consecuencias en el orden de la responsabilidad civil por mala praxis del letrado, más en nada influye en cuanto a la imposición de sanciones a este en los términos del art. 45 del Código Procesal (CNFed. Civ. y Com., Sala II, "Estigarribia, Claudio F. c. Estado Mayor General de la Armada", 20/06/1996, *LL* 1997-E-1057, *J. Agrup.*, caso 11.938).

Una de las polémicas tradicionales de esta materia tan estudiada y mejor expuesta por los científicos del derecho procesal se refiere a la naturaleza jurídica de las normas sobre pruebas civiles, para deducir de ellas el *carácter sustancial* y, en consecuencia, el valor implícito que de las reglas deriva (*v. gr.* se tiene por probada la culpa si hay reconocimiento expreso o tácito; se tiene por acreditado un hecho si el contrario lo admite; si hay confesión no hay necesidad de prueba, etc.); o en su caso, advertir si el *carácter* es *procesal*, y los medios actúan con fines claros que pueden ir desde la verdad plena, la verosimilitud de los hechos, la certeza o la más completa convicción, necesarias todas ellas para juzgar con seguridad.

Observa Cappelletti que en esta concepción lo que se quiere no es confiar al juez una decisión discrecional *caso por caso*, sino más bien elaborar criterios de solución *problemas por problemas*. Tales criterios, a su vez, podrán ser sistematizados, graduados entre sí, relacionados con criterios superiores; lo que importa, sin embargo, es que siempre se trate de criterios los cuales no hagan derivar la solución del problema de abstractas premisas conceptuales y formales –naturaleza procesal, naturaleza sustancial, y similares– sino de la conciencia de la función práctica del derecho y de la necesidad de encontrar, por consiguiente, soluciones correspondientes y adecuadas a tal función.[2034]

La importancia del distingo no es baladí, toda vez que juega en el ámbito de las facultades o poderes del juez para discernir resultados probatorios. Las fórmulas tan conocidas de apreciar la prueba libremente, o seguir las indicaciones ya establecidas por una norma legal, tienen igual entidad y marcan un camino del cual la jurisdicción no se puede apartar, salvo que quiera correr el riesgo de poner en crisis algunos paradigmas jurídicos.

La valoración trasunta la libertad que se tiene para resolver sobre las pruebas producidas en el proceso; es esta una condición del razonamiento; pero hay otras libertades que dejan de ser tales cuando se imponen como deducciones lógicas basadas en cuestiones jurídicas que orbitan en la dimensión del orden público. Por ejemplo, el juez está en libertad de apreciar el valor probatorio de una pericia; pero no puede deducir de ella –ni podrá declararlo– que el hijo del matrimonio

2034. Cappelletti, Mauro, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil, op. cit.*, p. 167 y ss.

tiene un padre diferente porque hay presunciones legales que se lo prohíben. El juez tiene libertad para valorar los medios de prueba específicos que hayan sido aportados al proceso; esa libertad para determinar los hechos probados del caso sí está limitada por las reglas de la racionalidad y la lógica, como lo aprueba la jurisprudencia.

De este modo –dice Ferrer Beltrán– la determinación de los hechos probados realizada contra las reglas de la lógica o, en general de la racionalidad, supondría una infracción a la ley: para ello basta interpretar las reglas que establecen la libre valoración de la prueba de forma que ordenen la valoración mediante la utilidad de la racionalidad general.[2035]

Lo expuesto no debe conducir a la creencia de que la apreciación de la prueba se rija con principios porque, en realidad, son sistemas los que dominan la elaboración de la sentencia y el resultado probatorio.

Cuando hablamos de "principios" en la etapa de apreciación nos referimos a lo que el juez debe considerar implícito en la actividad desenvuelta, esto es, cómo llega la prueba al proceso, sin poder darle un valor mayor al esfuerzo de cada parte; al agrupamiento conjunto de las pruebas que responden al llamado principio de unidad, o bien al sentido que cobra la utilidad de la etapa al tiempo de dictar sentencia.

438.1 La adquisición de la prueba

La adquisición o comunidad de la prueba significa elaborar la pertenencia de los medios y si ellos pueden generar resultados para el proceso conforme el particular que lo aporta. Sería tanto como pensar que quien prueba algo inconveniente para sus intereses no se podría apreciar porque es él quien concreta la actividad.

Tal interpretación no es la que responde al principio de adquisición de la prueba, que se relaciona con la unidad jurídica del proceso y cada uno de sus actos. Existe una solución final única que se deduce de las actividades que las partes cumplieron en cada uno de los escritos de alegación, y en cada procedimiento de prueba encarrilado.

De ello se toma un concepto único: no es propio hablar de la prueba de la parte actora o de la demandada como si fuesen actividades aisladas. Ambas pertenecen al proceso, con la particularidad

2035. Ferrer Beltrán, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2ª ed., 2005, p. 67.

de que quienes activan cada demostración y verificación, lo hacen basados en un interés propio.

La reunión del material probatorio es común, a pesar de las individualidades en el esfuerzo. También es común el significado que arroja cada medio, al punto de quedar demostrado que ninguna prueba favorece en lo útil para descartar lo desfavorable. De acuerdo a ello, todas las partes se benefician o perjudican por igual. La adquisición procesal de la prueba, basados en esta apreciación, tiene dos significados: importa la comunión de la actividad para incorporar la prueba al proceso (comunidad del proceso probatorio); y también la solidaridad de los resultados de los ejercicios probatorios.

Chiovenda tomó ambos puntos, explicando que

> Un derecho importante para las partes se deriva de la circunstancia que la actividad de ambas pertenece a una relación única. Este derecho consiste en que los resultados de sus actividades son comunes a las dos partes en juicio. En virtud de este principio, llamado de adquisición procesal, cada una de las partes tiene derecho a utilizar las deducciones hechas y los documentos presentados por la contraria, las peticiones que esta presente o los actos de impulso procesal que realice.[2036]

En cambio otros, de alguna manera fundados en Rosenberg, sostienen que la adquisición solamente cumple eficacia en un terreno de los resultados de la prueba. Sentís Melendo, por ejemplo, dice que "la adquisición procesal alcanza la categoría del principio concreto y específico en materia probatoria".[2037]

A pesar de cierta opinión que refleja la inconveniencia del principio para operar en sistemas procesales, lo cierto es que cualquiera de ellos, dispositivo o inquisitivo, no guarda relación mas allá de la incorporación como se produce la prueba en el proceso. En la adquisición procesal la acumulación de medios y el resultado de ellos es la principal figura de caracterización; en cambio, en los sistemas procesales, el *quid* radica en la forma de captar los medios y las fuentes de prueba.

Adviértase con los siguientes ejemplos que da el Código Procesal cómo se desenvuelven estos postulados: El proceso se estructura desde

2036. Chiovenda, José, *Instituciones de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. III, p. 91.

2037. Sentís Melendo, Santiago, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio, op. cit.*, p. 221.

los hechos articulados por las partes (art. 364), de manera que los otros quedan fuera, sin posibilidad de incorporación. Inclusive, es posible descartar en la etapa probatoria los hechos no deducidos, o bien que sean superfluos, improcedentes o meramente dilatorios. La adquisición aquí solamente se observa en este tipo de circunstancias; pero el principio que oriente el trámite puede admitir alguna soltura en el magistrado, o ninguna, para resolver el curso de las cosas. Por ejemplo: la agregación de prueba documental es deber de las piezas constitutivas, sin embargo, en contadas ocasiones, sólidamente fundadas, se permitió incorporar otra que era conocida al tiempo de deducir la pretensión (y a pesar de ello no se ofreció) con el fin de alcanzar la verdad jurídica objetiva del hecho controvertido.

Ahora bien, la extensión del principio de adquisición procesal se confunde, a veces, con la comunidad de la prueba, ocurriendo ello, porque se toman los sucesos que el ordenamiento procesal describe. En realidad, sería nada más que un aspecto de la adquisición.

En la prueba de absolución de posiciones, cada una de ellas importa para el ponente, el reconocimiento del hecho al que se refiere (art. 411 CPCCN); en la testimonial, todo lo que el declarante diga será llevado a actas en toda su expresión, valorando el magistrado al testigo, en sí mismo, sin calificar a la parte que lo propuso. El artículo 452 dice que

> El juez podrá disponer de oficio la declaración en el carácter de testigo, de personas mencionadas por las partes en los escritos de constitución del proceso o cuando, según resultare de otras pruebas producidas, tuvieren conocimiento de hechos que puedan gravitar en la decisión de la causa.

Caso que motiva un aspecto expreso del principio de análisis.

En la prueba de peritos, la comunidad probatoria es explícita, sin importar el desinterés que pueda, eventualmente, manifestar una parte. Lo mismo puede concluirse con todos los demás medios.

Con ello quedaría demostrado que las pruebas se adquieren para el proceso y para ser valuadas por el juez junto a las demás alegaciones de las partes, que no podrán ir contra sus propios dichos. En cambio, se adquiere en beneficio del proceso y para la utilidad convictita, sin que puedan los litigantes quebrar la unidad del proceso, queriendo descartar aquello que les fuera perjudicial.

438.2 El principio de la unidad de la prueba

Para la correcta apreciación de los hechos es necesaria la aplicación del principio de unidad de la prueba, el cual determina que el conjunto probatorio del proceso forma un todo y como tal debe ser examinado y apreciado por el juzgador.

La prueba compuesta o acumulación o concurso de pruebas consiste en la valoración que exige la unidad de un método de conjunto, porque los diversos medios de prueba o elementos de convicción empleados no constituyen compartimentos estancos; unos y otros se integran y su concurrencia permitirá arribar a la prueba definitiva de los hechos.[2038]

Por unidad se interpreta el sentido de implicancia e interrelación que existe entre los medios de prueba, llevando a la necesidad de apreciar a todas sin que tenga el juez necesidad de indicar aquellas que descarta o considera en particular. Lo que no resulta justo ni técnicamente aceptable es que las pruebas se aíslen del contexto que configura la totalidad. En realidad, las pruebas toman su debido valor cuando son consideradas en relación y función de todo un esquema, que naturalmente tiene un sentido, una orientación, y como consecuencia, resulta así útil para la interpretación y valoración de cada uno de los elementos probatorios integrantes de ese todo, pero siempre como una parte inseparable de esa unidad.

Para Marcelo Midón este principio concreta la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio, ya que

> … asegura al justiciable el derecho a una sentencia eficaz, esto es, a un pronunciamiento judicial que debe, en cuanto a su contenido, desarrollar una motivación suficiente. Y la motivación solo puede considerarse suficiente cuando el magistrado valora, ajustándose a las pautas de

2038. SCBA, "García ó Gutiérrez, Juan C. y otros", 23/10/1979. Disponible en *LL online*. También afirma este tribunal que la característica de la prueba compuesta consiste en la valoración que exige la unidad de un método de conjunto, porque los diversos medios probatorios o elementos de convicción invocados no constituyen compartimentos estancos; uno y otros forman un todo y su concurrencia permitirá arribar a la prueba definitiva de los hechos; el análisis de cada indicio en particular no debe desarticular el proceso lógico que ha seguido el juzgador en el examen del conjunto de la prueba sobre la base de apreciaciones personales o subjetivas respecto de algunos de ellos (SCBA, "Presno, Alberto L. y otros", 18/09/1979, *LL online*).

> razonabilidad y experiencia (sana crítica), los hechos controvertidos en función de la totalidad e integralidad de la prueba rendida.[2039]

438.3 Utilidad de la prueba

De utilidad probatoria son las actividades encaminadas a formar la convicción judicial. Su proximidad con la pertinencia y la admisibilidad es manifiesta, pero la diferencia estriba en que la razón de lo útil es contingente e hipotética; se verá recién la eficacia al tiempo del pronunciamiento.

Esa aleatoriedad no impide apreciar la utilidad de la prueba en conjunto o en cada medio, e inclusive, aceptar como de mayor contundencia demostrativa una prueba que otra. Es evidente que, en este plano, pensar en lo útil de acuerdo al futuro incierto es incorrecto, porque, tal como dice con agudeza y exageración Jerome Frank:

> El método que empleamos para demostrar al juez la verdad de los hechos equivale a lo que sería en el campo de la cirugía, el sistema de arrojar pimienta a los ojos del cirujano cuando va a practicar una operación.[2040]

La utilidad, en este aspecto, se suma como derecho a la prueba.

Pero en donde cobra verdadero relieve es en su antagónico: aquello que es inútil. Desde esta óptica se coligen actividades que, a pesar del esfuerzo, no consiguen, siquiera hipotéticamente, formar grado de convicción alguna. A veces porque la demostración es imposible o inverosímil, con las reservas que surgen por el avance técnico y científico que trastroca todo principio inalterable; en otras porque el medio propuesto no se corresponde con el hecho a probar (*v. gr.* informativa por testimonial o pericial); en ocasiones por la inoficiosidad evidente, como la demostración desde un reconocimiento judicial de un hecho que no tuvo secuela; en otras, porque el elemento ofrecido es redundante con un hecho presumido legalmente (las presunciones no se prueban, se valoran).

2039. "Principios, Máximas y Sistemas Probatorios", en Midón, Marcelo Sebastián (coord., dir.), *Tratado de la Prueba, op. cit.*, p. 101.

2040. "Courts on trial", p. 85, cita de Puig Brutau, José, en Ídem, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, Barcelona, Bosch, s/f, p. 65.

Capítulo LVI
Prueba ilícita, ilegal, inconstitucional e irregular

439. Concepto de prueba ilícita

Toda prueba que quiera llevar al juez certeza para esclarecer la verdad de los hechos es una prueba lícita. Licitud en el sentido de emprender la confirmación de las versiones, o la demostración de las afirmaciones con los medios de prueba que se tienen legislados o que la ciencia autoriza sin menoscabo a los derechos fundamentales. El límite es el conocido aforismo *iudex iudicare iuxta allegata et probata*, que implica la responsabilidad de cada parte de persuadir al juez para fijar la posición o establecer la verdad jurídica, dicho esto como alternativa entre ideologías dominantes.

A *contrario sensu*, sería ilícita la prueba que quiere infundir incertidumbre, confusión, o que viola el principio de lealtad, probidad y buena fe, pero tal afirmación es incorrecta, porque la finalidad obstructiva o que provoca desconcierto solamente quedará de manifiesto al tiempo de valorar la prueba.

Entonces la licitud pasa a tener un concepto diferente. Lícito es lo que legalmente se permite, e ilícito es lo prohibido. El problema es que prueba ilícita no es, ni equivale a decir, que es una prueba ilegal. Por ejemplo, el testimonio es una prueba legalmente admitida, el falso testimonio no torna en ilegal la prueba, sino al acto en sí mismo, y por eso es punible. A su vez, una prueba documental es lícita cuando representa con ella el contenido de una manifestación de voluntad; pero se vuelve ilícita cuando expone intimidades o derechos de protección especial que solo se pueden dar a conocer con el consentimiento del afectado.

Así como puede haber prueba ilícita sin relación con la prueba ilegal, una prueba ilegal es siempre ilícita, solo que admite morigeraciones (prueba irregular, defectuosa, incompleta, etc.) que la pueden llevar al

plano de la utilidad probatoria mediante la aplicación del principio de *unidad* y *utilidad* de la prueba. Por el caso, si una filmación subrepticia de una persona es una prueba ilegal (por estar prohibida la inmiscusión en el ámbito del derecho a la privacidad), lo que ella verifique es un principio de prueba, o al menos un indicio, porque la inobservancia de las reglas pueden quedar subsanadas con la intervención judicial competente.

Pero también hay una lectura más simple para la prueba ilegal, que se reduce a comprobar si la actividad se desarrolla con los estándares previstos para la producción; en caso de variar, ella es ilegal. En este campo anida la llamada ilicitud probatoria que ocasiona la obtención de la prueba por medios ilícitos, en cuyo supuesto, también refiere a la creación de una prueba ilegítima, que es el resultado de usar un medio prohibido pero capaz de proporcionar elementos de convicción.

En el caso, en lugar de referir a una prueba ilícita se prefiere llamarla prueba irregular o ilegal, distante de la prueba ilícita, por la otra. La primera comprime o elude el cumplimiento de normas procesales; la otra vulnera con su actividad a normas sustantivas, sean de rango constitucional o legal, que reconocen derechos fundamentales.[2041]

Debe destacarse, sin embargo, que aún tratándose de normas que prescriben meras formalidades, en muchos casos tales exigencias se imponen para posibilitar al imputado o a otros intervinientes o afectados por el proceso penal el ejercicio de derechos fundamentales, por lo que la distinción entre prueba irregular y prueba ilícita tiene un interés más bien teórico.

La determinación de cuándo se está ante una prueba ilegal, ilegítima o ilícita depende de los sistemas procesales.[2042] Las consecuencias

2041. Así, por ejemplo, Pellegrini Grinover, Ada, "Pruebas ilícitas", en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, Nº 10, año 7, p. 4. En España se denomina prueba ilícita solo a la obtenida con infracción de normas constitucionales (cfr. Rives Seva, Antonio Pablo, "La prueba ilícita penal y su efecto reflejo". *Análisis jurisprudencial* [documento digital], lo que, en el caso de un texto constitucional más bien parco en materia de garantías procesales, reduciría excesivamente el alcance de la prueba ilícita).

2042. León Carlos Arslanián, en ocasión de ser Ministro de Justicia de la provincia de Buenos Aires, hacía ver en sus declaraciones esta polaridad ideológica al manifestar que "No puede soslayarse que frente al derecho inalienable de todo imputado a que se le respeten las garantías individuales básicas coexiste el de la sociedad en su conjunto de obtener seguridad y paz social. Solo así puede justificarse el monopolio del poder coercitivo que detenta el Estado. El Poder Judicial, como el Ministerio Público Fiscal y los juzgados de garantías deben velar por el mismo tipo de intereses, más allá de la di-

pueden llevar a la exclusión directa adoptada como regla, y tener al medio de prueba de este talante como inexistente;[2043] o trabajar en el terreno de las nulidades en cuyo caso la eficacia de la prueba debe confrontar con la trascendencia de los intereses en debate.

440. La doctrina del fruto del árbol venenoso

Obra en la especie la conocida doctrina del "fruto del árbol venenoso", por la cual la prueba obtenida violando garantías constitucionales, a pesar de la certidumbre que ofrezca, no puede ser válida ni tenida por legítima, por cuanto está viciada desde su nacimiento.

El origen de esta doctrina es anglosajona, y en Estados Unidos se aplica, por primera vez, en el caso "Silverthorne Lumber Co. vs. United State" (251 US 385-1920) en que la Corte federal decidió que el Estado no podía intimar a una persona a que entregara cierta documentación, cuya existencia había sido descubierta por la policía a través de

visión de tareas que informa la Constitución. No se trata de departamentos estancos ni aislados, sino de unos que se encuentran interrelacionados y que no deben reprimirse mutuamente" (Madison, James, *El Federalista*, cap. XLVIII, México, Fondo de Cultura Económica, 1958, p. 210). Por ello, toda investigación tiene como propósito esclarecer hechos, someter a los imputados a proceso con el fin de juzgarlos y condenarlos, de hallarlos culpables, resguardando en todo momento las garantías constitucionales. La regla general de la valoración de los medios de prueba es la libertad probatoria –sana crítica racional–, entendida como la libertad que deja la ley en el juzgador de admitir toda prueba que estime útil al esclarecimiento de la verdad. No cualquier valoración es producto de la sana crítica, sino solo aquella que es racional. Esto es, razonable (art. 28, CN). La razonabilidad ha sido definida como el contenido mínimo de justicia que puede contener un acto. Superado ese piso mínimo, se entra en la arbitrariedad, proscripta por la Constitución Nacional. Pues todo acto arbitrario es irrazonable y todo acto irrazonable es inconstitucional (Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1999-2000, T. I-A, p. 806). [...] El éxito de la investigación tiene uno de sus pilares en el modo de apreciar el mérito de la prueba. La resolución se basa en hechos y pruebas aisladas, omitiendo su tratamiento conjunto.

2043. La exclusión de las pruebas obtenidas con infracción a derechos o garantías fundamentales tiene su antecedente en la denominada *exclusionary rule* aplicada en los Estados Unidos. Se trata de una regla de elaboración jurisprudencial de la Corte Suprema de ese país, en virtud de la cual las *evidence* (fuentes de prueba) obtenidas en el curso de una investigación penal que vulneren derechos y garantías procesales reconocidos en la IV, V, VI y XIV Enmienda de la Constitución Federal, no podrán ser aportadas ni valoradas por el juez en la fase decisoria de los procesos penales federales o estatales, para determinar la culpabilidad o inocencia del acusado.

un allanamiento ilegal. Luego, en la causa "Nardone vs. United States" (308 US 338-1939) dicho tribunal utiliza la expresión "fruto del árbol venenoso", al resolver que no solo debía excluirse como prueba en contra de un procesado grabaciones de sus conversaciones efectuadas sin orden judicial, sino igualmente otras evidencias a las que se había llegado aprovechando la información que surgía de tales grabaciones.

Empalmada esta doctrina con la prueba ilícita corresponde atender las posibilidades que tiene ante la diversidad de cuestiones que de ella se pueden obtener. Si tiene tamaña importancia para verificar los hechos o, en su caso, si pese a la trascendencia se debe privilegiar el derecho constitucional al debido proceso, y en su marco, todas las demás garantías judiciales.

De este modo son dos las tendencias que responden a uno u otro espacio:

a. Un sector prefiere hablar de inutilidad o "inaprovechabilidad" de la prueba obtenida ilegalmente para evitar que, si ella favorece al imputado por el origen ilegal, no se aplique en la investigación. La crítica que se dirige a este sector dice que ello supondría perjudicar al imputado doblemente: primero al violar la garantía que origina la ilegalidad de la prueba, y segundo, al no permitir usar el medio obtenido que lo beneficiaría.
b. Otros optan por resolver qué ocurre con la prueba legalmente lograda a partir de una prueba ilegal. Pues en estos casos debiera diferenciarse el nexo entre prueba ilegal y prueba legal que se torna impropia (por ejemplo, cuando de la confesión obtenida mediante apremios ilegales se llegan a determinar hechos incriminatorios; o en el caso de filmaciones logradas por el mismo imputado en forma sorpresiva, desde el cual se pretenden encontrar justificativos para el cargo penal). En estos supuestos, cuando la prueba, aunque se realice legalmente, se origina desde un medio ilegal y no existen fuentes alternativas que la validen (ejemplo, testigos que declaran sobre los hechos confesados) también esta nueva prueba formalmente legítima debe considerarse inaprovechable como elemento de cargo.

Con todo, el punto de partida puede variar, pues conforme anticipamos, el ordenamiento jurídico condiciona los efectos; el modelo anglosajón parte de "exclusiones de prueba" por apropiación viciada;

mientras que los sistemas de tradición romana aplican el régimen de "nulidades procesales"; en cambio, los que asientan su legislación en la doctrina germana, remiten a las potestades del juez para determinar en cada caso concreto cuándo una prueba es ilícita.[2044]

En consecuencia, para abarcar la cuestión desde una teoría general, es mejor comprender las diversidades en la medida que cada sector puede interpretar los hechos con miradas diferentes. Para el *common law* la prueba "no existe"; para el *civil law* es nula, y para el sistema germánico es un tema de utilidad o aprovechamiento.[2045]

Vale decir, la lectura es distinta, como lo son también los parámetros. Cada uno de ellos contrae cuestiones de valoración independiente donde comienzan otras diferencias como la distinción anunciada entre "prueba ilícita" y "prueba ilegal"; la posibilidad de redimir el vicio cuando el imputado presta acuerdo explícito; la apreciación de la conducta del encartado, etc.

La distinción entre prueba ilícita y prueba ilegítima es del derecho italiano, donde se distingue entre la vulneración de una norma material o procesal, respectivamente. Cappelletti distancia dos tipos de ilegitimidad en materia probatoria. La primera se refiere a la que tiene lugar en el momento de creación y obtención de la fuente de prueba, y la segunda

2044. Parra Quijano, Jairo, *Manual de derecho probatorio*, Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá, 14ª ed., 2004, pp. 22 a 41. Picó i Junoy, Joan, "La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil", en *Libro de Ponencias al XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, edición de la Universidad Libre, 2005, pp. 839-872.

2045. Pueden existir situaciones ambivalentes en estos casos, de manera que si la obtención ilegal de la prueba termina por no afectar al imputado, podría provocarse alguna confusión. Por ello: a) Es conveniente hablar de inutilidad o "inaprovechabilidad" de la prueba obtenida ilegalmente para evitar que, si ella favorece al imputado, por el origen ilegal no se aplique en la investigación. Ello supondría perjudicarlo doblemente: primero al violar la garantía que origina la ilegalidad de la prueba, y segundo, al no permitir usar el medio obtenido que lo beneficiaría. b) Hay que resolver qué ocurre con la prueba conseguida legalmente a partir de una prueba ilegal. Pues en estos casos debiera diferenciarse el nexo entre prueba ilegal y prueba legal que se torna impropia (por ejemplo, cuando de la confesión obtenida mediante apremios ilegales se llegan a determinar hechos incriminatorios; o en el caso de filmaciones logradas por el mismo imputado en forma sorpresiva, desde el cual se pretenden encontrar justificativos para el cargo penal).
En estos supuestos, cuando la prueba, aunque se realice legalmente se origina desde un medio ilegal y no existen fuentes alternativas que la validen (ejemplo, testigos que declaran sobre los hechos confesados), también esta nueva prueba formalmente legítima debe considerarse inaprovechable como elemento de cargo.

a la que se produce en el momento de admisión y práctica de la prueba en el proceso. De acuerdo con ello, el maestro de Florencia rechaza la validez de lo obtenido mediante el segundo tipo de ilegitimidad.[2046]

Claro que desde un punto de vista dogmático el concepto de prueba ilegítima aparece claramente delimitado, su utilización en el marco de un ordenamiento jurídico resulta inoperante, porque lo esencial o relevante es la vulneración de derechos fundamentales, independientemente del momento procesal o extraprocesal en que haya tenido lugar, y del hecho de que se haya infringido además una norma de carácter material o procesal.

440.1 Prueba ilegítima por violar derechos fundamentales

Una prueba puede estar prevista en el ordenamiento legal (y en consecuencia ser lícita) pero al practicarla alcanza efectos imprevistos que no superan el test de constitucionalidad. Si la prueba documental está permitida, el uso de documentación privada tiene condiciones de aplicación; los testigos son válidos mientras no vendan su declaración; las pericias son útiles y legítimas, cuando las realiza un experto y no el improvisado o simplemente idóneo.

Además, la prueba cae en ilegitimidad cuando desaparece la justificación que tiene el orden legal confrontado con la razonabilidad de la práctica. Si los ciudadanos tienen derecho a no sufrir intervenciones de mera prospección en sus domicilios o en sus comunicaciones, o a ir por la calle sin ser objeto de indagaciones o controles restrictivos aleatorios, o a ser filmados en sus actos personales sin tener conocimiento de ello, etc., no es por exigencias del derecho a la presunción o consideración de inocencia, sino, sencillamente, porque de lo contrario se estarían conculcando las mencionadas libertades, y más específicamente, al *principio de legalidad de las pruebas*. Porque todo medio de prueba, o cualquier fuente indiciaria encuentra restricciones cuando el objeto analizado es insuficiente. Allí simplemente estamos ante un mero acto de investigación, no dirigido a valorar pruebas, sino a encontrar posibles fuentes de prueba.

Ahora bien, cuando esas pruebas son obtenidas sacrificando el principio de legalidad, y abjurando de la intervención restrictivamente indiciaria, pretendiendo con ello sostener una sentencia condena-

2046. Cappelletti, Mauro, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil, op. cit.*, p. 137.

toria, o incluso convirtiendo al estado de inocencia en una probable sanción, deben actuar las garantías constitucionales de la inadmisión de la prueba ilícitamente lograda, que es una manifestación del derecho a la presunción de inocencia.

Supongamos que se utilicen videocámaras en lugares públicos para prevenir la comisión de ilícitos, de modo tal que toda persona resulta grabada en sus actos sin haber prestado autorización para ello porque, a ciencia cierta, no sabe que está siendo filmada. En España el Tribunal Constitucional recuerda que en estos casos no hay afectación al derecho a la intimidad porque este no es un derecho absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales. En tal caso, el interés público relevante –la seguridad o la prevención– autoriza que se recorte el derecho porque tiene un fin legalmente previsto, y el medio destinado para alcanzarlo es proporcional y adecuado con las circunstancias que lo rodean, y en todo caso, respeta el contenido esencial del derecho.

Sin embargo, el control de movimientos de las personas constituye también una invasión en la vida privada, pero tal afirmación debe cuidarse al extremo para no afectar el derecho de otros. En nuestra opinión, siempre que se utilice la filmación como medio de prevención la licitud esta implícita; pero cuando ese medio se convierte en una herramienta de la punición, comienzan las exigencias constitucionales derivadas del principio de inocencia y, esencialmente, de las garantías de defensa sustancial de la persona. Por eso, la filmación subrepticia no se puede proyectar sin autorización judicial, y de hacerse a sabiendas de los riesgos de la exposición, el Estado queda expuesto en su absoluta despreocupación por la defensa de los derechos humanos, donde la intimidad, el honor y la imagen tiene consagrados sus valores fundamentales.

Ahora bien, no toda prueba sospechada en su adquisición regular se torna ilegítima, en tal sentido, comienzan a elaborarse distinciones que hacen posible encontrar causales de justificación que disminuyan la ilicitud originaria a grados de tolerancia que disuaden su incorporación al proceso. En verdad, como dice Cappelletti: "el problema de las pruebas en sí y por sí admisibles y eficaces, pero creadas u obtenidas con un acto ilícito, reacciona o no sobre el posterior momento de la admisión en juicio, haciendo ilegítimo también este segundo momento".[2047]

2047. Ibídem, p. 139.

440.2 La conducta del imputado en el proceso

Una de las primeras incertidumbres que se derivan del teorema mencionado surge con la dramática complejidad de eliminar una prueba evidente que excusa la impunidad; o admitirla en el proceso sacrificando con ello la concepción individualista de la libertad. En el planteo acontece una suerte de disparidad entre los criterios legales y el sentimiento popular de justicia. Es cierto que la presunción o estado de inocencia es la máxima garantía del imputado, pero también lo es que ella necesita confrontar la conducta del inculpado con las garantías que cuenta para su defensa.

Ya no se trata solamente de resolver si la pasividad absoluta del sospechoso puede tener consecuencias en el proceso penal cuando la prueba es insuficiente para abastecer fundadamente una condena, o si debe requerirse la colaboración del individuo en aras de obtener la verdad real que todo acto de justicia persigue; ahora, se suma el conflicto de saber si existiendo prueba corroborante, ella pueda descartarse por su ilegalidad.

En principio, la primera de las cuestiones tiene solución pacífica cuando significa el derecho de todo acusado a ser absuelto si no se ha practicado una mínima prueba de cargo, que acredite los hechos que suscitan la acusación y que ella sea ratificada en el juicio oral, con sujeción a los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad. Debe quedar en claro que el principio de inocencia tiene motivos constitucionales que prefieren no condenar en caso de duda razonable, antes que penalizar a un posible inocente.

Esto solo sería suficiente para responder el interrogante; sin embargo, la falta de colaboración puede funcionar en un sentido distinto; en su caso, podría interpretarse que el imputado que no utiliza adecuadamente los principios y garantías que lo escudan, sea por su propia decisión o por falta de necesaria diligencia, no sufre cercenamiento en su derecho de defensa y el tribunal podría aplicar las consecuencias de su propia conducta.

Un ejemplo sería denegar el derecho al recurso de quienes, voluntariamente, no se presentan a la causa, prefiriendo su condición de prófugos de la justicia. También cuando la negativa a someter el cuerpo a requisas o estudios, sin causa justificada, puede tomarse como una presunción en su contra. Desde esta perspectiva, más polémica, una prueba

viciada *lato sensu* podría aplicarse en el proceso si el imputado no colabora en demostrar su ausencia de responsabilidad penal (o civil).[2048]

Comienza aquí el segundo planteo ¿puede admitirse prueba que se muestra ilegítima? ¿Quién tiene el deber de preservar la garantía? ¿La aquiescencia de la parte excusa o perdona la aplicación?

Allorio fue uno de los primeros en poner a la doctrina estos interrogantes, formulando la tesis que apoya la ineficacia de las pruebas inadmisiblemente recogidas, salvo que exista aquiscencia de la parte.[2049] Cappelletti, sin pronunciarse al respecto, creyó que podía formular otra regla: *el juez no puede poner como fundamento de su decisión la prueba inadmisiblemente adquirida*.[2050]

Lo cierto es que la duda cuestiona tanto el tiempo de la producción probatoria (de origen legal que se vuelve *ilegal* –por alterar una manda constitucional– o *ilegítima* –por carecer de razonabilidad la autorización

2048. Es cierto que en el principio de inocencia confluye una idea común, donde se pretende evitar la condena irrazonable o arbitraria. Solo la confirmación de los cargos e imputaciones a través de la reunión de prueba permitirán fundar una sentencia. En materia civil esta idea –discutible– podría proyectarse en uno de sus principios: *la carga de la prueba*; según el cual, si alguien pretende un pronunciamiento favorable para sus intereses, deberá demostrar al Juez la razón y el derecho que le asiste. La diferencia entre la prueba civil y la penal no existe, porque la producción es la misma y rige en ambos casos el principio de adquisición, según el cual la prueba que llega al proceso es de él y no de las partes. La distancia puede estar en el sistema de apreciación, y en los grados de certeza que se exigen. Por ejemplo, es diferente la regla de la íntima convicción para condenar respecto a la sana crítica. *Como se observa, el principio de inocencia trabaja como un límite judicial. No se admite que la demostración de culpa o responsabilidad llegue y se confirme con la prueba del imputado. En caso de duda no hay condena. Es así, un principio cardinal que se implanta como regla del debido proceso actuando bajo la consigna de la seguridad jurídica*. Pero esta conclusión no es igual en los procesos no penales. Se dijo hace mucho tiempo que, si bien la carga de la prueba con perspectiva civilista no funciona en la esfera penal –instructoria– donde el principio de la verdad material u objetiva hace que el juez disponga de facultades para suplir la inercia de las partes, no es menos cierto que en la verdadera faz del juzgamiento, cuando el debate encuentra su plenitud, la iniciativa corresponde a los sujetos esenciales del proceso, que se encuentran ahora en igualdad de derecho. Por ello, llegado al plenario, la carga de la prueba debe –como regla– gravitar sobre las partes, carga que de no conseguir su objetivo se traduciría en que las alegaciones de parte no podrían ser tomadas en cuenta como base para la decisión (CNFed. Crim. y Correc., Sala II, "Martínez de Perón, María E. y otros", 02/07/1981, *LL* 1981-D-101; *ED* 94-707).

2049. Allorio, Enrico, *Efficacia di prove ámese ed esperite in contrasto con un divieto di legge*, Milano, Giuffrè, T. II, 1960, pp. 867 y ss.

2050. Cappelletti, Mauro, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil, op. cit.*, p. 147.

de su práctica–) como la eficacia que se desprende, que son cuestiones independientes de la conducta como elemento de prueba.

La tolerancia no puede escudar la prueba impropia ni justificar su valoración.[2051]

En síntesis, el derecho comparado tiene esta dispersión de criterios, pero suele quedar atenuado el efecto de nulidad absoluta o de exclusión de la prueba, considerando la buena o mala fe de quien realiza la actividad probatoria. Cuando determinada evidencia tiene un origen diferente de la prueba ilegalmente obtenida, no se aplica la teoría de los frutos del árbol ponzoñoso si el descubrimiento es inevitable, a cuyo fin quien quiere valerse de esa prueba tendrá que demostrar que aquella habría sido de todas formas obtenida por un medio lícito.

441. Prueba ilegal

Corresponde aclarar que no se tiene que interpretar la idea de prueba ilegal en contraposición con lo expuesto sobre el sistema de las pruebas legales; estas se refieren a la valoración predispuesta, mientras que aquellas se relacionan con el principio de legalidad. En consecuencia, prueba ilegal es la que no tiene fuente autorizada o que se practica con violación a las garantías procesales.

Sin embargo, tienen un punto de coincidencia en la obtención de la prueba, porque si el mecanismo de producción no cumple con el principio de legalidad, la incorporación del medio de prueba llega preñada de sospecha y su valoración quedará cuestionada por la recepción ilegal.

2051. Para Cappelletti "El hecho de que el comportamiento de la parte no se haya verificado en un ordenado y regular procedimiento de admisión y asunción; el hecho de que el mismo se haya verificado sin la existencia de determinados presupuestos y requisitos o sin la observancia de determinadas formalidades legales, todo esto servirá simplemente para significar que el efecto que está vinculado por la ley a aquel procedimiento formal (interrogatorio formal, juramento) o sea a aquellos presupuestos, requisitos y formalidades, no podrá verificarse; pero no me parece que pueda, además, quitar de en medio al comportamiento mismo y al diverso efecto que el juez pueda argumentar de ello. Puede decirse quizá *cum grano salis* que se tiene aquí un fenómeno análogo al de la 'conversión' en el derecho sustancial: el juez ha admitido por error un procedimiento probatorio, y de ahí la nulidad del procedimiento y de su efecto; sin embargo, las declaraciones prestadas o el modo de prestarlas y en suma, el comportamiento de las partes, han sido tales que ofrecen indicios de convicción…" (Ibídem, pp. 152/153).

La legalidad de la actividad probatoria significa –dice Montero Aroca– que lo que importa en el proceso es, en sí, que se llegue a la verificación de las afirmaciones de hecho realizadas por las partes, pero también que se llegue a ello precisamente por el camino establecido por la ley. Esto es, importa el resultado, pero también importa el camino como se llega al mismo, y ello porque, por decirlo con frase tópica, el fin no justifica los medios. Los medios en el proceso son la actividad y lo que se está diciendo es que el resultado que a la ley le importa no es cualquiera, sino aquel al que se llega necesariamente por el cumplimiento de la norma que regula la actividad.[2052]

En 1903, Beling prefería definir la situación como pruebas prohibidas, por ser aquellas que se obtienen con infracción de los derechos fundamentales, entendiendo por obtención aquella labor tendiente a allegar un resultado probatorio al proceso, esto es tanto la actividad de búsqueda e investigación de la fuente de prueba como la labor de obtención del resultado a partir de una fuente de prueba por mecanismos que violan los derechos fundamentales, aplicación a la fuente de un método ilícito y extracción de un resultado que en sí mismo viola un derecho esencial.[2053]

442. Prueba inconstitucional

Ahora bien, la protección procesal constitucional del derecho de defensa lleva a esgrimir como herramienta principal a la Norma Fundamental del Estado. Esta contiene numerosas garantías que implementan las reglas constitucionales del debido proceso, las que impiden obrar contra ellas en cualquier tipo de procedimiento.

El problema está en que las garantías no están todas enumeradas, de modo que a veces es necesario recurrir a la lectura constitucional de los derechos. Con esta mirada, los ciudadanos tienen derecho a no sufrir intervenciones de mera prospección en sus domicilios o en sus comunicaciones; pueden circular libremente sin ser objeto de indagaciones o controles restrictivos aleatorios; tampoco pueden ser filmados en sus actos personales sin tener conocimiento de ello; en suma,

2052. Montero Aroca, Juan, *La prueba en el proceso civil, op. cit.*, p. 91.

2053. Asencio Mellado, José María, *La prueba prohibida y prueba pre constituida*, Madrid, Trivium, 1989, pp. 81-82.

son "garantías" independientes y, al mismo tiempo, complementarias del derecho a la presunción de inocencia.

El presupuesto constitucional radica en prohibir el acopio de pruebas que vulneren las garantías; y se explana aún más, en la imposibilidad de valorarlas. Pero no siempre es tan amplia la cobertura legal que le prive de todo efecto.

Al ejemplo ya citado del uso de videocámaras en lugares públicos con motivos de seguridad, se agregan otros como la apertura de valijas por las aduanas de los países donde se ingresa; o los test de alcoholemia al conductor sorprendido en una probable infracción de tránsito; también la detención preventiva de personas sospechosas encontradas en un grupo o tumulto, etc. En todos estos supuestos hay un límite expandido y una regla para la valoración; *v. gr.* no será lo mismo grabar aleatoriamente los actos de una persona que perseguirla sin orden judicial; tampoco será igual abrir una maleta en un límite fronterizo que leer un diario personal encontrado dentro de ella.

Por eso el punto central que queremos enfocar se dirige a la relación que existe entre las garantías constitucionales que nutren las libertades individuales, con las relaciones sociales que alimentan otras garantías de igual naturaleza fundamental, como la seguridad, el desarrollo, la protección jurídica; etc.

Vale decir, son varios los temas que llegan y distintas las perspectivas que se tienen. Nosotros dirigimos el estudio hacia las garantías que tornan inconstitucional la producción de una prueba; y cuál es el límite que se puede superar. Es decir, una cosa será permitir que la prueba se produzca y llegue a la etapa de ser valorada en cuyo caso habrá que estudiar el principio de proporcionalidad; y otra diferente es analizar si esa prueba puede o no llevarse a la etapa final.

443. Clasificaciones

Consideremos como punto de partida que hay situaciones especiales que admiten adquirir pruebas violando garantías individuales, siempre y cuando la obtención se realice con previa autorización judicial.

Este placet tiene, a su vez, el límite de la razonabilidad y la justificación, de modo tal que la excepcionalidad del caso comienza a elabo-

rar distinciones en la prueba, como si fuera posible encontrar causales de justificación que disminuyan la ilicitud originaria a grados de tolerancia que disuaden su incorporación al proceso.

De este registro son las llamadas: a) pruebas irregulares; b) prueba ilegítima; c) prueba viciada y, d) prueba clandestina.

443.1 La prueba irregular

En la confrontación de intereses que se entrecruzan en esta problemática, a saber, el interés colectivo en esclarecer los hechos tal y como realmente ocurrieron con el objeto de asegurar el orden jurídico, y el interés igualmente colectivo de la protección de los derechos individuales legalmente establecidos, se opta por el primero de ellos, pues el segundo se garantiza y preserva mediante la sanción civil o penal a quien haya obrado antijurídicamente.

Inclusive, algún especialista en materia probatoria como es Muñoz Sabate, llega a afirmar que la prueba en sí misma considerada tiene un carácter marcadamente metajurídico, como actividad de reconstrucción o descubrimiento de unos hechos que tiene por objeto trasladarlos a presencia judicial, por lo que sus resultados no deben medirse en términos de moralidad sino de verosimilitud.[2054]

Otros argumentan que la prueba vale por aplicación del principio *male captum, bene retentum* y algunos más lo fundamentan en otro brocárdico romano: *factum infectum fieri nequit* según el cual lo hecho no puede devenir en un no hecho.

En nuestro criterio, el proceso judicial es un instrumento constitucional de resolución de conflictos. No es un simple procedimiento al servicio del interés de las partes, sino la salvaguarda de sus garantías y derechos fundamentales. Por eso, el método establecido desde el inicio mismo de las instancias tiene establecidos principios y presupuestos que aseguran el derecho de defensa en juicio, de modo tal que cuando alguno de esos principios o presupuestos se pretende retorcer o claudicar ante otros principios que no son regulares ni eficaces, ni están al servicio de la Constitución y los hombres, pues esos principios no pueden aplicarse, tornando su utilización en actos procesales absolutamente ineficaces.

2054. Muñoz Sabaté, Lluis, *Tratado de la probática judicial*, Barcelona, J.M. Bosch, T. I, 1992, p. 23.

Así lo afirmó también Carnelutti, cuando sostuvo que si fue ilegal la adquisición (de la prueba) no podrá utilizar el documento; y si lo hiciere, además de ser penado por la usurpación, no podrá utilizar el documento; y si lo hiciere, además de ser penado por la usurpación, dolo o abuso de confianza que haya cometido para adquirirlo, el juez no deberá darle mérito legal en favor del que lo haya presentado con tal abuso, por la regla de derecho de que *los hechos ilícitos no deben aprovechar a su autor*.[2055]

En síntesis, si es nula la obtención material de este tipo de pruebas, será nulo e inaprovechable todo acto posterior que pretende basar su eficacia en la prueba ilegalmente adquirida.

Ahora bien, la prueba ilegítima recibe otra dimensión de análisis desde el punto de vista de *a quien beneficie la ilicitud cometida*. En ella se plantea si la prohibición de admisión o valoración de la prueba ilícita debería tener, como única excepción, aquellos casos en que los resultados beneficien al imputado o acusado o incluso a aquel que nada ha tenido que ver con la ilicitud. A tenor de esta última distinción, la prueba de descargo debería quedar excluida, de forma que cuando en virtud de la misma se demostrara la inocencia se aceptaría aún a pesar de su carácter ilícito. Con todo, ni la doctrina es unánime al respecto, ni la cuestión puede resolverse sin mayores matices. Deben ponderarse, al menos, los intereses en juego de manera que se garantice, como mínimo, que ningún inocente será condenado. Cabría diferenciar, en este sentido, entre otorgar una plena eficacia que sirviera para perseguir a un eventual culpable distinto o limitar aquella a demostrar la inocencia del inculpado o a desvirtuar el resultado de las pruebas de cargo; o a discriminar, cuando los elementos de descargo se han obtenido vulnerando el derecho fundamental del propio imputado, en cuyo supuesto le beneficiaría, y cuando infringen el derecho de un tercero, hipótesis en la que no sería así.[2056]

El criterio de *prohibición probatoria* conduce a los *casos de norma legal expresa de carácter prohibitivo*; en España, como en Argentina, Alemania, Cuba, México o Uruguay y en la gran mayoría de los países, existen prohibiciones legales de carácter singular que atienden a determinados métodos de investigación para la obtención de fuentes de

2055. Carnelutti, Francesco, *La prueba civil, op. cit.*, p. 201.

2056. Armenta Deu, Teresa, "La verdad en el filo de la navaja (Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)", *op. cit.*, p. 247.

prueba, prohibiendo las declaraciones bajo tortura, coacción o amenaza; interrogatorios largos que puedan hacer perder la necesaria serenidad en el juicio o determinados métodos en los interrogatorios. Junto a estas existen prohibiciones referidas al *objeto de investigación o prueba*, como los secretos oficiales; el testimonio prestado por funcionarios cuando no puedan declarar sin violar el secreto que están obligados a guardar en razón de sus cargos o cuando procediendo en virtud de obediencia debida, no fueran autorizados por su superior jerárquico para prestar la declaración que se les pida.

Y, por último, existen prohibiciones más concretas, referidas únicamente a *determinados medios de prueba*, como la prohibición de testificar en el proceso penal atendiendo a: la propia calidad del testigo; su parentesco con el inculpado; su profesión (sacerdote; ser funcionario público; ser abogado; ser procurador; miembro del Ministerio Público Fiscal; o juez o magistrado); o los testimonios de referencia en las causas de injurias y calumnias, "ex" artículo 813 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

443.2 La prueba ilegítima

La distancia comentada entre prueba ilícita y prueba ilegítima suele encontrar otras asimetrías, como la que formula la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando distingue entre ellas según la obtención provenga de un elemento físico o corporal (*v. gr.* estupefacientes hallados; documentación habida en el allanamiento, etc.); respecto de aquella que proviene directamente de personas a través de sus dichos (*v. gr.* testigos).

Así, se sostiene que, si la prueba ilícita consiste en un elemento físico, material o corporal, entonces habrá de perder para siempre todo su valor. Empero, si de testimonios se trata, como se hallan provistos de "voluntad autónoma", existirán mayores probabilidades de atenuar la rigurosidad de la regla de exclusión probatoria.[2057]

En nuestra opinión, si bien desde un punto de vista dogmático el concepto de prueba ilegítima aparece claramente delimitado, su utilización en el marco de un ordenamiento jurídico resulta inoperante, pues lo esencial o relevante es la vulneración de derechos fundamentales, independientemente del momento *extra* o *intra* procesal en que

2057. Midón, Marcelo Sebastián, *Pruebas ilícitas*, Mendoza, Cuyo, 2ª ed., 2005, p. 40.

haya tenido lugar, y del hecho de que se haya infringido además una norma de carácter material o procesal.

443.3 La prueba viciada

Algunos autores acogen este término para referirse a aquella prueba en que concurren una serie de circunstancias que afectan a la veracidad de su contenido, pero sin tener en consideración para nada la forma como se ha obtenido. Lo destacable de este tipo de prueba no es la ilicitud o ilegalidad sino la veracidad o certeza de los datos fácticos que la misma aporta al proceso.

Esta modalidad suele darse en distintos medios que reportan una clara utilidad al proceso de descubrimiento de la verdad pero que no se pueden incorporar como medios probatorios por la ilicitud que vicia el acto de recolección probatoria.

La referencia al vicio es propia de los sistemas romanos o continentales en los que predomina la alternancia entre darle un valor a la prueba nula o considerarla como tal pero en el marco de las nulidades procesales; en cambio en el *common law* la inobservancia a las formas es relativa porque lo fundamental es la violación a las garantías fundamentales, que la torna irreconciliable y de ninguna validez, es decir, se la excluye del proceso.

443.4 La prueba clandestina

Prueba clandestina es aquella que se obtiene a través de un comportamiento oculto o de un acto realizado sin publicidad, es decir, aquella que se lleva a cabo de un modo solapado, infringiendo la intimidad o privacidad de las personas.

Es un medio de probar invasivo porque toma la fuente de verificación a partir de un medio nunca previsto y, por eso, requiere de exigencias mayores para quien pretende su utilidad procesal. Siguiendo la regla precedente, es nula de nulidad absoluta y total cuando afecta los derechos constitucionales de las personas.[2058] Sin embargo, algunos señalan que se puede aplicar como indicio.

2058. Emplazados a considerar la prueba de grabaciones subrepticias y tomar de ellas argumentos de cargo contra quienes aparecen filmados en actitudes que sugieren,

Para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: a) Si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); b) si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, c) si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

El aprovechamiento de una prueba clandestina en el modo de adquisición constituye una excepción al principio de legalidad, y a pesar de que es diferente el juicio de proporcionalidad que hace un modelo, respecto al test de razonabilidad que practica el sistema federal de Estados Unidos (que tiene influencia preferente en el régimen latinoamericano) existen coincidencias en la construcción jurisprudencial de ambos.

En Alemania, la admisión de la prueba ilícita constituye el único camino posible y razonable para proteger otros valores fundamentales y más urgentes; importa un examen entre el medio empleado y la finalidad a la cual se tiende, de forma que la prueba lograda con violación a ciertos parámetros de constitucionalidad son, no obstante, eludidos cuando con ella (la prueba) se consigan resultados públicos trascendentes de mayor significancia y proporción. Por ejemplo, cuando se examina en un caso si la violación legal es tan grave que no permite utilizar la prueba obtenida ilegalmente, para cuya determinación hay que ponderar los intereses y los derechos en juego, la jurisprudencia española señala que el principio de proporcionalidad exige una ponderación entre la sanción jurídica y la entidad real del defecto. De ello se desprende una pauta que permite conocer objetivamente cuando una infracción constitucional puede ser tolerada, teniendo en cuenta si la

mínimamente, sospechas que posibilitan la intervención judicial, cabe argüir que el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa constituye un derecho de configuración legal, cuyo ejercicio ha de acomodarse a las exigencias y condicionantes impuestos por las leyes procesales, de modo que en ningún caso cabe considerar menoscabado el derecho que nos ocupa "cuando la inadmisión de una prueba se ha producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no puede ponerse en duda" (Sentencia del Tribunal Constitucional, 149/1987, del 30 de septiembre).

medida probatoria viciada es de las que puede ser dispuesta con orden judicial, como ocurre con las intervenciones telefónicas, a diferencia de una confesión forzada. Es decir que se refiere a aquellos derechos y garantías constitucionales que no son absolutos porque admiten su quebrantamiento mediando ciertos requisitos, sobre los cuales el derecho penal ofrece una protección de segundo nivel.

En Estados Unidos el *balancing test*, elaborado por el derecho judicial, deja al arbitrio judicial valorar la conveniencia de excluir la prueba ilícita en cada caso concreto, teniendo en cuenta la intensidad de la infracción, la cantidad de invasión, la conciencia de la violación y el daño que la exclusión podría ocasionar.

En el caso "US. vs. Williams" (1980) se aceptó el valor de un secuestro de heroína hallado en la requisa a un vehículo interceptado por una infracción de tránsito, sin que haya habido sospecha previa de la presencia del narcótico. El mismo año en el caso "US vs. Payner" la Corte entendió: que la exclusión de la prueba en cada caso de ilegalidad debe ser sopesada frente al considerable daño que pueda surgir de una aplicación indiscriminada de la regla de exclusión.[2059]

444. Las garantías procesales y judiciales

En este espacio se dan las garantías que tiene el justiciable para actuar dentro de un proceso judicial justo y equitativo.

En los hechos juega el principio de bilateralidad y contradicción (todo proceso se implementa entre dos partes que alegan y replican procurando llevar certeza al juez sobre la verdad de sus afirmaciones). Y en materia probatoria significa que las partes tienen derecho a producir prueba; controlar la que su contraria genere; evitar que se traigan materiales prohibidos o que sean pruebas superfluas o inútiles (en este último caso, trabajan las facultades judiciales de selección y ordenación).

Cada uno refleja una preocupación porque si se ponen trabas para la producción probatoria de cargo (o descargo) el fiel de la balanza se quiebra; si la prueba se produce sin conocimiento o control del acusado también hay una crisis; cuando el material probatorio es tomado sin orden judicial, puede tornarse nulo, anulable o inexistente; y si esa

2059. Guariglia, Fabricio, "Las prohibiciones probatorias", en AA. VV., *El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 1993, p. 19.

misma prueba fue ordenada por quien no tiene facultades jurisdiccionales (*v. gr.* orden policial) también hay una ilicitud o, al menos, una irregularidad que es menester declarar.

Por eso, el complemento de las garantías procesales son las garantías judiciales, mediante las que la prueba se ordena y fundamenta con el control judicial necesario a su licitud y pertinencia.

Ahora bien, si el eje de la discusión lo instalamos en las garantías que tiene el justiciable para adquirir prueba y lograr que el juez quede persuadido con ella, tendremos que preguntarnos: ¿Cuál es la finalidad de la prueba? ¿Puede haber diferencias entre los objetivos de la prueba civil respecto de la prueba penal? Acaso ¿es razonable insistir con el argumento de una verdad formal que se aplica en los procesos civiles y una verdad material que afinca en los procesos penales? ¿Es cierto que podemos consolarnos con una verdad jurídica objetiva?, ¿nos debemos resignar a que la verdad sea de imposible alcance en cualquier tipo de procesos?

En nuestra consideración, hemos sostenido con disidencias algunos de estos planteos. Supongamos que la verdad sea un compromiso del juez. Pues en este sendero es evidente que entre el juez penal y el civil no hay diferencias notables en materia probatoria. Mientras se puede tolerar y hasta incitar al activismo judicial en los procesos civiles, promoviendo la iniciativa probatoria de oficio; en el proceso penal el juez que promueve *per se* la producción de una prueba tampoco pierde imparcialidad; no creemos que con ello se cercene la presunción de inocencia. Por supuesto que esto es discutible, pero marca una línea divisoria.

444.1 Fuentes y medios de prueba

Observemos el caso desde las fuentes y los medios de prueba, porque es diferente la forma como se captura e ingresa al proceso según sea el modelo procesal. Mientras el derecho anglosajón, a través del *common law* ha preferido la libertad del individuo y su derecho a la autodeterminación, sosteniendo la consigna que la libertad de cuerpo y alma es el derecho por excelencia de las personas; sin menospreciar la libertad individual, el *derecho continental europeo* que se ha transmitido a nuestros modelos americanos de enjuiciamiento ha optado por el bienestar general, solapando sin afrentar, las garantías individuales.

Ello implica una polémica de carácter ético. La autonomía del individuo para tomar decisiones se ve contrastada con el deber del resto

de la sociedad de usar su mejor juicio y habilidad para maximizar la eficacia de los medios y fuentes probatorios.

Por ello, los avances científicos y técnicos del momento actual permiten que en numerosas ocasiones el objeto de la prueba sea material biológico de procedencia humana. En estos casos se espera que el perito sea capaz de dilucidar de qué material se trata y/o cuáles son las características genético-moleculares que admitan señalar, con niveles de certeza que rayan lo absoluto, de qué persona procede dicho material.

Aquí, por ejemplo, no hablamos de invasión alguna en la intimidad de alguien, sino del supuesto de una persona violada que deja rastros de piel humana en sus uñas al tratar de protegerse del agresor.

444.2 Las pruebas biológicas

Tomemos este supuesto como base. En efecto, la pericia nos introduce en el umbral de la genética humana.

En la actualidad numerosos estudios vislumbran nuevos campos relacionados con la manipulación genética y múltiples conductas aparejadas a la misma significan un impacto en las conductas, obligando a resolver si son delitos tipificados en nuestro Código Penal, o faltas administrativas que merecen reprobación.

Como hemos adelantado, el material biológico procedente de una persona convida actualmente múltiples posibilidades analíticas que pueden tener carácter de prueba en el ámbito judicial.

444.3 La prueba en la óptica del afectado o presunto autor del delito o del hecho que se le imputa

No olvidemos que el encartado descansa en la presunción de inocencia, y en que el sistema probatorio no lo obliga a defenderse probando (como podría ser el caso del proceso civil) porque mientras no se demuestre la autoría, no podrá haber condena.

¿Qué ocurre cuando para probar es necesaria la intervención del afectado? ¿Qué sucede si debemos tomar muestras de piel o sangre para revelar la cadena de ADN y lograr así un resultado científico en el proceso?

Hay enfoques simples como el control del alcoholismo del conductor, que no se puede resistir al análisis. También se ha invocado la similitud entre la donación de la muestra y la declaración contra sí

mismo, circunstancia que de ser cierta excluiría la obligación de colaboración. A esto ha contestado la jurisprudencia con el argumento de que el sospechoso o imputado al que se solicita la muestra solo es "objeto material de la comprobación del ADN", hecho que conduce a un resultado que puede ser positivo o negativo, por lo que no es de entrada desfavorable para el sospechoso. Con el análisis se le da la oportunidad de demostrar su inocencia y desde luego "... no es equiparable a la declaración en contra de uno mismo que contempla la Constitución".

En Argentina, la Corte Suprema en la causa "Vázquez Ferrá, Evelyn Karina" sostuvo que la cuestión relativa a la admisibilidad de una extracción compulsiva de sangre ordenada por el juez debía resolverse con arreglo a los principios generales que rigen la admisibilidad de las medidas de coerción en el proceso penal, tanto respecto del imputado como de terceras personas.

En tal sentido afirmó:

> Ciertamente, es un valor entendido que los derechos a la intimidad y a la privacidad, al igual que los demás derechos individuales que la Constitución Nacional garantiza, suponen límites a la averiguación de la verdad real en el proceso penal. Pero también lo es que la propia Constitución admite que la ley autorice en ciertos casos la intromisión de los órganos estatales encargados de la persecución penal en la libertad, la intimidad, la vida privada y demás derechos de la persona en aras de salvaguardar el interés de la sociedad en la investigación y castigo de los delitos.
> Ello es lógica consecuencia de aquel principio fundamental en virtud del cual los derechos y garantías que la Constitución consagra no tienen carácter absoluto, sino que la ley puede imponer restricciones a su ejercicio que guarden adecuada proporción con la necesidad de preservar los derechos de los demás y los intereses generales de la sociedad (arts. 14 y 28 del texto constitucional y Fallos: 300:67 y 700; 308:814, entre otros).[2060]

Una primera cuestión a resolver consiste entonces en establecer si la extracción compulsiva de una muestra de sangre, a pesar de la intromisión que supone en el cuerpo, la esfera privada y la libertad de la persona que la padecerá, es una de las medidas probatorias que, en virtud de la ponderación de intereses señalada, podría ser autorizada para la averiguación de la verdad en el marco de un proceso penal.

2060. CSJN, Fallos: 326:3758, "Vázquez Ferrá, Evelyn Karina s/ retención de documento y prueba hemática".

Así, en un caso de características similares, al menos en relación con el punto que ahora toca dilucidar, la Corte sostuvo que tales medidas no eran, en sí mismas, incompatibles con el texto constitucional (CSJN, Fallos: 318:2518). En respuesta a los agravios introducidos, el Alto Tribunal dijo en aquella oportunidad que no se observaba la afectación de derechos fundamentales como

> ... la vida, la salud o la integridad física, porque la extracción de unos pocos centímetros de sangre, si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, la defensa de la sociedad y la persecución del crimen (consid. 10, fallo citado).

Y a ello agregó que:

> Por no constituir una práctica humillante o degradante, la intromisión en el cuerpo que la medida dispuesta importa, se encuentra justificada por la propia ley (arts. 178, 207 y 322 del Código de Procedimientos en Materia Penal), pues en el procedimiento penal tiene excepcional relevancia y debe ser siempre tutelado el interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio, ya que aquel no es sino el medio para alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia" (consid. 11, segundo párrafo).
>
> De más está decir que las mismas consideraciones referidas al ínfimo sacrificio que representa la medida frente a la trascendencia de los intereses a tutelar, justifican, asimismo, la restricción que una extracción compulsiva de sangre representa también para los derechos a la privacidad, la intimidad y la libertad del afectado. Con ello, sin embargo, apenas se ha establecido que la toma compulsiva de una muestra de sangre a una persona en el marco de un proceso penal no es incompatible con el respeto de los derechos constitucionales, en tanto guarde una razonable proporción con la necesidad de preservar el interés general en la investigación de la verdad y la aplicación de la ley penal (Fallos: 318:2518, ya citado, y 319:3370).

Pero cuando se trata de aplicar estos principios a otros supuestos, habrá que ponderar la necesidad y razonabilidad de la medida. Recordemos que en la causa antes citada se investigaba la presunta sustracción de una menor de diez años a sus padres y su retención por parte del matrimonio imputado, la alteración del estado civil de la recién nacida mediante su inscripción como hija biológica y la consiguiente falsedad ideológica de los certificados de parto y nacimiento y del documento nacional de identidad (arts. 139, 2 párr., 146, 293 y 296 del Código Penal).

444.4 La razonabilidad como regla

Ahora bien, si bien es cierto que no quedan dudas respecto de la necesidad probatoria para el esclarecimiento de los hechos investigados, también es verdad que la obtención ilegítima depende de la razonabilidad y ponderación de las circunstancias del caso.

Por eso, es aceptable que se establezcan presunciones o indicios legales, como cuando no se presta el cuerpo a una breve e ínfima perturbación como la toma de muestras sanguíneas para determinar una consecuencia jurídica. Y que no se acepte la diferencia cuando la gravedad de la obtención es manifiesta (*v. gr.* tortura). El derecho jurisprudencial comparado acompaña esta tendencia.

444.5 La prueba ilegítima en el proceso civil

Veamos ahora qué sucede en los procesos civiles o de otra índole privada cuando se quiere aplicar este mecanismo probatorio. En este campo, la ilegalidad se relaciona con la ausencia de consentimiento, o la toma de muestras indiscriminadas que impactan con sus resultados, pero sin dar seguridad en los resultados ni vincular las conclusiones más allá del significado que obtengan como testimonio o indicio.

En conclusión, en las actuales circunstancias el principio de la libertad individual queda sometido al deber de saber la verdad por los medios disponibles que el juez persevere en su producción. Si no hay consentimiento, habrá presunción en contra del renuente; si no hay colaboración, tampoco la extracción de muestras compulsivas encuentra limitaciones constitucionales.

Efecto necesario de esta apertura es la proyección que tienen los resultados para variar investigaciones debilitadas por la inseguridad de las conclusiones habidas; por eso, las pericias biológicas sacuden con sus revelaciones el efecto de la cosa juzgada, y admiten revisiones de sentencias logradas en base a metodologías superadas.

Todos estos planteos se explanan y dan actualidad a uno de los aspectos quizás más polémicos e inciertos del derecho probatorio. Nos referimos a la apreciación de la prueba y los sistemas disciplinados en los códigos procesales.

Capítulo LVII
Fuentes y medios de prueba

445. Concepto

Bentham plantea una interesante diferencia al decir:

> En un caso de homicidio, un vestido manchado de sangre, si se lava queda mejor conservado como vestido, pero como fuente de prueba, en relación al hecho cuestionado, queda tan completamente destruido como si lo hubiera sido por el fuego.[2061]

Del supuesto se desprenden dos observaciones: una cosa es la actividad probatoria que tiene como finalidad incidir en la capacidad perceptiva del juez; y otra es el hecho exterior que se muestra para producir los efectos mencionados. Por un lado aparece la producción de la prueba; por el otro, los medios desenvueltos.

La doctrina elabora explicaciones bastante difusas y contradictorias, en la medida que iguales funciones se cambian según refieran a uno u otro. Así, Guasp entiende que los medios son los elementos o los instrumentos que eventualmente llegan a producir la convicción del juez y las fuentes son las operaciones mentales de las que se obtiene la convicción judicial;[2062] en cambio otros creen que la fuente es la parte de la realidad que constituye materia de percepción, mientras el medio indica el aspecto funcional de aquel hecho.[2063]

Manzini, por su parte, nos dice que "son los hechos y circunstancias en que se funda la convicción del juez", luego de explicar que "fuente de prueba es todo lo que, aun sin constituir por sí mismo medio o elemento de prueba (como por ejemplo, el parte, la denuncia, la querella y el interrogatorio del imputado), puede sin embargo, suministrar

2061. Bentham, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales, op. cit.*, T. II, p. 324.

2062. Guasp, Jaime, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil,* Madrid, Aguilar, 1943, T. I, p. 325.

2063. Sentís Melendo, Santiago, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio, op. cit.*, p. 174.

indicaciones útiles para determinadas comprobaciones...", en tanto que "medio de prueba es todo lo que puede servir directamente a la comprobación de la verdad".[2064]

Carnelutti, de su lado, diseñó una doctrina que se comparte mayoritariamente. Llamó "medio de prueba a la actividad del juez mediante la cual busca la verdad del hecho a probar y fuente de prueba el hecho (cosa o fenómeno) del cual se sirve para deducir la verdad".[2065]

Esta diferencia fue simplificada, admitiendo que "fuente es un concepto metajurídico, extrajurídico o a-jurídico, que corresponde forzosamente a una realidad anterior y extraña al proceso; mientras que medio es un concepto jurídico y absolutamente procesal".[2066] En otros términos, la fuente preexiste al proceso e inclusive tiene distancia a su respecto; en cambio el medio permite ejercer una actividad de incorporación de esas fuentes al proceso. Por ello, la fuente no es un concepto procesal y sí lo es el medio. Establecer en el marco de lo disponible cuáles son las fuentes y qué ocupa a los medios también es una tarea de polémica resolución.

De alguna manera, la fuente de prueba está fuera del proceso y es anterior al mismo, es el lugar y el motivo que sea desde el origen sustancial (el documento, por ejemplo) o procesal (la preconstitución de prueba) generan el antecedente que permite apoyar una pretensión que, siendo desconocida, puede llevarse a juicio con ese material de verificación o confirmación.

Por su parte, el medio de prueba es un concepto jurídico de naturaleza procesal. Se crea y desarrolla en el litigio, pudiendo utilizar las fuentes de prueba que, apoyadas en los medios legalmente previstos, se aplican como actividad legalmente dispuesta para acreditar los hechos (*v. gr.* la prueba preconstituida se lleva al proceso mediante el medio de prueba documental o el que corresponde a cada especie).

Los medios de prueba pueden estar enumerados en los ordenamientos procesales mediante un *numerus clausus*, o tolerar la ampliación a otros, en tanto no vulneren el orden público, la moral o las buenas

2064. Manzini, Vincenzo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ediar, T. II, 1953, p. 208.

2065. Carnelutti, Francesco, *La prueba civil, op. cit.*, p. 68.

2066. Sentís Melendo, Santiago, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio, op. cit.*, p. 339.

costumbres. Otros admiten el *numerus apertus*, estableciendo medios legislados y no legislados donde comparten objetivos los métodos tradicionales con los que la ciencia y la técnica agregan con su avance.

Para dilucidar si una prueba es medio o fuente se debe atender el momento de su constitución; asimismo tiene otra diferencia al establecer si es o no admisible de acuerdo con la pertinencia del medio, o sea verificar si la de que se trata demuestra la existencia de relación entre el hecho por probar y el litigio. Una vez establecido, debe ubicarse la formalidad del trámite, a cuyo fin resulta necesario conocer a cada medio en sus definidas particularidades.

Genéricamente las pruebas conocidas y legisladas son: a) Confesión en juicio; b) Documental; c) Informativa; d) Pericial; e) Testimonial; f) Reconocimiento judicial y g) Presunciones e indicios.

Vale aclarar que solo se mencionan a título indicativo, sin establecer si cada uno de ellos es un verdadero medio de prueba, porque, tal como sucede con las presunciones, en realidad, constituyen un proceso de valoración, un resultado de las máximas de experiencia. Las presunciones son cuestionadas como medios de prueba porque no provienen de las partes, de modo tal que no enfatizan actividad alguna de estas, recayendo en la volición del juez todo el mecanismo que admite su presencia en el proceso. Inclusive, se dan en un momento posterior a la etapa probatoria, o al menos en el tramo final de la evaluación, donde quien dicta sentencia las asume como máximas de experiencia o por lógica estricta que de ellas proviene. Lo mismo se puede decir de la pericia, la cual expresa un dictamen sin otro valor que no sea el que porta la ciencia que traduce.

En conclusión, la actividad probatoria resume en los medios de prueba los elementos que el interesado tiene para alcanzar la verdad. Ellos provienen de las partes a través de la confesión, de terceros en la prueba de testigos, de las presentaciones que contienen los documentos y los informes, de la percepción directa que se recibe en un reconocimiento judicial, de los conocimientos especializados que aportan un auxiliar de la justicia como es el perito, o de otras situaciones que pueden deducir presunciones e indicios.

446. Medios de prueba legislados

Se denominan medios de prueba legislados a los mecanismos que la ley reglamenta para llevar las fuentes de prueba al proceso, aunque también se acepta con el término, la posibilidad de explicar la forma como los antecedentes del caso se llevan al proceso acreditando la historia de su ocurrencia, que sirve para demostrar la verdad o falsedad de las afirmaciones realizadas por quien demanda.

Los medios se aplican para formar la convicción del juzgador, y constituyen la fuente principal de sus meditaciones en el juicio, desde que son aquellos que proporcionan los elementos de información necesarios e insoslayables.

En la práctica, el medio legislado se ofrece, produce y cumple tras el proveimiento judicial que admite la prueba. A veces, la prueba se "lleva" porque preexiste al conflicto (prueba documental); en otras se reproduce haciendo historia de reconstrucción (*v. gr.* testigos), y también se forma en el proceso como ocurre con la prueba pericial. Por eso, la afirmación sobre que la relación entre fuente y medio de prueba es la forma de agregar la fuente al proceso es parcialmente cierta, porque el medio legislado, en ocasiones, se forma en el mismo litigio.

447. Medios de prueba no legislados

A diferencia del supuesto anterior, el medio de prueba no legislado necesita fundamentarse para que se admita su producción. Aparece el concepto de necesidad y el límite de no sustituir con el pedido al medio de prueba especialmente reglamentado, salvo que se demuestre la idoneidad del primero sobre el establecido (*v. gr.* prueba científica sobre prueba pericial).

Hace más de sesenta años, Lovato sostuvo que los medios de prueba debían ser fijados por el legislador, pero las partes podían acudir a otros mecanismos de confirmación si con ellos se podía llegar a obtener la verdad de los hechos. A su juicio:

> … pudiera decirse que si la ley procesal o la ley sustantiva, la ley, en general, resulta anticuada; si no está de acuerdo con los progresos de la ciencia, las partes deben tener el derecho de emplear los medios que este

> progreso ha descubierto, para averiguar la verdad, y el juez, aun de oficio, debe emplear estos medios de prueba.[2067]

El artículo 378 del Código Procesal dispone que

> La prueba deberá producirse por los medios previstos expresamente por la ley y por los que el juez disponga, a pedido de parte o de oficio, siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso.

Los medios de prueba no previstos se diligenciarán aplicando por analogía las disposiciones de los que sean semejantes o, en su defecto, en la forma que establezca el juez.

La analogía no siempre es posible porque, como veremos a continuación, la pericia es una técnica de diagnóstico, evaluación y dictamen; mientras la prueba científica es método, comparación de hipótesis, y conclusiones irrebatibles, salvo por otro medio científico que exceda la opinión en experticia. Una es menos exigente que la otra, al igual que los resultados obtenidos. Por eso, una prueba pericial no exige la presencia de la parte al tiempo de realizar la actividad, mientras que una prueba científica puede dudar si el control no se concreta.

448. Prueba científica

Las pruebas científicas son medios de prueba, y así deben considerarse en el aspecto de la producción efectiva; la diferencia está en el sistema de apreciación que, por el valor intrínseco de las conclusiones, justamente científicas (serias e irrefutables), no permiten utilizar estándares de libertad como en las demás verificaciones, porque se parecen demasiado a las antiguas pruebas legales. Es decir, no obligan a seguirlas, pero apartarse de ellas sin justificación razonable y fundada puede ser un motivo de arbitrariedad o ilegalidad.

Por tanto, el primer problema a resolver, respecto de la prueba científica, estriba en ubicar con exactitud el plano de entendimiento sobre qué es y cuándo lo es. Luego, es necesario resolver la aplicación de la actividad, y en su caso, establecer si el parámetro de lo pericial es adecuado o admite un desarrollo particular autorizado por el juez en

2067. Lovato, Isaac, *Los medios de prueba*, Quito, Imprenta de la Universidad, 1953, p. 90.

cada caso concreto; el siguiente inconveniente es entablar la admisibilidad del medio de prueba en la línea de los mecanismos no legislados pero pertinentes o inadmisibles; y finalmente. atender los problemas de interpretación y valoración de la prueba, con su impacto en la sentencia y la cosa juzgada.

448.1 Concepto de prueba científica

Una prueba es científica cuando el procedimiento de obtención exige una experiencia particular en el abordaje que permite obtener conclusiones muy próximas a la verdad o certidumbre objetiva. El método o sistema aplicado trabaja sobre presupuestos a comprobar, y el análisis sobre la cosa o personas, puede ser racional y falible, o exacto y verificable. En el primer grupo, el ensayo sobre el origen de ciertas enfermedades puede ser cierto; en las matemáticas, el resultado siempre es cierto.

Para Marcelo Midón la noción de prueba científica remite a:

> Aquellos elementos de convicción que son el resultado de avances tecnológicos y de los más recientes desarrollos en el campo experimental, que se caracterizan por una metodología regida por principios propios y de estricto rigor científico, cuyos resultados otorgan una certeza mayor que el común de las evidencias.[2068]

Para Taruffo el uso en el proceso civil de las pruebas científicas exige acordar, previamente, qué se interpreta como tal; porque una cosa es la denominación como "ciencias duras" o "no humanas", tales como la física, la química, la matemática, la biología, la genética, etc., que por los conocimientos que proporcionan son relevantes para establecer, valorar e interpretar hechos que deben ser probados, y que, por eso, no tienen problemas de admisión para que el juez ordene "de plano" que

2068. Idéntica definición puede verse en otras ponencias como las de Bourguignon y Peral (Tucumán), o el concepto formulado por Silvero Fernández, para quien "prueba científica es aquella que por aplicación de técnicas y conocimientos científicos, proveen a un punto de discusión un grado de mayor certeza en sus conclusiones", comprendiendo –en su opinión– tanto el desarrollo elaborado por las ciencias duras –química, biología, genética, etc.– como las ciencias blandas –psicología, sociología, etc.– (en esto discrepa con Carbone, para quien el calificativo en cuestión aplicado a esta variante probatoria específica se refiere sólo a las primeras). Por todos ver el Relato General de Leandro J. Giannini. Libro XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal. Ponencias generales, relatos generales y trabajos seleccionados, Mar del Plata, 2007, p. 188 y ss.

se emitan los informes técnicos; a diferencia de las ciencias humanas o "sociales", como la psicología, la psiquiatría, la sociología, la crítica literaria, la economía, la estética o la ciencia de las religiones donde, en todas ellas, el saber científico permite discutir las conclusiones porque, aun reconociendo que se trata de "ciencia", algunos sostienen que forman parte del sentido común y no de específicas áreas científicas.[2069]

Dice Falcón que

> Dentro de cada uno de estos capítulos existen subtemas de igual dificultad que han llevado a una jurisprudencia bastante amplia en los Estados Unidos de América, donde además la Corte de ese país ha implementado un Manual sobre Prueba científica.[2070]

Hace muchos años Denti planteó el problema de identificar la noción de prueba procesal con la de prueba científica en la medida que se interprete alguno de los siguientes problemas: 1) si se quiere aplicar la actividad científica como medio probatorio; o 2) se pretende trabajar el método científico como actividad probatoria en sí misma; o en su caso,

2069. Taruffo, Michele, "La prueba científica en el proceso civil", en *Estudios sobre la prueba*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, p. 46, *passim*; también en Correa Restrepo, Lorenza (ed.), "Nuevas tendencias del derecho procesal constitucional y legal", Universidad de Medellín, p. 15 y ss.

2070. Falcón, Enrique, *Manual de referencia para la evidencia científica*, segunda edición. Publicado en 2000 bajo auspicios del centro judicial federal, Washington, C.C., la segunda edición del manual de referencia es un recurso importante para los litigantes federales. Explora las decisiones principales sobre la admisibilidad del testimonio experto proporciona generalmente una explicación del análisis científico, y después tiene una serie de tratamientos detallados de tipos particulares de evidencia científica, tales como estadística e investigación del examen, epidemiología y toxicología, y evidencia de la DNA. El centro judicial federal proporciona esta edición del manual de referencia a todos los jueces federales para asistiros en la evaluación de evidencia científica *proffered*. Debido a los deberes y las responsabilidades que se amplían de las cortes de ensayo en casos la participación de evidencia científica y técnica, y el papel que el manual de referencia para la evidencia científica juega en el ejercicio de esta responsabilidad, el manual de referencia es una herramienta esencial para los abogados que litigan en corte federal. Estos estudios se completan con la regla 702 de la Corte Federal sobre evidencia científica y con dos casos fundamentales que fueron "Daubert. vs. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.", y "Kumbo Tire Company LTD. vs. Patric Carmichael *et. al.* (cfr. Falcón, Enrique Manuel, "Pruebas científicas", XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mar del Plata, 2007).

3) si lo que en realidad se quiere es trabajar con el resultado de la prueba científica para conseguir con ella influir en el ánimo del juez.[2071]

Parece indudable que el tercer aspecto es el más conflictivo, cuando se acepta que la actividad probatoria tiene carácter reconstructivo dentro de un método especial de debate (bilateral y contradictorio) en el que el esfuerzo dialéctico de cada parte (carga de la prueba) es una pauta importante para determinar el resultado alcanzado.

Dicho esto, en el sentido de advertir que el mundo de la investigación científica gira en una órbita distinta a la que realiza el sistema judicial, aun cuando al tiempo de resolver se congreguen las experiencias; diferencia que es la que señala Taruffo al confrontar el proceso con la ciencia.

En efecto, dice el célebre procesalista italiano que entre ciencia y proceso existen relevantes diferencias que se deben tener en consideración si se desea comprender cómo la ciencia puede ser usada en el contexto del proceso. La ciencia opera a través de varios pasajes, en tiempos largos; teóricamente con recursos y fuentes ilimitadas, conoce de variaciones, evoluciones y revoluciones. Según la postura tradicional, la ciencia está orientada al descubrimiento, la confirmación o la falsificación de enunciados o leyes generales que se refieren a clases o categorías de distintos eventos. Al contrario, el proceso se halla limitado a enunciados relativos y a circunstancias de hecho, seleccionadas y determinadas por criterios jurídicos, es decir, referidos a normas aplicables al caso concreto, de modo que el proceso –a diferencia de las ciencias de la naturaleza– se presenta con carácter *ideográfico*. En otras palabras, el proceso trabaja en tiempos relativamente cortos, con fuentes o recursos limitados y está orientado a la producción de una decisión tendencialmente definitiva sobre el específico objeto de la controversia.[2072]

La diferencia de métodos no impide el uso de la ciencia en el proceso, siempre y cuando la ideología imperante sea la de obtener la verdad porque, en caso contrario, al juez le resulta suficiente la opinión

2071. Denti, Vittorio, "Cientificidad de la prueba y libre valoración del juzgador", Ponencia General presentada en el V Congreso Internacional de Derecho Procesal, México, 1972.

2072. Taruffo, Michele, "El conocimiento científico y estándares de la prueba judicial" en Correa Restrepo, Lorenza, *Nuevas tendencias del derecho procesal constitucional y legal*, Colombia, Universidad de Medellín, 2005.

técnica que proviene de la pericia, como dictamen de quien tiene un conocimiento especializado. Dicho esto como válido para el proceso civil, porque en materia penal la medicina legal es un ejemplo claro de cuánto se utiliza la ciencia en el proceso.[2073]

448.2 Admisión y procedencia

La prueba científica tiene dos caminos posibles para ser admisible en el proceso civil. Uno es el de los medios de prueba no legislados (art. 378, 2 párr., CPCCN); otro, transita en la senda de la prueba pericial que procede cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiere conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada (art. 457 cód. cit.).

Si el centro de atención se mide con la necesidad de prueba, el estándar a verificar se analiza con la regla del medio apropiado que

2073. Morello anticipó la cuestión y sostuvo que la ciencia "... responde a una metodología científica que no es la del orbe jurídico, aunque, al momento de sentenciar, habrá de amalgamarse en una síntesis integradora, y en la definitiva lectura que proviene del Derecho (de esa ciencia). Análogamente, ocurre en las técnicas de vanguardia, por ejemplo: los registros informáticos y estadísticos o equiparables, que se gobiernan por sus respectivas metodologías y apoyos fundantes. En esa perspectiva ha de convenirse en que, como ya lo advertía Couture en los años cincuenta, el Derecho, que pertenece a la ciencia de la cultura, suscita el problema a resolver en punto a precisiones, el de sus limitaciones respecto del de las ciencias naturales, lo que debe llevar a manejarnos por los principios de integración sistémica del derecho, recogiendo, al mismo tiempo, en una actividad interpretativa amplia y flexible, las 'razones' que aporten las ciencias naturales, controladas o tamizadas por la óptica jurídica así enriquecida y potenciada por las conquistas científicas, que también son sustentables por el Derecho. Una unidad íntima, envuelta por ese halo de cientificidad a través de un pensamiento integrado, merced a una hermenéutica acorde con un mundo jurídico así forjado por los concretos adelantos científicos, que dota a lo jurídico de un nuevo sentido. Porque los operadores aunque continuemos trabajando con concepto normativos referidos a una situación de vida interhumana también lo hacemos con las realidades concretas (este daño, este transplante, esta clonación, etc.) que se fusiona con otras realidades (convicciones sociales, creencias colectivas vigentes, reglas del arte, valores que prefiere la comunidad, etcétera). Además, las conquistas científicas evidenciadas mediante la prueba en ese particular litigio, no constituyen "derecho", pero necesariamente deben adquirir –en la sentencia– carta de ciudadanía o naturaleza jurídica al constituirse en uno de los decisivos elementos del juicio. En un engranaje jurídico; al integrarse a la motivación, interpretará esas incorporaciones científicas, con el sentido y alcance peculiar del derecho. Y en ese obrar integrado también el juez le acuerda a su pensar la lógica axiológica que, congruentemente, en los límites de ese caso le sirven para asignar valor. Acuña lo científico en su versión de derecho" (Morello, Augusto Mario, "La prueba científica", *LL* 1999-C-897).

corresponda según la ley o por la naturaleza de los hechos controvertidos (art. 397, cód. cit.), y siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso (art. 378, cód. cit.). Además, no serán admisibles las pruebas manifiestamente improcedentes, superfluas o meramente dilatorias (art. 364, cód. cit.).

Cabe advertir que en el régimen procesal de nuestro país (sin que haya diferencia entre los veinticuatro códigos procesales) impera el principio del libre convencimiento del juez, que opera excluyendo –por vía de principio– el recurso a reglas de la prueba legal, pese a que los grados de certeza exigidos van cambiando en las modalidades y tipos de procedimientos. Vale decir, en un proceso penal priva el derecho a la certeza moral o íntima convicción, en cuyo caso una prueba científica es posible, por ejemplo, si supera el test de afectar la libertad personal del encartado que se niega a prestar el cuerpo como objeto de prueba; mientras que en los juicios entre particulares, la certidumbre puede conformar con la derivación razonada de las pruebas obrantes sin necesidad de profundizar la investigación. En todo caso, la prueba científica debate en un conflicto entre ideologías, porque a un sector le basta con el convencimiento razonado (certeza subjetiva) y otro pretende que los hechos queden esclarecidos en su verdad jurídica objetiva.

Inclusive, promediando el siglo XX, René Savatier afirmó que "... no se debe creer que las técnicas sean necesariamente empleadas en beneficio de la verdad; pueden serlo también en pro del error o de la mentira. La técnica es, en sí misma, un instrumento moralmente neutro".[2074]

Esta idea impregna los sistemas procesales sin que haya variado la legislación pese a las limitaciones fundamentadas que los jueces han dado al sesgado camino de la reglamentación. Obsérvese que Denti señaló la preocupación por atender dichos cánones de valoración ética, afirmando que frente al dilema de resolver la procedencia de una prueba científica:

> ... la conducta del jurista no puede estar condicionada por la incertidumbre de los resultados técnicos y, en consecuencia, por el peligro de errores judiciales debidos al empleo de modernos métodos de indagación. El

2074. Savatier, René, *Travaux de l´Association Henri Capitant*, Montreal, T. VIII, 1956, p. 618.

> progreso de la ciencia no garantiza precisamente la obtención de la verdad inmune de errores, y por otra parte, los métodos de investigación se consideran correctos solo porque son aceptados por la generalidad de los estudiosos en un determinado momento histórico, sin excluir que dichos métodos puedan ser considerados erróneos en un momento sucesivo.[2075]

Más allá de las dudas que siempre tiene la investigación científica, es inevitable sostener que ellas se diluyen conforme el objeto de prueba. La relatividad de las conclusiones es distinta cuando se estudia la psiquis que cuando se dan respuestas matemáticas; aquí la diferencia es por las alternativas de ensayo, pero nunca por el rigor de la consulta.

Sin embargo, no todo lo científico tiene igual viso de seriedad como para aceptar que sean irrefutables las afirmaciones proyectadas. La asimetría entre ciencias buenas y malas que refiere Taruffo –y apoya buena parte de la doctrina– se refleja en aceptar que el tradicional tópico según el cual cualquier cosa que tenga algún origen científico es útil y válido, y por tanto, es admisible como medio de prueba en el proceso, está en crisis desde hace tiempo por varias razones: por un lado porque hay sectores de la investigación científica, como la grafología, la lectura de las manos, la revelación de los sueños, etc., que son permeables a la subjetividad o a la simple especulación, que como tal, no se pueden recibir como prueba; en cambio, por otro lado,

> … el *proprium* de la prueba científica puede encontrarse en el hecho de que esta implica el empleo de conceptos, informaciones, experimentos y criterios que exceden el ámbito de la cultura media, así como el particular nivel de validez y fiabilidad que habitualmente se le atribuyen a las nociones confirmadas científicamente.[2076]

Estas diferencias se consideran al tiempo de disponer la admisibilidad probatoria, teniendo presente que la prueba científica, sin ser específicamente una prueba pericial, responde en su práctica a este procedimiento (por ser el modelo semejante) o al que el juez disponga conforme su leal saber y entender.

La procedencia de la prueba científica corresponde al de los medios no legislados, interpretando como tales a las pruebas que el

2075. Denti, Vittorio, "Cientificidad de la prueba y libre valoración del juzgador", *op. cit.*, p. 6.

2076. Taruffo, Michelle, *La prueba científica*, *op. cit.*, p. 151.

CPCCN no tiene prevista, sin abarcar a aquellas que pueden tener origen legal para situaciones concretas, *v. gr.* el artículo 4 de la Ley N° 23511 que crea el Banco Nacional de Registros Genéticos, dice:

> Cuando fuese necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciese verosímil o razonable, se practicará el examen genético que será valorado por el juez teniendo en cuenta las experiencias y enseñanzas científicas en la materia, la negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente. Los jueces nacionales requerirán ese examen al BNDG admitiéndose el control de las partes y la designación de consultores técnicos. El BNDG también evacuará los requerimientos que formulen los jueces provinciales según sus propias leyes procesales.

Corresponde aclarar que cuando la práctica de la prueba no sea suficientemente correcta con el trámite de la pericia, el juez tendrá que ordenar las modalidades especiales, teniendo en cuenta que existen particularidades de la prueba científica que impiden mantener la singularidad de la técnica pericial.

Por ejemplo, en los tipos de pericia que el código autoriza, la llamada "pericia simple" es la que se produce en audiencia o mediante la emisión de un informe inmediato a la verificación de los hechos (art. 474, Cód. Proc.); este caso se muestra con la explicación de un resultado estadístico sobre datos matemáticos proporcionados en el expediente, etc.[2077] Pero este tipo de procedimiento no es habitual, porque la práctica común exige conocer el objeto de prueba, evaluarlo, tomar muestras, ensayar sobre ellas, y tras un desarrollo completo, formular conclusiones.

Bien explica Falcón que cuando se trata de *prueba científica* no hay un salto de calidad, sino de cualidad, que se compone de dos grupos de cuestiones. Un primer grupo está constituido por: a) Exámenes que requieren conocimientos científicos especiales de expertos, producidos mediante *experimentos, o la utilización de instrumentos de alta tecnología* (que pueden ser químicos, físicos, de ingeniería, etc.). Estos exámenes que vemos ahora regularmente acompañando los exámenes médicos (resonancia magnética, tomografía computada, centellograma, etc.) tienen que ser realizados sobre elementos propuestos en el proceso. El

2077. Falcón, Enrique Manuel, "Prueba científica", ponencia presentada en el XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal, celebrado los días 8, 9 y 10 de noviembre de 2007 en Mar del Plata.

otro grupo lo forman: b) las informaciones científicas sobre hipótesis, leyes o teorías científicas, pedidas a instituciones de la más alta calidad, capacidad y prestigio de investigación (art. 476, Cód. Proc.).[2078]

En síntesis, la admisión de la prueba científica es discrecional para el juez; pero admitida, tiene que saber que la dinámica de producción exige mayor fiscalización (bilateralidad) que el control facultativo de la prueba pericial, cuando sea este el camino que se adopte para la actividad.

448.3 Límites para admitir la prueba científica

Con singular precisión destacó Morello que no todas son buenas para el avance y permisión de la prueba científica en el proceso civil porque:

> ... en pleno proceso de avances y contenciones, dudas y experimentación (clonación, tratamiento del SIDA, etc.), además de no tener muchas veces una calidad autónoma y definitiva para crear certeza, en razón de esas causas a las que suman las que provienen de problemas técnicos o científicos de comprobación, es decir, aprehendida la cuestión desde el punto de vista de las ciencias con relación a sus propias fronteras y la incidencia que pueden tener sobre el campo probatorio, se agrava la tópica porque la lógica que siempre está presente, sufre, en la actividad, su propia transmutación, el avance de las "nuevas lógicas que representan fronteras móviles", que cobran referencia ejemplar, precisamente, en la prueba hematológica y el HLA y el ADN.[2079]

La potencial relevancia de la prueba científica para esclarecer el hecho o, para expresarlo mejor, "establecer la convicción sobre la verdad del hecho", no es, desde luego, absoluta.

Hay veces que la prueba científica viene impuesta por la ley, como cuando se trata de determinar la incapacidad de las personas, o respecto a la prueba de la filiación o nexo biológico, que de conformidad con lo previsto por el artículo 253 del Código Civil, aun siendo admisibles todos los medios de prueba, no se sobreponen a la necesidad de una prueba biológica.

Sin embargo, el límite de la decisión personal (someter el cuerpo a la investigación científica) puede balancear la eficacia probatoria entre dos polaridades. O las presunciones que operan por aplicación del

2078. Ídem.

2079. Morello, Augusto Mario, "La prueba científica", *LL* 1999-C- 898.

artículo 4, primera parte de la Ley N° 23511, donde la negativa a someterse a la extracción de muestras obedece al temor fundado de que los estudios revelen una paternidad probable y el peso del indicio es directamente proporcional a la certidumbre que podrían arrojar esos estudios; o la justificación de la negativa a someterse al examen sanguíneo cuando la oposición tenga argumentos serios y debidamente justificados.

Expresado en los términos en los que concluye el XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal (Santa Fe, 1995), no corresponde hablar de prueba científica sino más bien de pruebas en las que se aplican tales conocimientos de disciplinas no jurídicas –por cuanto no corresponde privilegiar algunas ciencias en relación con las restantes–. Es decir que para admitir prueba científica, la posibilidad de expulsión por rechazo al ofrecimiento, o por oposición a la dispuesta, puede llegar desde puntos de vista distintos.

Uno versa sobre la cientificidad de la prueba, donde la elección depende del grado de verosimilitud fáctica que se pueda desprender del estudio, teniendo en cuenta los puntos de mayor o menor probabilidad que conduzcan a resultados ciertos o prevalecientes sobre una hipótesis (*v. gr.* si el grado de confirmación es del 70%, la incertidumbre es del 30%, de modo que la probabilidad prevaleciente es alta, pero la duda no es menor ni insignificante).

a. Moral y buenas costumbres

Otro reparo es la moral implícita en la procedencia del estudio científico, ya sea por la etapa en la cual la ciencia se encuentra (experimentación, provisionalidad de las conclusiones), o bien por la afectación del principio del bien común que se altera cuando se permite probar pese a dicho estándar. En el primer caso, la tensión surge entre aceptar que la tesis en ensayo sea bastante para constituir una prueba científica que aun no está "aprobada"; o eliminar esa posibilidad mientras la prueba no alcance el grado de irrebatible. En el otro, la mirada se pone en la persona que tiene un interés jurídico superior que proteger, en cuyo caso, la admisión o rechazo de la prueba queda en el marco de las potestades jurisdiccionales.

Uno de los ejemplos clásicos que suele utilizarse para observar cuándo la prueba científica puede resultar contraria a un derecho fun-

damental se da en el plano del derecho a la intimidad. Este se podría representar, en forma figurada, cual si fuera una espiral cuyo núcleo contiene la más sagrada de las reservas que la persona quiere mantener. Aparece así una suerte de anillos donde el más expuesto hacia el exterior es el que los demás observan y conocen, y que puede asentar en la esfera de la fama o reputación.

La dimensión amplia, o *esfera privada*, comprende todos aquellos comportamientos, noticias y expresiones que el sujeto desea que no lleguen al conocimiento público. Se incluye aquí la imagen física de la persona y su comportamiento, aun fuera del domicilio, que no debe ser conocido sino por quienes se encuentran en contacto con él. Le sigue la denominada *esfera confidencial*, que abarca lo que el sujeto participa a otra persona de confianza; de esta esfera quedan excluidos, aparte del público en general, aquellas personas que operan en la vida privada y familiar. Aquí se incluyen correspondencia, memorias, etc. Finalmente, como círculo concéntrico de menor radio, aparece la *esfera del secreto*, que corresponde a las noticias y hechos que por su carácter extremadamente reservado han de quedar inaccesibles a todos los demás.

b. Derecho al secreto

Cuando en un proceso se ordena investigar las actividades desenvueltas por alguien, a cuyo fin se autoriza a penetrar en los reportes de vida personal que proyectan los medios informáticos de cotidiana utilización (prueba científica informática), se ha puesto en duda su admisión ante el test de constitucionalidad.

Las posibilidades se alternan entre la visión patrimonialista que privilegia la atención sobre el daño provocado y, en consecuencia, la reparación a través de una indemnización por el perjuicio sufrido; o bien, la tutela del honor, ya sea en su aspecto interno afirmado en la autoestima, o en su faz externa integrado por el reconocimiento que los demás hacen de la dignidad. En uno la prueba se recibe, en el otro se expulsa.

No existen dudas respecto del derecho a la necesidad de protección jurídica que tienen ambas cuestiones, el punto a esclarecer es si el mismo se apoya en un factor fundamental, o en su caso, en una solución material sostenida en la reparación de los perjuicios sufridos.

Cada profesión tiene códigos deontológicos que previenen las actitudes deshonrosas de los hombres que en el sector se desempeñan. Quienes no responden a esas normas de conducta moral o ética profesional son sancionados. Una regla no escrita supone que a mayor responsabilidad, mayores son los deberes de conducta, y en consecuencia, más graves debieran ser las sanciones.

Ahora bien, los archivos de información personal que se forman en los *cookies* de los computadores son generadores de perfiles y elementos de fácil captura para un experto en informática. Es evidente que entrar en un archivo así mostraría buena parte de las costumbres y preferencias de una persona cuya revelación podría lesionar su honorabilidad, o al menos, su reputación personal o profesional.

Las inclinaciones sexuales, por ejemplo, son datos sensibles (en la voz que utiliza la Ley de Protección de Datos Personales N° 25326) que tienen prohibida su difusión, este sería un derecho al secreto; en cambio, divulgar que la fama de un autor literario se debe a que contrata servicios de otros para sus ediciones, es un hecho inconveniente para esa notoriedad alcanzada; aquí, la revelación de los servicios prestados afectaría el crédito logrado, aun cuando lo fuese mediando un intelecto que no le es propio y se vale de esa ocultación. Aun cuando parezca incómodo decirlo, el hecho no es delictual (aunque pueda ser cuasidelictual), y recobra aquella máxima que ponía en práctica Aníbal en su lucha contra los romanos: "Se debe luchar con la astucia cuando no se puede ser igual con las armas".

En términos similares se plantean otras diferencias sensibles que inciden en la reputación como "estigmas o descréditos", aunque de hecho no lo sean, y el individuo desea conservar en su más sagrada reserva; por ejemplo: los atributos físicos diferentes (*v. gr.* enfermedades crónicas); las capacidades diferenciadas (*v. gr.* sordera, tartamudez, etc.); las costumbres sociales o sexuales; el comportamiento doméstico, etc. En cada caso, existe una relación entre el encubrimiento y la intimidad. La revelación se produce cuando la confidencia se hace pública; ese acto, además, agrede la fama o reputación.

En estos casos, y con la vara de la prudencia judicial, la prueba científica puede quedar obstruida. Pero así como se preserva la moral y la libertad personal del afectado contra o con quien se ordena una prueba científica, también puede resultar ineludible su producción

cuando ella sea conducente a una verdad seria e incontrastable, cuya omisión significará una renuncia consciente a la verdad jurídica objetiva que del proceso se debe desprender.

La sumatoria indica que cualquiera que sea el valor que se atribuya a la prueba científica, ella podrá ser dispuesta en el proceso mientras cumpla los estándares y principios de la legalidad, licitud, admisibilidad, trascendencia y confiabilidad en los asertos.

448.4 Naturaleza de la prueba científica

La prueba científica, como medio no legislado expresamente, pero apto para resolver cuestiones de hecho controvertidas en el proceso, tiene manifestaciones muy importantes que asientan en el tiempo de la apreciación o valoración de la prueba.

Cuando se la considera como un medio *complementario*, las conclusiones se consideran conforme las reglas de la sana crítica; pero hay veces que, por la trascendencia de las afirmaciones, el desenlace puede llevar a que trabaje como una verdadera *prueba legal*.

Si es complementaria, la producción participa de las características de la prueba más adecuada y semejante (*v. gr.* pericial); pero una cosa es el trámite y otra la naturaleza, porque:

> … en realidad, la intervención de técnicas modernas, tanto en la formación de las pruebas como en el control de su veracidad, no da lugar a la creación de pruebas que no pertenezcan a las dos categorías fundamentales: los documentos y el testimonio.[2080]

De aplicar este criterio, la admisión de la prueba documental se acota al contradictorio eventual y, en suma, queda implícita en la valoración que se realice al dictar sentencia; pero si es documento, le falta producción para ser tal, en cuyo caso el enunciado se comprende en el espacio de la utilidad y trascendencia de la prueba, que lleva al campo de la idoneidad del medio para demostrar o confirmar los hechos que se encuentren controvertidos, y como estos, aun son eventuales, dejan a la prueba científica a la espera de la contradicción y del poder de instrucción judicial.

2080. Denti, Vittorio, "Cientificidad de la prueba y libre valoración del juzgador", *op. cit.*, p. 7.

No obstante, en el *common law* se entiende que la contraposición entre *law* y *fact* se justifica sobre todo en función de las distintas esferas de atribución del juez y del jurado, que consideran como una cuestión de derecho la admisión y la valoración sobre la admisibilidad de la prueba que implique conocimientos científicos, los que quedan en manos del primero y no de las facultades del restante.

Indudablemente –dice Denti– la valoración de los tipos de prueba documental que ha sido posible merced al progreso científico requiere técnicas de interpretación que no tienen nada que ver con las tradicionales relativas a los documentos directos o indirectos.

> Si la reproducción de la huella de un pie, e incluso, la de una huella digital, pueden ser operaciones relativamente simples, la interpretación de los resultados de los métodos de análisis, particularmente complejos, pueden requerir el auxilio de nociones complementarias de no fácil obtención [...] Volvemos, pues, a subrayar que desde el punto de vista de la incorporación de la prueba al proceso, se permanece siempre en el campo de la prueba documental, en donde el problema fundamental, que es anterior a la valoración del juzgador, continúa siendo el de la autenticidad de la prueba; problema éste que en orden a los procedimientos ordinarios de verificación puede complicarse, pero no transformarse, por la complejidad técnica de la formación del documento.[2081]

Si, en cambio, se interpreta que la prueba tiene naturaleza testimonial también la cuestión se detiene en la etapa de admisión, respecto al control de veracidad que puede llegar de una prueba técnica que aporta, antes que un nuevo mecanismo, una forma diferente de conseguir verdades.

448.5 Producción de la prueba

El Código Procesal es suficientemente claro al establecer que la prueba no legislada se diligenciará aplicando por analogía las disposiciones de los medios probatorios semejantes, o en la forma que establezca el juez (art. 378).

La cuestión a dilucidar consiste en relacionar la actividad probatoria con la naturaleza de la prueba científica (que no es igual a prueba no legis-

2081. Ibídem, p. 8.

lada) teniendo presente lo dicho precedentemente respecto a considerar que ella puede estar en el carril de los documentos o de los testimonios.

En realidad, cualquiera sea el mecanismo, todos siguen el principio de utilidad y adquisición de la prueba, de manera que, antes que una cuestión de esencia, debe quedar resuelto el tema de la admisión y la forma como se desarrollará.

Recordaba Giannini, que

> No es lo mismo, la coerción efectuada sobre las cosas (*v. gr.* allanamiento de una oficina para secuestrar un disco rígido sobre el que se producirá una pericia informática) que sobre las personas (por ej., la *inspectio corporis*, o el recurrente problema de la extracción de muestras humanas, tejidos, sangre, cabellos, saliva, etc.). Tampoco es parangonable automáticamente la situación de quien es parte en el proceso (actor o demandado, en el proceso civil, imputado en el proceso penal) frente a quien es tercero a su respecto.[2082] La dicotomía entre proceso civil y penal asimismo, no debe ser descartada, si la coacción debe realizarse contra el imputado.[2083] En todos los casos, resulta trascendente además el análisis

2082. Cfr. la conocida causa "Vázquez Ferrá" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la que se rechazó la práctica compulsiva de la prueba hemática, cuando la colaboración necesaria a tales efectos debía ser prestada por la hija reconocida en un proceso penal en el que se imputaba a su padre por la sustracción ilegítima de su identidad, en uno de los tantos fatídicos casos suscitados durante el último Gobierno de facto. La Cámara, confirmando lo resuelto por la magistrada de primera instancia, había dispuesto retener los documentos filiatorios de una persona, a la que se la considera presunta hija de desaparecidos durante el denominado Proceso de Reorganización Nacional, y ordenar la realización del estudio aludido sobre la misma a fin de determinar su verdadera identidad; asimismo, había determinado que la prueba mencionada se llevaría a cabo con el auxilio de la fuerza pública en el hipotético caso de que aquella no prestara su consentimiento. Recurrida esta decisión, la Corte –por mayoría– declaró admisible el recurso y dejó sin efecto la resolución recurrida (CSJN, "Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/inc. de apelación", 30/09/2003, Fallos: 326:3758).

2083. Bidart Campos, que se muestra contrario a las extracciones compulsivas de sangre, sea cual fuere el ámbito (civil o penal) en el que se pretenda dicha invasión corporal, entiende que en tal hipótesis la garantía que protege al individuo contra la autoincriminación rige por igual en ambos tipos de enjuiciamiento: "si en ningún proceso es viable obligar a declarar contra sí mismo, y si tampoco es viable inferir presunciones en contra de quien se niega a esa declaración, no es demasiado extravagante ni difícil aseverar que tampoco es válido exigir que alguien se preste a una prueba para la cual tenga que ofrecer su cuerpo. Desde esta perspectiva la garantía constitucional que prohíbe la autoinculpación rige indistinta sea la naturaleza del proceso. Si bien la Corte limita al proceso penal la operatividad de susodicha garantía, la constitución no distingue a ese fin la clase de sumario (penal o no penal). Por ende, inferir de la

de la proporcionalidad del medio ofrecido, es decir, el balance que para su admisión debe formularse de acuerdo a parámetros como: i) la gravedad del hecho; ii) la verosimilitud de la pretensión; iii) la relevancia de la prueba para acreditar la hipótesis fáctica (que no es solo su pertinencia, concepto obvio, sino especialmente la estimación –*prima facie*– de su eficacia o fuerza probatoria, de la existencia de otros medios para lograr similar resultado, etc.); iv) la intensidad de la invasión corporal que es necesaria para la extracción (no es lo mismo un hisopado bucal para extraer saliva que la intervención quirúrgica para remover una bala receptada en el cráneo a efectos de realizar una pericia balística); v) el riesgo a la salud derivado de la práctica respectiva, etc.[2084]

Ahora bien, la prueba científica tiene un método especial que depende de la práctica a realizar; no es incorrecto señalar que la prueba pericial sea el medio más semejante por el cual canalizar la producción, pero igualmente nos parece que son exigibles algunas pautas más. Si la correspondencia se traza respecto a la prueba documental, la cuestión primera es la autenticidad, y como la prueba científica es "resultado", solamente en la etapa de observaciones y/o impugnaciones se podrán formular las mismas. Cuando el carril se encamina por el testimonio, la idoneidad del medio y el control de la práctica convierten típica la producción, con la salvedad que, tanto en la formación de la prueba (documental, testimonial o pericial) la fiscalización (control) es facultativo de la parte.

Para nosotros la prueba científica genera un valor probatorio muy vinculado con el rigor científico del método con el que sean tratados. Para que las conclusiones sean útiles y pertinentes, es preciso que el juez ordene prácticas complementarias que prevengan eventuales nulidades y aseguren el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos (art. 36, inc. 4, Cód. Proc.).

Tomemos el ejemplo de las pruebas biológicas, estos aspectos son:

a. Reconocimiento y toma de los indicios de naturaleza biológica. Esta debe hacerse por personas expertas e instruidas en estas tareas (policía científica, guardia civil, etc.), que dejen

negativa del demandado a soportar una prueba tan íntima como es prestar su cuerpo a una prueba, que la prueba omitida acredita algo en su contra, es tanto como volver en contra del justiciable la análoga negativa a declarar contra sí mismo, o como tener por absueltas las posiciones en rebeldía" (Bidart Campos, Germán, "Medios probatorios que requieren prestar el cuerpo propio", *ED* 150-524).

2084. Giannini, Leandro, Relatoría General, XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal.

constancia escrita y fotográfica de la locación de aquellos en el lugar de los hechos.

b. Conservación embalaje y transporte. Son también de suma importancia tanto en sus aspectos prácticos como por el deber de control y custodia. En general las muestras biológicas se conservan bien cuando están desecadas, mientras que la humedad y la colonización por hongos y gérmenes desnaturalizan y deterioran las proteínas.

c. Estudio científico de los mismos. La recomendación Nº 1 (1992) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la utilización del análisis del ácido desoxirribonucleico (ADN) dentro del marco de la admismistración de justicia penal, señalaba la importancia del control científico sobre los laboratorios acreditados para realizar estos estudios, la estandarización de las técnicas, los controles de calidad de los resultados o la elaboración y custodia de las bases de datos. No era una normativa vinculante, pero venía a señalar la necesidad de que los diferentes países regularan a título particular este importante aspecto procesal.

   Desde el punto de vista científico, los propios grupos que trabajaban en la investigación de ADN pusieron en marcha estas tareas de control de calidad del trabajo que realizaban. Así surgieron en EE. UU. y Canadá, el TWGDAM (Technical Work Group for DNA Analysis and Methods) y el EDNAP (European DNA Profiling Group) en Europa, siendo el grupo japonés uno de los últimos en incorporarse –muy preparados técnicamente y con gran sentido crítico– al uso del sistema de investigación

d. Cadena de custodia y contrapericia. Las garantías científicas de la pericia deben integrarse con las garantías jurídicas comprendiendo estas a la llamada "cadena de custodia" y a la contrapericia.

   Si la prueba científica no se aísla de la prueba pericial, puede ocurrir que la especialidad del medio quede atrapada en las redes de la experticia, caracterizada por la emisión de un

dictamen simple de evaluación, o de conclusiones elaboradas después de la celebración.[2085]

Ello nos sugiere la necesidad de implementar un sistema probatorio distinto, que es factible merced al párrafo final del artículo 378 del Código Procesal.

El sistema tiene que resguardar el objeto de prueba, de forma que la cadena de custodia debe garantizar que el camino que recorren los indicios o muestras, desde que se recogen hasta que se conocen los resultados se ha hecho en las condiciones de seguridad y de rigor adecuadas, lo cual permite asegurar que el indicio que se estudia en el laboratorio es el que se recogió en el lugar de los hechos y que las condiciones en las que se ha mantenido son las más adecuadas para llegar a resultados óptimos.

La contrapericia es la posibilidad de realizar un doble análisis sobre una misma muestra por dos peritos diferentes y/o en dos centros diferentes, esta es una garantía irrenunciable para el buen hacer de la justicia, y una necesidad evidente cuando la prueba puede tener métodos de investigación alternativos.

Conforme lo expuesto, sostenemos que son pruebas procesales que se pueden llevar al proceso tomando ciertos recaudos que garanticen el derecho de defensa en juicio, de manera tal que, para que resulten útiles y efectivas, deberán garantizar la seguridad.[2086]

2085. Recuérdese que el art. 471 (Práctica de la pericia) del Código Procesal dispone que "La pericia estará a cargo del perito designado por el juez. Los consultores técnicos, las partes y sus letrados podrán presenciar las operaciones técnicas que se realicen y formular las observaciones que se consideren pertinentes".

2086. En un logrado trabajo de síntesis sobre esta problemática, ha dicho Berizonce que "La bilateralidad se despliega en todos y cada uno de los estadios probatorios que conducen al dictamen de los peritos. Ningún elemento de hecho puede ser llevado válidamente a la decisión si las partes no han sido puestas en la posición de previamente conocerlo y discutirlo. La valoración judicial de las pruebas culmina el *iter* procedimental comprensivo de las anteriores etapas de admisibilidad y producción-adquisición, pero todos esos desarrollos están prefigurados sin excepción por la estricta observancia del contradictorio entre las partes. De ahí que los controles tendientes a evitar su infracción o menoscabo no se limiten a verificar la fundamentación del propio decisorio (criterios de racionalidad), sino que se articulan y operan como técnicas normativas en los estadios anteriores de la admisibilidad y de los procedimientos de formación de las pruebas, en buena parte dirigidos a garantizar *in itinere* su atendibilidad. Precisamente, los ordenamientos procesales y orgánicos vigentes estatuyen no solo sobre las condi-

449. Valoración de la prueba científica

La utilización de la ciencia como medio de prueba destinado a verificar los hechos que las partes llevan al proceso produce cierto temor sobre la influencia que pueda tener en el ánimo del juzgador al producir una convicción superior a los estándares de la libertad probatoria, convirtiendo el resultado conseguido en casi una prueba legal.

Desde hace tiempo la doctrina reitera la distinción que se suele hacer entre el beneplácito que tiene la llamada "ciencia buena" respecto de la fluctuación que puede traer el opuesto o "ciencia mala", a cuyo fin se trae a estudio el caso "Daubert" fallado por la Suprema Corte Federal de Estados Unidos en el año 1993, cuando establece las previsiones que han de tenerse para aceptar el dictamen técnico altamente especializado:

1. Que respecto del conocimiento de que se trata, exista un consenso general por parte de la comunidad científica; es decir, se excluye su utilización cuando medien dudas acerca de su validez epistemológica.
2. Que de alguna manera sea empíricamente verificable.

---

ciones y requisitos tendientes a asegurar la idoneidad de los peritos (art. 464 CPCN), sino también los procedimientos para su nombramiento como auxiliar judicial, su recusación y remoción (arts. 458, 465, 466, 470); la fijación de los puntos periciales en el juego del contradictorio de las partes y bajo el poder decisorio del juez (arts. 459, 460); la admisión de los consultores técnicos de parte (art. 458); el modo de practicar las operaciones técnicas (art. 471); la forma y contenido del dictamen y de los informes de los consultores técnicos (art. 472); las atribuciones del juez y de las partes a la vista del dictamen, para el requerimiento de explicaciones, la formulación de observaciones y aun la disposición de la práctica de otra pericia. Sin perjuicio de la posibilidad de que se soliciten informes o consultas científicas o técnicas, cuando el dictamen requiriese operaciones o conocimientos de alta especialización (art. 476) y aun, que se ordene la ejecución de planos, exámenes científicos y reconstrucción de los hechos, como medidas auxiliatorias y complementarias (art. 475). En fin, una batería de previsiones orientadas todas ellas al logro del objetivo esencial, cual es asegurar la atendibilidad y el valor científico-técnico de la pericia y su pertenencia y utilidad para auxiliar al juez en el conocimiento de los hechos en debate, y con ello la justicia intrínseca de la sentencia. […]. La potestad judicial de apartarse de las conclusiones periciales a condición de expresar los fundamentos de su convicción contraria, principio que la doctrina y la jurisprudencia han asentado pacíficamente desde antaño, nos conduce sin embargo al punto inicial de nuestra indagación: cómo puede el juez controlar la correcta aplicación de la ciencia en que se apoya la pericia o consulta y, en su caso, fundamentar su apartamiento" (Berizonce, Roberto Omar, "Control judicial de la prueba científica", en *Revista de Derecho Procesal*, 2005-2, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, p. 157 y ss.).

3. Que, en su caso, se conozca el margen de error que lo condiciona.
4. Que haya sido revisado por parte de un comité o consejo, de probada jerarquía científica.
5. Que se haya publicado en revistas especializadas que aplican el sistema de control preventivo por parte de científicos especializados en la rama del saber de que se trate a fin de que certifiquen su valor científico (referato).
6. Además, claro está, se requiere la condición de pertenencia que presupone la existencia de una relación directa con el caso.[2087]

Estos parámetros se establecen como una guía que persigue dar tranquilidad al que juzga sobre la seguridad del procedimiento científico aplicado y la garantía del resultado que consigue; pero el debate estricto se posiciona sobre el sistema de apreciación de la prueba, donde anida la libertad de consideración de todos los medios de confirmación, bajo reglas predispuestas como la "sana crítica", "la íntima convicción", "la apreciación en conciencia", "las máximas de experiencia", por citar solamente los usos más habituales de racionalización.

La prueba científica, estimada con el balance de confiabilidad que merece el método, a veces convierte las conclusiones en verdades incuestionables; en estos casos, posiblemente la prueba sea única y determinante; pero en ocasiones la evidencia científica admite cuestionamientos (ideológicos o de competencia) que tornan el dictamen complementario de las demás pruebas. En uno y otro caso, el sistema de apreciación es el mismo, pero el peso específico trasciende el mero asesoramiento.[2088]

2087. Taruffo, Michele, "La prueba científica en el proceso civil", en *Estudios sobre la prueba*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2006, pp. 135 y ss.; Ferreyra de De la Rua, Angelina y Bella, Gabriela María, "Prueba científica. Examen de ADN y otros análogos. Inspección corporal", en Roland Arazi (dir), *Prueba ilícita y prueba científica*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 37.

2088. Indica Montero Aroca que [...] "debe tenerse en cuenta que existen medios de prueba o, por lo menos, aspectos concretos de esos medios, respecto de los que difícilmente puede hablarse de verdadera valoración, por lo que la distinción entre sistemas de valoración carece de sentido útil en esos aspectos. 1. Desde luego la prueba pericial está sujeta al sistema de la prueba libre, pero cuando en esa prueba pericial se trata del peritaje que podemos llamar *percipiente*, en el que el objeto del medio de prueba consiste simplemente en verificar la exactitud de alguna afirmación de hecho efectuada por la parte, esto es, de adquirir certeza sobre hechos, puede darse el caso de que no llegue a entrar en juego sistema alguno de valoración. Por ejemplo si trata de comparar el ADN de dos personas para establecer la filiación. En estos

Según Taruffo, cuando de la ciencia se hace un uso epistémico al igual que se realiza con la prueba, o sea el medio con el que en el proceso se adquieren las informaciones necesarias para la determinación de la verdad de los hechos, significa que en ambos se aportan elementos de conocimientos de los hechos que se sustraen a la ciencia común que se dispone.

> Por lo que se refiere a la valoración de las pruebas, la adopción de la perspectiva racionalista que aquí se sigue, no implica la negación de la libertad y de la discrecionalidad en la valoración del juez, que representa el núcleo del principio de la libre convicción, pero implica que el juez efectúe sus valoraciones según una *discrecionalidad guiada* por las reglas de la ciencia, de la lógica y de la argumentación racional. Por decirlo así, el principio de la libre convicción ha liberado al juez de las reglas de la prueba legal, pero no lo ha desvinculado de las reglas de la razón.[2089]

Surge entonces el peso de la ciencia o de la verdad judicial prevalente, que puede asegurar el resultado verdadero con una mínima chance de error que, de existir, es justificable con las pautas de la razonabilidad y certeza objetiva. En los hechos, antes que una contradicción entre el sistema de la libertad para valorar la prueba y el criterio de la determinación anticipada de la convicción (prueba legal),

---

casos: 1) No pueden lógicamente existir dictámenes contradictorios, pues el ADN de una persona es el que es y no caben dos opiniones, y 2) No puede sostenerse que el peritaje se pueda propiamente valorar por el juez, pues el juez no podría afirmar en la sentencia algo diferente de lo afirmado por el perito, a riesgo de incurrir en mera arbitrariedad. 2. De la misma manera en la prueba de reconocimiento judicial (o *ispezione giudiziale*) y atendiendo a los casos en que el mismo juez que realiza el reconocimiento dicta la sentencia y en los que en el reconocimiento se han constatado datos objetivos (no valoraciones o apreciaciones), como por ejemplo si en el terreno existen o no árboles, si la plaza de garaje está en el primero o segundo sótano del edificio, etc. En estos casos tampoco cabe encuadrar este medio de prueba en sistema alguno de valoración. Desaparece en estos dos casos, por tanto, la distinción entre sistemas de valoración y sucede así porque en ellos no se está propiamente ante la valoración de un medio de prueba en sentido estricto, por lo menos en el sentido tradicional en que se entiende la valoración; esto es, primero no puede decirse que se esté ante medios de prueba de valoración legal y, después, no puede existir una operación mental del juez relativa a la credibilidad de la fuente de prueba" (Montero Aroca, Juan, "Valoración de la prueba, reglas legales, garantía y libertad en el proceso civil", *Revista de Derecho Procesal Garantista*, N° 2, 2007, p. 4).

2089. Taruffo, Michele, "Conocimiento científico y estándares de prueba judicial", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 114, México, nueva serie año XXXVIII, 2005, p. 1297.

en realidad es un contrasentido adoptar el estándar más inseguro, un verdadero disparate que solo puede resultar del juego con las teorías.

En el procedimiento penal suele afincar la cuestión en resolver "más allá de toda duda razonable", que por su cercanía con la exigencia de convicción plena que se pide para el uso de la prueba científica, puede tener íntima relación.

En efecto, el primer escalón que presenta trabajar con estándares de prueba muestra la asimetría entre la necesidad probatoria del proceso penal respecto al civil; por ejemplo, en el sistema judicial anglosajón, del que se importa la regla, la declaración de culpabilidad penal impone la prueba más allá de toda duda razonable (*beyond a reasonable doubt*) sin que esté definido con precisión el límite de la incertidumbre. Se consiente, sí, que la sentencia no arroje "sombra de dudas". En el proceso civil, el grado de seguridad es inferior pero no lo bastante errática como para sostener que carezca de veracidad suficiente o de evidencia preponderante (*preponderance evidence*), esto es, se exige que la existencia del hecho quede más acreditada que su inexistencia.

Inclusive, en materia de probabilidades científicas que arrojen convicción, existe otro nivel a ponderar que es una zona de penumbra entre la alta verosimilitud penal y la certeza civil, que se instala en la actividad probatoria que obtiene resultados claros y convincentes, habitualmente aplicado en la determinación de responsabilidades profesionales, o ante situaciones que se deducen de probabilidades y presunciones.

En cada caso, la fehaciencia de la prueba científica confronta con la posibilidad de duda que puede tener quien ha de resolver, contingencia que frente a la calidad del medio probatorio lleva a utilizar un nuevo estándar: el de la *duda razonable*.

Se regresa con ello a un punto de inicio donde el acento se tiene que poner en esclarecer si los sistemas de valoración de la prueba pueden regir con su impronta cultural en los mecanismos judiciales de apreciación científica. La racionalidad está siempre presente, con la comprensión que la regla de la sana crítica no se encuentra afectada; pero es menester ajustar el calibre de la prueba científica ante la calificada conclusión de sus trabajos sobre las cosas, las personas y los hechos. Podríamos afirmar que el único límite es la mo-

ral, las buenas costumbres y que no se afecte la libertad individual ni la dignidad de las personas.

En suma, como dice Morello:

> … dando en todos los casos motivación razonable y plausible, embretado el juez por líneas maestras que se dibujan en este esquema: 1º) si los hechos, científicamente establecidos, no son contradichos o impugnados, vendrán a ser determinantes y, virtualmente, vinculante para los jueces; 2º) estos deben valorar razonablemente dichas pruebas, en relación con las restantes, reconociendo, si correspondiere, el valor de prueba científica; y cuando se expida por el rechazo o la devaluación, esa decisión se sustentará en razones existentes y de entidad que así los justifiquen. Empero, será siempre el juez el que expresará la última palabra sobre la procedencia y el mérito de la prueba científica, porque solo él es quien juzga y decide.[2090]

449.1. Revisión de los criterios probatorios

La decisión adoptada sobre la base de las conclusiones elaboradas por una prueba científica hace cosa juzgada como cualquier otra sentencia. Sin embargo, el relevamiento esencial y la influencia preferente que tiene para incidir en el juez supone que la convicción aportada ha sido bastante y convincente. En consecuencia, el principio general es la no revisión de la prueba, y la inimpugnabilidad de la sentencia, cuando queda consentida y ejecutoriada.

Pero ¿qué sucedería si el trabajo científico adoptado por su evidencia preponderante renueva y cambia las conclusiones ante nuevos hallazgos?, ¿no sería revisable la sentencia?

Es evidente que el problema asienta en la naturaleza de la cosa juzgada, porque en cuestiones de estado, por ejemplo, las pruebas biológicas fueron variando su índice de certeza en proporciones que fueron en aumento desde las pruebas de histocompatibilidad inmunogenética (HLA) hasta el reconocimiento actual respecto a las pruebas de ADN.

Es cierto lo que afirma Marcelo Midón, al decir que

> … en la vorágine del progreso y la tecnología, de dudas y experimentación, no es de profanos inferir que mañana, tal vez pasado, aparecerá una nueva técnica, más sobresalientes que las actuales […] y cuando la

2090. Morello, Augusto Mario, "La prueba científica", *LL* 1999-C-899.

verdad aparente es método generalizado y aceptado, debe ponérsele coto cuando la ficción creada priva a alguien de aquello que compone su propia personalidad o compromete sus más elementales derechos. De lo contrario, so pretexto de conservar incólume el místico principio de la inmutabilidad de la cosa juzgada, socavaríamos las bases sobre las que se apoya nuestro sistema. No tal solo pasaríamos por alto enhiestos derechos constitucionales o de jerarquía equiparada, léase el derecho a conocer la propia identidad (Convención sobre los derechos del niño, artículos 7 y 8), la dignidad, la libertad, el honor, etc., sino que además, por abdicar de la verdad, haríamos sucumbir a la buena administración de justicia que el Preámbulo (que la Corte dice operativo) impone afianzar.[2091]

2091. Midón, Marcelo Sebastián, *Pericias biológicas*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2005, p. 217.

Capítulo LVIII
La apreciación de la prueba

450. El destinatario de la prueba

La entidad e importancia de este punto se refleja en la disponibilidad de los medios de prueba que la ley asigna a las partes para ejercitar su capacidad de verificar, demostrar, persuadir, confirmar, acreditar, etcétera o bien, por el ingenio que pongan en la formación de otros que, sin estar reglamentados, tengan la misma fuerza convictiva que alcanzan las herramientas tradicionales.

Lógicamente, en un proceso cualquiera es de esperar el acatamiento riguroso al principio que recepta el *derecho a la prueba*, que supone la libertad de expresión y disposición para verificar y demostrar los presupuestos de hecho que fundan sus pretensiones. Sin embargo, el procedimiento probatorio recibe de la técnica dispuesta por el derecho comparado una variedad de mecanismos que se desenvuelve a veces con entera libertad y en otras, regida por instrumentaciones preconcebidas de las cuales se deriva el valor que el medio obtiene para intimar con el convencimiento del juzgador.

La aportación del material de análisis, más allá de observar quién lo lleva al proceso (si partes interesadas solamente, o el auxilio del juez), es considerado para advertir cuáles son esos medios y cuál es el valor probatorio que cada uno tiene. Esto último porque es probable otorgar una distinta entidad al medio o fuente adquirido.

Se denomina procedimiento de prueba al esquema diseñado para aportar los hechos y probarlos con los medios que la ley dispone. Medios de prueba son los instrumentos que las partes cuentan para formar la convicción judicial, quien en definitiva, es el destinatario de la prueba.

> El medio suministra los hechos fuentes de la prueba y por tanto el hecho por probar no se deduce de aquel sino de estos; por ejemplo: si se trata de probar un contrato y se aducen medios de prueba como testimonios, confesión y documentos, aquel no se deduce propiamente de estos

> medios, sino de los hechos narrados en ellos. En el lenguaje jurídico de legisladores, jueces y autores es frecuente denominar *pruebas* tanto a los medios como a las fuentes; así cuando se dice que un hecho es prueba de otro, se está contemplando la fuente, y cuando se expresa que la confesión o la escritura pública o unos testimonios son prueba de cierto hecho, se hace referencia a los medios.[2092]

Esta circunstancia impide lograr un acertado criterio, porque la fuente preexiste al proceso, pero de nada serviría si no fuera incorporada al litigio mediante el servicio del medio.

Tal problema lo muestra en otra faceta Ramos Méndez cuando dice:

> Doctrinalmente el propio concepto de medio de prueba resulta sumamente discutido, pues entre los enumerados se encuentran actividades que carecen de carácter instrumental. Nadie duda, por ejemplo, del carácter instrumental de los documentos, testigos, confesión. Pero las dificultades comienzan cuando se habla de la prueba de reconocimiento judicial, gráficamente señalada como prueba directa frente a las demás en la que no existe ningún elemento mediatizador entre el juez y el hecho. Mientras que en la prueba de testigos, por ejemplo, el juez percibe en realidad la declaración del testigo, en el reconocimiento judicial el juzgador percibe directamente el hecho, sin que se interponga ningún instrumento auxiliar.[2093]

Para evitar confusiones se pretende lograr esclarecimientos a partir de una clasificación del grado probable de convencimiento que la prueba alcance. Igual conclusión se pretende al ordenar los medios de prueba de acuerdo con su estructura.

451. Clases y grados de la prueba

Las clasificaciones intentadas abastecen modalidades diversas que pretenden mostrar el registro de elocuencia y convicción que suministran con su llegada al ánimo del sentenciante. La proposición docente enseña que la prueba puede ser atendida desde su *finalidad* o *contenido*, por el *objeto* y por el *destino* que llevan.

2092. Devis Echandía, Hernando, *Compendio de las pruebas judiciales, op. cit.*, T. I, p. 274.
2093. Ramos Méndez, Francisco, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. I, p. 537.

Se llama *prueba directa* e *indirecta*, de acuerdo como se recibe cada medio y se establece el modo de percepción. Por ejemplo, si el hecho se percibe en forma directa e inmediata (*v. gr.* reconocimiento judicial), o bien si lo es de manera indirecta y mediata (*v. gr.* testigos, indicios). También es directa cuando la prueba tiene por objeto producir afirmaciones susceptibles de ser comparadas directamente con las vertidas en los escritos de alegaciones, es decir, sirve para comprobar frontalmente dichas afirmaciones. En cambio es indirecta pero de utilidad, cuando de ella se pueden extraer nuevas afirmaciones, que permiten fijar por deducción los hechos controvertidos.

La prueba indirecta puede ser *histórica* o *crítica*, según requiera de una simple comprobación con los antecedentes fácticos que le reportan una condición determinada, o bien, sean el complemento de una serie de conjeturas basadas en figuraciones que, enlazadas sucesivamente por la actividad desenvuelta, cubren la necesidad de prueba por acumulación de verificaciones.

Se denominan *prueba plena*, *semiplena*, o *principio de prueba*, cuando se divide conforme al resultado de la prueba, es decir, la medición en términos absolutos del grado de convicción alcanzado para sentenciar. Cuando no existen dudas sobre la verdad ocurrida se habla de plena prueba, para ir disminuyendo su importancia hacia la semiplena prueba (mera justificación) que tiene su correlato en la falta de prueba, o en el principio de prueba según el estado que produzca esa situación intermedia.

También hay *pruebas constituidas* en el proceso o anteriores (*preconstituidas*). Según la manera como resulta el ofrecimiento, la prueba puede ser previamente formada, por ser anterior al proceso y haberse logrado en ocasión del hecho mismo en debate (*v. gr.* prueba documental); o bien, ser causa del litigio, en cuyo caso su origen y constitución es producto del interés de las partes y de la orden judicial de proveimiento (*v. gr.* prueba pericial). Se denominan también *pruebas circunstanciales*.

Hay *pruebas principales*, *contrarias* y *contraprueba*. Se llaman principales a las demostraciones que tienen incidencia directa con la pretensión y que resultan conducentes para verificar los hechos afirmados; contraprueba será la actividad probatoria del oponente encaminada a desvirtuar la solidez de la anterior. En cambio, prueba en

contrario se comprende al ejercicio que procura demostrar la inoperancia de una presunción legal o judicial.

De estas clasificaciones surgen dos importantes consecuencias. Según la finalidad de la prueba, se denominan argumentos de ella,

> … las especiales razones que determinan al juez a convencerse o no de la verdad de los datos proporcionados por los medios de prueba, y por lo tanto, de la existencia o inexistencia de los hechos que configuran el objeto probatorio. Es por ejemplo argumento de prueba, en el primer sentido, lo declarado por testigo idóneo o lo dictaminado en un peritaje uniforme y científicamente fundado.[2094]

De acuerdo con la convicción adquirida se habla en la sentencia de resultado de la prueba, lo que obliga a remitir a la consideración de los grados de la prueba y a formular una nueva distinción a partir del sistema legal que priorice la atención sobre la prueba.

452. Valoración de la prueba

Por apreciación (darle un precio) o valoración (determinar cuánto vale) de la prueba, se entiende el proceso por el cual el juez califica el mérito de cada medida probatoria explicando en la sentencia el grado de convencimiento que ellas le han reportado para resolver la causa.

No tiene obligación de señalar expresamente qué prueba le ha significado más que otra; simplemente, se trata de un orden de selección y calificación donde obran interactuando distintas contingencias que hacen a la posibilidad de análisis.

Chiovenda alertó en un memorable estudio, que un juez cualquiera puede encontrarse desorientado al tener que ponderar el valor de una prueba, frente a los atributos que otras normas –sustanciales o procesales– le señalan como para tenerla en cuenta. La eficacia de la prueba depende de la naturaleza jurídica de la norma,[2095] de manera que si las leyes civiles marcan que ciertas reglas de derecho para ser válidas deben tener una determinada forma (*ad solemnitatem*), o para ser apreciadas

2094. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. IV, p. 334.

2095. Chiovenda, Giuseppe, *Ensayos de Derecho Procesal Civil* (trad. de Santiago Sentís Melendo), Ejea, T. II, p. 292.

requieren de otra condición (*ad probationem*), el sentenciante estaría privado de actuar por la inoficiosidad que la norma de fondo le indica. Pero

> … es claro que cuando el legislador instituye una norma para regular la eficacia de los actos jurídicos a modo de solemnidad, esa norma no se apoya solamente en consideraciones de carácter procesal, sino que rige la vigencia misma del acto y se considera como formando parte de su esencia, por razones de política jurídica.[2096]
>
> De esta manera, cuando se instituye determinado medio de prueba (la identificación dactiloscópica; el análisis de los grupos sanguíneos) o excluye otros (el juramento en los contratos; la confesión en el divorcio; etc.), el legislador se guía con razones rigurosamente procesales, inherentes a la demostración misma de las proposiciones formuladas en el juicio.[2097]

Estas consideraciones demuestran por qué las normas de valoración y eficacia probatoria son de carácter procesal, otorgando a las sustanciales el atributo de orientar las formas y solemnidades que deben contar para la validez en el concierto jurídico.

La cuestión más trascendente que se proyecta de los principios proviene del dilema que se le presenta al juez cuando tiene que resolver y confrontar los hechos con la prueba. Si esta tiene un espacio de análisis preasignado, la libertad se pierde (prueba legal), a diferencia de la posibilidad de tomar aquello que más le sugiera descartando otras de menor convicción.

En definitiva, en la apreciación de la prueba es donde se advierte la evolución ideológica que tuvo en Bentham (1823) un juicioso observador. Pero seguramente fue Gorphe quien más se preocupó por señalar el impacto de la valoración en los juicios penales y, en general, en el campo de los procesos.

> Dentro de una concepción racional de la justicia, y particularmente de las pruebas, la convicción que lleva a una decisión debe ser la conclusión lógica de un examen analítico de los hechos y de una apreciación crítica de los elementos de prueba. Pasa así del estado de simple creencia subjetiva al de un verdadero conocimiento subjetivo, comunicable y controlable. Este es el modo por el cual la verdad judicial, que se desprende de la jurisprudencia, puede aspirar positivamente a poseer un carácter impersonal

2096. Couture, Eduardo Juan, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 260.
2097. Ídem.

> que se imponga a todos, no solamente en las cuestiones de derecho, sino también en las de hecho, en la medida en que las circunstancias de los casos sean semejantes. Sería indudablemente vano y presuntuoso querer someter a una disciplina científica el arte esencialmente práctico y lleno de matices de hacer justicia, y especialmente el importante sector de este arte relativo a la apreciación de las pruebas de hecho. Pero el progreso en esta materia debe tender a reducir al máximo el remanente de empirismo incierto y de subjetivismo arbitrario, brindando a la técnica directivas racionales inspiradas en los métodos científicos modernos. Existe en este punto una nueva tendencia que comienza a manifestarse por algunas tentativas interesantes: resta ponerlas a punto y sistematizarlas.[2098]

453. Sistemas de apreciación de la prueba

En la sentencia el juez puede tener libertad de selección y valoración de cada medio, en cuyo caso el sistema adscribe al denominado de la *libre apreciación* –o de la *prueba racional*–; o estar sujeto a reglas predeterminadas que le objetivan parámetros de atención, hablándose entonces del sistema de la *prueba legal*, tarifada o *tasada*.

Desde otra mirada, ambos mecanismos se enfrentan con dos realidades distintas; mientras en la libertad de valoración el juez ejercita plenamente la función jurisdiccional obrando con lógica prudencia en la convicción que cada elemento le reporta; en la restante no habría actividad alguna más allá de la formal tarea de encuadre; en los hechos existiría prescindencia absoluta de apreciación o valoración, porque los estándares estarían fijados objetivamente.

Modernamente la doctrina refiere a un tercer sistema, calificado como mixto, o *reglas de la sana crítica*, que aparece consagrado en el ordenamiento procesal argentino en el artículo 386 cuando refiere a que "... los jueces formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica...".

2098. Gorphe, Francois, *La apreciación judicial de las pruebas* (trad. de Delia García Daireaux), Buenos Aires, La Ley, 1967, pp. 20-21.

453.1 Sistema de la prueba legal

El sistema de la prueba legal tiene amplia recepción en un tiempo histórico que pretendió fijar el valor probatorio mediante enunciados de validez anticipada. De acuerdo con ello, el juez al tiempo de emitir pronunciamiento debe analizar el mérito de los elementos incorporados al proceso asignándoles la eficacia que viene ya establecida. Si ella fuera inexistente, no habría posibilidad de sentenciar por lo ponderado, y tendría que descalificar la pretensión rechazando la demanda.

Adviértase que en este mecanismo no existe valoración alguna, porque ella es antedicha. Tampoco se obtiene convicción, porque el juez solo confronta hechos con pruebas legales, y si el ajuste existe, descarta la utilidad como medio por el valor previamente asignado.

El origen del sistema reconoce la causa de su legitimación. En tiempos de barbarie, los pueblos germanos utilizaron este mecanismo sobre la base de creer que nadie mejor, para resolver sobre el grado de certeza de una prueba, que aquel que estaba fuera del hecho, libre de toda pasión e interés propio. Además, como podían ilustrarse con el consejo de los varones más eminentes, se podía estudiar con detenimiento los elementos que ofrecieran mayor grado de probabilidad o de certidumbre en el entendimiento humano.[2099]

Este sistema recibió también el nombre de *prueba* formal, dado que al privar al juez de estar convencido por sus fueros e inteligencia sobre los hechos, la experiencia aplicada era meramente superficial y mecánica. Pero esta calificación no parece apropiada, por resultar más acorde con las formas o solemnidades que debe reunir el medio, más que por la verdad que alcanza.

No obstante, es interesante la evolución que indica Caravantes, respecto a que existió primero una verdad formal y luego un material, pero siempre dentro del sistema de la prueba legal. Explica el autor que

> … si bien la civilización ha reconocido la conveniencia de que dicte el legislador sobre esta materia reglas prudentes que preserven al juez de la arbitrariedad, se la ha visto desechar al mismo tiempo aquellos medios y

2099. De Vicente y Caravantes, José, *Tratado histórico crítico y filosófico de la Ley de Enjuiciamiento Civil, op. cit.*, T. II, p. 391.

> sistemas de prueba impropios de todo pueblo culto que esclavizando la inteligencia del juez, vienen a convertirle en un autómata.
> Por eso ha dominado en los pueblos rudos y en épocas remotas poco civilizadas el sistema de la verdad formal, esto es, el sistema que sin tener en cuenta la convicción íntima del juez, ni los motivos suministrados por la razón y la experiencia para decidir, obliga a éste a tener por cierta una demostración que solo se apoya en motivos de pura forma; y por el contrario, en los países ilustrados y en las épocas modernas, ha erigido su imperio el sistema de la verdad material, o en que el juez funda su convicción en los medios más seguros para llegar a la verdad, de suerte que las reglas sentadas por el legislador tienen origen en el principio que se ha propuesto, de sancionar los medios de certidumbre más conformes a su objeto, la verdad absoluta.[2100]

La legislación española cuenta con un nutrido número de disposiciones tarifadas. Tanto en la legislación foral, como en la Recopilación y Leyes de Partidas se observan presentes, e inclusive, transmitidas a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855. Por ejemplo, en materia de testigos, se establece que el testimonio de solo uno no justifica la condena (*testis unus, testis nullus*), la falsedad de un instrumento privado debe probarse con dos testigos, o el pago de una deuda por no menos de cinco.

Emplazados en esta característica, se comprueba que subsisten en nuestra legislación, otras disposiciones con estas singularidades: el documento público hace plena fe hasta que sea redargüido como falso; la confesión expresa hace plena prueba; la misma Ley de Accidentes de Trabajo; las constancias en los libros de comercio cuando el proceso se traba entre comerciantes; y otras situaciones que, siendo pruebas racionalizadas bajo la sana crítica se vuelven obligatorias por su extraordinario valor probatorio.

453.2 Sistema de la prueba de libre apreciación

Por este sistema, el juez califica el valor de cada prueba producida en el proceso, sin reglas que le determinen un camino a seguir. La eficacia la consigue de su pleno raciocinio, sin tener el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino

2100. Ibídem, p. 135.

únicamente de las que fuesen esenciales y decisivas para el fallo de la causa (art. 386, párr. final, Cód. Proc.).

Como ocurre en otras instituciones, el modelo en análisis difiere de la prueba legal, en la confianza o desconfianza que de los jueces se tenga. En este sistema, se deposita en la jurisdicción la fe suficiente para que, voluntad mediante, otorgue a cada prueba el valor persuasivo que a conciencia merezcan. A veces se habla de la *íntima convicción* que por este sistema se logra; también se dice que es un mecanismo de *prueba razonada* o *apreciada en conciencia*. Algunos otros la relacionan con un morigerador de la libertad para intelegir, proveniente de las reglas de la *sana crítica*, es decir de aquellas guías del correcto entendimiento humano, en la que interviene el conocimiento privado del juez, las máximas de experiencia y la capacidad de percepción personal que lo llevan al estudio de los medios con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas. Sería la unión de la lógica con la experiencia, sin olvidar las abstracciones que los filósofos llaman de higiene mental tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento.

Por lo general se entiende que existen tres sistemas de apreciación o valoración de la prueba, a saber: *prueba legal, sana crítica y libres convicciones; o prueba legal, libre y razonada*.

Devis Echandía refiere solo dos sistemas: el de la apreciación libre por el juez y el de la tarifa legal, permitiendo sugerir modalidades en el primer mecanismo, de acuerdo con la práctica como se produce o por las reglas de intelección a las que se subordina.[2101]

> Dentro del sistema de tarifa legal, la altísima función y la sagrada misión del juez quedan a merced de los errores o las habilidades, lícitas e ilícitas de los abogados litigantes. Sólo con facultades inquisitivas y libertad de apreciar la prueba, puede ser el juez dueño de su función y verdadero responsable de sus resultados, ya que así no tendrá que limitarse a reconocer al vencedor, tenga o no realmente la razón, haya o no justicia en su sentencia. En un sistema rigurosamente dispositivo y con tarifa legal, no es verdad que el juez administre justicia de acuerdo con la ley, sino que reconoce la que las partes obtienen por su propio esfuerzo.
>
> El sistema de la libre apreciación exige jueces mejor preparados pero la obligación de motivar la sentencia y explicar los motivos que llevan a la formación del convencimiento sobre la base de ciertas pruebas, unida a

2101. Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial, op. cit.*, T. I, pp. 95 y 288.

> la exigencia de estudios universitarios de derecho para el desempeño del cargo y a la revisión por tribunales superiores, son garantías suficientes para una correcta justicia.[2102]

En nuestro país, Palacio comparte la conclusión, señalando que la diferencia está en la flexibilidad o elasticidad que tenga el juez para regular la eficacia que asigne al medio ponderado, mientras que en la apreciación libre no tiene condicionamientos; en el sistema de la prueba tasada se guía por normas rígidas que lo subordinan.[2103]

453.3 Reglas de la sana crítica

El amplio margen de libertad que tienen los jueces en el sistema anterior, con las reglas de la sana crítica encuentran limitaciones basadas en cualificaciones especiales que se asigna a los juicios de valor en procura de buscar una verdad apoyada en proposiciones lógicas y concretas tomadas de la confrontación con los sucesos normales que en la vida ocurren. Son normas de criterio fundadas en la lógica y en la experiencia.

La sana crítica tiene origen en la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855; el artículo 317 reglaba: "Los jueces y tribunales apreciarán, según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos". El contenido del precepto parece tomado del sistema de interpretación basado en la crítica racional (o de la sana filosofía), aun cuando la jurisprudencia posterior varía el enfoque para expresar en la sana crítica juicios de lógica pura, o reglas de la simple observación y experiencia, o de la lógica aplicada al proceso, o del buen sentido de intelección, o coincidencia con el modo correcto del entendimiento humano, otras veces se confía como lectura de la prudencia, rectitud y sabiduría de los jueces, etc.[2104]

Couture destaca la diferencia entre la sana crítica y la libre convicción pues esta última es

> … aquel modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez, ni en medios de información que pueden ser fiscalizados por las partes. Dentro de este método el magistrado

2102. Ibídem, T. I, p. 289.

2103. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. IV, p. 413.

2104. Sentís Melendo, Santiago, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio, op. cit.*, p. 266.

> adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aun contra la prueba de autos.[2105]

El mecanismo se articula con el conocimiento privado y las máximas de experiencia que el juez adquiere; desde esta perspectiva, la sana crítica es un "poder discrecional" muy grande al no obligar al magistrado a indicar la exclusión de pruebas, sino a motivar aquellas que pondere por su fuerza de persuasión.

Vuelve Couture a advertir que las reglas de la sana crítica consisten en su sentido formal en una operación lógica. Existen algunos principios de lógica que no podrán ser nunca desoídos por el juez. Así, nadie dudaría del error lógico de una sentencia en la cual se razonara de la siguiente manera: los testigos declaran que presenciaron un préstamo en monedas de oro; como las monedas de oro son iguales a las monedas de plata, condeno a devolver monedas de plata. Evidentemente, está infringido el principio lógico de identidad, según el cual una cosa solo es igual a sí misma. Las monedas de oro solo son iguales a las monedas de oro, y no a las monedas de plata. De la misma manera, habría error lógico en la sentencia que quebrantara el principio del tercero excluido, de falta de razón suficiente o el de contradicción. Pero –agrega– es evidente que la corrección lógica no basta para convalidar la sentencia. La elaboración del juez puede ser correcta en su sentido lógico formal y la sentencia ser errónea. Por ejemplo, un fallo razona de la siguiente manera: todos los testigos de este pueblo son mentirosos; este testigo es de este pueblo; en consecuencia, ha dicho la verdad. El error lógico es manifiesto, pero desde el punto de vista jurídico la solución puede ser justa si el testigo realmente ha dicho la verdad. Pero puede ocurrir otra suposición inversa. Dice el juez: todos los testigos de este pueblo son mentirosos; este testigo es de este pueblo; en consecuencia, es mentiroso. En este último supuesto los principios lógicos han sido respetados ya que el desenvolvimiento del silogismo ha sido correcto. Pero la sentencia sería injusta si hubiera fallado una de las premisas: si todos los hombres del pueblo no fueran mentirosos, o si el testigo no fuera hombre de ese pueblo.[2106]

2105. Couture, Eduardo Juan, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 79.
2106. Ibídem, p. 379.

La sana crítica es, además de lógica, la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de que todo hombre se sirve en la vida. Esas conclusiones no tienen la estrictez de los principios lógicos tradicionales, sino que son contingentes y variables con relación al tiempo y al lugar. El progreso de la ciencia está hecho de una serie de máximas de experiencia derogadas por otras más exactas; y aun frente a los principios de la lógica tradicional, la lógica moderna muestra cómo el pensamiento humano se halla en constante progreso en la manera de razonar.

Cabe acotar que las reglas de la sana crítica amplían el campo de observación probatoria pues no queda reducido a los hechos alegados y afirmados (*quod non est in actis non est in mundo*) al ser posible justificar las razones con otros emergentes que lleguen de la notoriedad, la experiencia o la razón.

También se ha dicho que

> ... el concepto mismo de sana crítica se ha ido decantando sustancialmente a través del tiempo, no habiendo hoy en día prácticamente discusión en cuanto a que son dos fundamentalmente los elementos que la componen: i) la lógica con sus principios de identidad (una cosa solo puede ser igual a sí misma); de contradicción (una cosa no puede ser explicada por dos proposiciones contrarias entre sí); de razón suficiente (las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia); del tercero excluido (si una cosa únicamente puede ser explicada dentro de una de dos proposiciones alternativas, su causa no puede residir en una tercera proposición ajena a las dos precedentes) y ii) las máximas de experiencia o "reglas de la vida", a las que el juzgador consciente o inconscientemente recurre, ya tratadas. A ello agregaríamos iii) los conocimientos científicamente afianzados (según exigen los preceptos legales nacionales citados), y iv) la obligación de fundamentar la sentencia, rasgo que distingue a este sistema de la libre o íntima convicción, que luego analizaremos.[2107]

El cúmulo de vacilaciones e incertidumbres que atrapa la fase probatoria tiene por destino ir esclareciendo a través del trabajo de demostración, verificación, etc. Por eso mismo, el esclarecimiento no se mide por la cantidad de prueba reunida, sino por la certeza que tenga el elemento en estudio. Son los tránsitos de la sospecha a la prueba plena, tal como indica Sentís Melendo. Cada prueba, cada actitud en ejercicio, contraen

2107. González Castillo, Joel, "La fundamentación de las sentencias y la sana crítica", *Revista Chilena de Derecho*, N° 1, vol. 33, 2006, pp. 93-107.

siempre una hipótesis de trabajo a valorar. Podrán graduarse con esos atisbos que mencionamos –plena prueba, semiplena prueba, principio de prueba–, pero en la ponderación se reflejan como conjeturas del suceso, verosimilitudes o presunciones, juicio sobre probabilidades, etc.

El resultado de la prueba, en suma, no se mide por la acumulación de medios producidos, sino por el grado de convicción que consiguen para influir en la conciencia del juzgador. Muchas veces el resultado probatorio no coicide con la certeza adquirida, siendo eventual, pero posible, afirmar que la falta de coicidencia proviene de las modalidades que tiene la producción de prueba en los diferentes tipos de litigios.

Es del caso diferenciar los procesos orales de los escritos, y aun aquellos que reconocen la actuación de jurados populares o legos. Cada uno de estos trámites sugiere la conveniencia en considerar la forma como se conoce la actividad probatoria, y la forma por la cual podrá darse intelección a los persuasivos que agrega cada uno de esos medios.

La apreciación en conciencia, la íntima convicción, la persuasión racional, son expresiones distintas de una misma modalidad, pero con la característica de respetar en sus conclusiones la forma como se da lectura a la etapa y a los medios o elementos de prueba.

Las reglas de la sana crítica se convierten así en modelos estandarizados que se adecuan al tipo de proceso donde obran interactuantes, aun con la discrepancia fundada de Sentís Melendo,[2108] porque cobran relieve absoluto por su idoneidad para captar con movilidad y adecuación a su tiempo y circunstancia, las percepciones auténticas de las situaciones que debe confrontar. Esas reglas son, entonces, ambivalentes, orientan al juez y guían la conducta de las partes, y como se embretan en todo el continente de un objeto procesal, su percepción se da en conjunto, asignando valores probatorios a los medios clásicos y a otros no tanto, como resulta la conducta desarrollada por las partes en el litigio.

2108. Dice el autor que "el concepto de estándar es un concepto genérico, que acaso pertenezca a esas verdades eternas, a esas ideas-fuerza de que nos habla Josserand, ya en la primera página de uno de sus más conocidos libros. Pero la sana crítica como concepto procesal, es muy anterior a la doctrina del estándar jurídico; y no digamos figuras como la del *buen padre de familia*, que están en la base del derecho romano. Esa doctrina, como se nos recuerda, no aparece en el derecho anglosajón sino en el siglo XIX; no se puede suponer que el desconocido legislador que dio origen a la expresión sana crítica con anterioridad a la Ley N° de 1855 tuviera conocimiento de ella" (Sentís Melendo, Santiago, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio, op. cit.*, p. 278).

Como es en definitiva un juicio de valor, tiene al mismo tiempo una implicancia que trasciende al proceso, sirviendo de ejemplo y apoyo para situaciones semejantes que podrán, desde luego, parangonarse.

Modalidades de la sana crítica: Existen particularidades de la libertad de valoración que, conciliadas con las reglas de la sana crítica, muestran perfiles diferentes para el tipo de procedimiento donde se encausen.

Algunas veces esta singularidad se denomina sistema de la *íntima convicción*. Por este, un juez que conoce en un proceso escrito se enfrenta con figuras sustanciales que le orientan un contenido determinado en algunos actos, o le prohíben considerar a otros si no es a través de determinados medios de prueba. Es del caso ver las diferencias que se dan en legislaciones influidas por el derecho romano, como las latinas, donde varios actos se rigen por las formalidades a completar (*documentos ad solemnitatem*), o por los impedimentos que se crean cuando los actos exceden de cierta cuantía no permitiendo su prueba, por ejemplo, con testigos (*ad probationem*). Fuera de estos condicionantes la libertad en la prueba es manifiesta.

En cambio, en sistemas germanos no hay limitaciones de esta entidad, permitiendo cualquier tipo de prueba, si ellas conducen a la verdad material.

Cabe interrogarse de acuerdo con estos ejemplos ¿dónde hay íntima convicción? En el primer caso, resultan supuestos de prueba legal donde ya hemos visto la distancia que cobra respecto de la libertad de apreciación; en el restante, la permisividad se condiciona a la fundamentación, pero es libre, evidentemente.

La íntima convicción supone un grado de convencimiento tal que impida cualquier vestigio de duda, por eso, es natural pensar en tal mecanismo en los procesos penales. En los otros, la duda persiste sobre qué tipo de persuasión cabe; puede ser racional, como lo llama cierta parte de la doctrina; en cuyo supuesto queda entendido que la justicia emitida es fundada en principios incontestables que afirman su coincidencia con el debido proceso. O es intuitiva, porque el análisis de los medios, aun cuando se recibe de manera inmediata y directa, no deja constancias escritas obligando a una rápida, cuando no, siguiente dictado del veredicto y pronunciamiento.

Sobre la base de estas consideraciones se establecen tres tipos de cualificaciones probatorias de acuerdo con la modalidad procesal

donde ocurran: a) *la libre convicción*; b) *la íntima convicción* y c) *la apreciación en conciencia*.

De la primera ya hemos dicho suficiente, cabe redondear el concepto otorgando a la libre convicción el carácter de posibilidad de atender la prueba sin restricciones, debiendo corresponder su evaluación y mérito con las reglas de la sana crítica.

La *íntima convicción* expresa una modalidad de la misma libertad de apreciación, pero donde la principal asistencia está en el convencimiento de conciencia. El ejemplo típico está en los procesos penales, como dijimos, y en la captación que hacen los jurados populares que, sin estar condicionados por formación jurídica previa, desarrollan una actividad de predominante sentido moral. La mínima duda admite resolver en sentido contrario, aunque hubiese principios de prueba o semiplena prueba, en las condiciones que tuvimos oportunidad de aclarar.

La *apreciación en conciencia* es un caso particular, común en la justicia del trabajo. Se dice que en conciencia significa conforme a la conciencia, esto es, según el conocimiento interior del bien que debemos hacer y del mal que debemos evitar, o sea que se invoca un sentimiento noble que se ejercita para hacer el bien y evitar el mal, que es el primer principio de moral.

Pero bajo este prisma habría poca o ninguna diferencia con la íntima convicción, debiendo entonces, para captar sus distancias, advertir sobre la naturaleza del procedimiento en el que se articulan.

En el proceso común, ambos contendientes disponen de análogos medios de prueba que son valorados al concierto de los principios libertarios anunciados. En cambio, en los procesos orales la prueba no deja huellas de inmediato retorno; vale decir que sirven en la medida de su inmediato entendimiento. En los procesos penales, es de tal entidad la seguridad que se exige para condenar o absolver, que solo la íntima convicción asegura el mínimo respeto al debido proceso. Mientras que en los procesos sociales civiles (laborales, seguridad previsional, administrativos, etc.) promedia una cuestión de interés público que utiliza el proceso como remedio a la diferencia de medios y posibilidades. Algunos autores señalan que en estas modalidades "el juzgador (al formar su convicción) no se somete a reglas rígidas. Pone

mucho de su arbitrio en la apreciación, arbitrio regulado por el interés social, por el fin de armonizar la afrenta de clases".[2109]

Pero con ello estamos lejos de tolerar en un juez laboral la permisión de emitir sentencias basadas en la pura equidad sin fundamentos jurídicos. La apreciación en conciencia tiene presente el lugar donde se instala, pero no admite desvaríos de conducta, porque cada medio de prueba se debe analizar en el concierto de la convicción que produzca, otorgar un prudente equilibrio crítico que enseñe en el veredicto las pruebas concretas en que basa sus conclusiones de hecho.

453.4 Nuestra opinión

La historia y evolución de los sistemas de apreciación de la prueba muestran su vinculación con los programas que han hecho en cada tiempo a las estructuras procesales. Así como la prueba legal tiene sustento en un procedimiento inquisitivo, y opera como engranaje en otro tipo de procesos; la valoración libre confía plenamente en la actitud del juez que estudia y pondera cada medida de verificación para de ello extraer su convicción (libre convicción, íntima convicción, entre otras atribuciones que se dan a esta labor intelectual).

El primero admite su eficacia en un proceso de corte dispositivo, y en especial, en pruebas como la pericial, la confesión y la documental. En la otra, su bonanza reposa en la naturaleza misma que inspira la prueba. Si esta es libertad de medios para convencer probando, nadie mejor que el juez para decidir si fue o no íntimamente sugerido de la razón que llevaba cada pretensión. Lo cierto es que una y otra oponen posibilidades distintas referidas, concretamente, a la actuación del juez en el proceso.

En la tarifa legal el órgano está sujeto a fórmulas preconcebidas, propias de un sistema donde el legislador todo lo puede, hasta decir cuánto vale el esfuerzo por conseguir la justicia. Sin embargo, no puede descartarse el beneficio que reportan ciertas pruebas que, por su intrínseca contundencia demostrativa, merecen la estima como *probatio probatissima*, dándoles el valor de una prueba legal.

Por su lado, la prueba apreciada libremente significa dar a la jurisdicción el rol operativo que tiene dentro del esquema republicano de

2109. Ramalhete, Clovis, "Direito processual, instrumento de realizaçao politica", *Revista do trabalho*, 1994 (setiembre), p. 15.

Gobierno. La libertad también es responsabilidad, y como tal, el único reparo que debe contarse en la valoración es la referencia directa a y en las pruebas. Este principio de convencerse por las verificaciones de las partes lleva a la obligación de fundamentar la convicción. Por ello, el problema es de libertad de obrar, y no de formas de lograr el acierto.

La sana crítica es una modalidad importante y trascendente, como que la reflejan múltiples disposiciones procesales, pero no es un verdadero sistema de valoración de la prueba. De todos modos, la jurisprudencia transformadora fue dando rutilantes vueltas a estos resabios de oscuridad doctrinaria, para ir delineando una consideración basada en que la prueba debía apreciarse en conjunto, es decir, tomando de unos la utilidad de sus preceptos y de otro, la respetable derivación crítica hacia los elementos de prueba. La estimación en bloque hace a la eficacia y como esta resulta, en definitiva, un problema de percepción, conviene decir algo más sobre las reglas de la sana crítica que, en la sumatoria y resultados, establece cómo se alcanza la convicción.

454. Control judicial sobre la apreciación de las pruebas

La elección de la prueba es facultad privativa del juzgador, quien puede seleccionar aquellas que estime relevantes y decidir por unas descartando las que considere inconducentes o inoperantes. Es suficiente al efecto que haga referencia expresa a las que han servido más decididamente a la conclusión, lo cual no supone ni permite afirmar que las otras no hayan sido computadas.

La ponderación se puede cuestionar en la alzada, impugnación que no tiene obstáculos de orden formal, pero que sí acontecen cuando se trata de medir el agravio.

La valoración, *per se,* muestra un estado personal del ánimo, circunstancia que por su absoluta subjetividad evita cualquier tipo de contradicción. Si a ello le agregamos que jurisprudencialmente se reitera que la sana crítica no son normas jurídicas, sino reglas de prudencia basadas en la lógica y la experiencia, otro óbice se agrega a la posibilidad recursiva. Pero como son reglas consabidas, formadas como estándar, máximas de experiencia, etc., tienen un aspecto conocido que puede advertir el desvío cuando no se ofrecen con la claridad

que ellas surgen. Se habla entonces de arbitrariedad en la prueba, o de absurda apreciación de ella.

La Corte Nacional dijo que las reglas de la sana crítica en cuya virtud los jueces deben formar su convicción respecto de la prueba rendida, son simples preceptos de sentido común, las que solo se infringen cuando se las violenta hasta el absurdo. Este absurdo se configura cuando se produce un desvío notorio del razonamiento, sea por el establecimiento de conclusiones de abierta contradicción con constancias fehacientes de la causa; o porque da pautas de excesiva latitud omitiendo una adecuada exégesis de las normas invocadas; o incurre en tener por ciertas algunas verificaciones que no son tales, etc.

Morello resume un cuadro de alegaciones por arbitrariedad consistentes en: a) omitir la ponderación de prueba decisiva; b) dar como probado lo que no lo está; c) afirmar erróneamente que no hay prueba.[2110] Asimismo el artículo 386 del código convierte en norma jurídica a la apreciación según las reglas de la sana crítica.

A modo de colofón, conviene apuntalar esta idea: las reglas de la sana crítica pueden ser impugnadas por vía recursiva, porque aun siendo discutible su calidad de norma jurídica, no admiten la discrecionalidad absoluta del intérprete por cuanto aquellas se ejercen y motivan sobre fundamentos sólidos que reporta y anuncia el diario convivir. Lógica y experiencia son así los pilares de guía para deducir y contradecir.

455. El juicio probatorio

Admitido que el fin de la prueba es convencer para formar convicción en el juez sobre el aserto y exactitud de las afirmaciones expuestas en la demanda, debe completarse el círculo que diagrama el juicio sobre la prueba, desde la visión que recibe quien debe pronunciar la sentencia.

El pase de las afirmaciones hacia la realidad que cursa el trámite procesal se realiza en distintas fases; cada una de ellas desarrolla la actividad de partes, terceros y del órgano jurisdiccional.

Superada la etapa de ofrecimiento y admisibilidad, se entra en la fase más importante que lleva al interesado a demostrar o verificar sus postulaciones mediante los medios de prueba, a cuyo fin debe

2110. Morello, Augusto Mario, "En torno a la prueba", *LL* 1990-E-7.

preservar la seguridad de su buen destino en actividades tendientes a trasladar los hechos que se mencionan como ciertos, y asegurar que ellos queden fijados en el proceso para ser percibidos por el juez con la fuerza representativa que ellos tengan.

La primera etapa de esta actividad se denomina de *traslación*, es decir la conversión en nuevas afirmaciones de otras que obran como constitutivas de la relación procesal.

Según Serra Domínguez:

> … dicha traducción, habida cuenta los principios que rigen el proceso civil, corre a cargo de las partes, y debe consistir en ir proporcionando al juzgador afirmaciones sobre los hechos sentados en los escritos de alegaciones, pero derivado de personas distintas a las que fijan la afirmación inicial. Cuanto mayor sea el número de afirmaciones instrumentales coincidentes con la inicial, mejor será el resultado de la comparación. El elemento discriminador de tales afirmaciones es partir de un punto de origen distinto a la inicial, para desembocar en su mismo objetivo.[2111]

Las pruebas ingresan por distintos conductos. Cuando se trata de prueba documental, conviene distinguir si ella proviene de la aportación de la que obra en poder de las partes, o resulta compulsivamente lograda por la intimación a terceros que la contienen, o por el secuestro que se ordene para su apropiación.

El valor de la prueba instrumental es representativo, es decir que vuelve al proceso con la misma entidad verificadora como aconteció en su momento con los hechos ahora en crisis.

La prueba confesional acude como prueba solo por el interés de la parte. Su valor probatorio, a nuestro entender es relativo, porque adquiere entidad convictiva cuando los hechos que se logran probados por esta vía sean contradicción del absolvente con los dichos afirmados en sus alegaciones previas. Es decir que, tomando como pauta la experiencia profesional de tantos abogados y jueces que ven cómo ocurre esta prueba, podemos pensar que la contundencia probatoria se logra más del equívoco que de la persuasión. Quizás sea en este medio donde se conserve aún el estigma del proceso como lucha absoluta entre partes, resultando beneficiado, generalmente, no quien tiene razón, sino mayor astucia.

2111. Serra Domínguez, Manuel, *Estudios de derecho procesal*, *op. cit.*, p. 360.

A veces la prueba se traslada al proceso por decisión del juez como cuando ordena practicar un reconocimiento judicial de cosas, lugares y/o personas. Aquí la percepción es directa, se toma contacto inmediato con los objetos motivo de litigio. No hay intermediarios, por cuanto si la diligencia concurre conjuntamente con la de testigos y pericial, estos explican sobre los hechos, evitando esa declaración representativa que trasunta un acta judicial. La experiencia cotidiana demuestra que lamentablemente la impronta de la lentitud de los procesos lleva a constituir esta prueba como inoficiosa, porque el paso del tiempo agrede la calidad indiciaria que conservan las secuelas de cualquier contingencia fáctica.

Si la prueba procede por la afirmación instrumental de un tercero, esa representación de los hechos se produce con la prueba testimonial. La prueba ideal al decir de muchos, si bien es cierto, su vitalidad la obtiene del tipo de procedimiento donde se adscribe. La oralidad beneficia la importancia de este medio, donde se suman una serie de reglas que otorgan relevancia y prioridad al testimonio.

Esta etapa tan particular traslada y fija hechos que se corresponden con antecedentes ya conocidos. Si ellos son francamente importantes la prueba se denomina directa, en cambio si versan sobre hechos efectivamente constatados pero ajenos al motivo central de discusión, la prueba se llama circunstancial. Propiamente esta fase o etapa no es todavía prueba, porque aun no existe valoración.

El segundo paso de esta actividad se desenvuelve en la cooperación que activen juez y partes en busca de alcanzar la certidumbre objetiva para dictar sentencia.

Esta fase podríamos denominarla de *depuración*. Si bien inserta en el plazo de prueba, requiere de la tarea interactuante para que la fase anterior no quede desvirtuada por inútil, inoperante, intrascendente, inoficiosa, y todos los demás inconvenientes de una verificación que no concilia los intereses del proceso con los beneficios particulares de una producción insidiosa.

Las medidas de instrucción e impulso de oficio, las diligencias para mejor proveer, la producción de pruebas de asesoramiento (periciales, dictámenes universitarios, experiencias científicas, etc.) generan un sinnúmero de posibilidades que tiene campo propicio si la voluntad del órgano las genera.

El juez espectador es figura histórica. La incesante búsqueda por una justicia eficaz y activa necesita y urge de jueces diligentes y de partes colaboradoras con esa finalidad objetiva. La colaboración no rezonga contra los escrúpulos del proceso como cosa de partes, ni siquiera se ocupa del derecho al silencio que tiene el proceso civil. Pero ellos no superan un propósito más valioso y superior que

> ... sin atentar contra los derechos de la defensa ni llegar a impulsar una conducta que obligue a producir elementos susceptibles de esgrimirse en su contra ni a establecer una autoinculpación, corresponde examinar y evaluar en qué medida esa conducta incide en la acreditación de los hechos.[2112]

El tercer movimiento en la gestión probatoria es particular de la *evaluación*.

Se resumen aquí actividades que, de haberse estructurado en modalidades diferentes de procedimiento, tendrían resultados distintos y de variada eficacia. En la síntesis evaluativa, el juez fija los hechos litigiosos, cuando en la realidad de nuestro proceso, eran ellos todos los que fuesen conducentes y controvertidos, más los que se dieron por no difuminar el derecho de alegación y defensa. Esta posición toma distancia con el ideal de inmediación que se persigue en el proceso moderno, además de generar una actividad inútil y dispendiosa que solo provoca cargas, costos y costas que se pudieron evitar.

Esta etapa final no deja de lado otros imponderables que hacen a la filosofía y sociología de la prueba. No solo espera de las partes un esfuerzo de demostración, también quiere una dialéctica de persuasión hacia la verdad sugerida. Aquí es donde la habilidad y destreza del abogado desarrolla el arte de la prueba; vencer probando es también agudeza e ingenio.

Claro está que esa capacidad de convencimiento tiene del otro lado un juez que no prescinde de la lógica, y que tiene también su propia imaginación para representar cómo sucedieron las cosas.

Andrioli lo señala como proceso de revaluación de la retórica, considerada como técnica de la persuasión, aun cuando fuese contraproducente de la lógica. Empero podría verse este concepto como un aspecto de los argumentos para llegar a formar la convicción,

2112. Morello, Augusto Mario, *La prueba. Tendencias modernas, op. cit.*, p. 105.

aislando la idea de la moderna noción de demostración o verificación de los hechos afirmados.[2113]

Convencer y persuadir son, igualmente, rostros de la reflexión que lleva al convencimiento, regresando al punto ya explicado sobre qué actitud asume el juez en su conocimiento sobre la verdad en el proceso.

En suma, es acertada la conclusión de Devis Echandía cuando dice que

> … para una correcta apreciación no basta tener en cuenta cada medio aisladamente, ni siquiera darle el sentido y alcance que en realidad le corresponda, porque la prueba es el resultado de los múltiples elementos probatorios reunidos en el proceso, tomadas en su conjunto como *masa de pruebas*, según la expresión de los juristas ingleses y norteamericanos.[2114]

El juicio probatorio es en síntesis un proceso complejo, donde como ocurre en la formación de la sentencia, se genera un silogismo de subsunción entre alegaciones y afirmaciones confrontadas con los hechos ingresados a través de los elementos de prueba. Un antejuicio[2115] de contenido instrumental, preparatorio del fallo a dictarse pero inmerso en su expresión escrita.

456. Las presunciones e indicios

La apreciación de la prueba trabaja al elaborar la sentencia con dos "pruebas indirectas". Las *presunciones* son sospechas fundadas que permiten conjeturar como sucedido un hecho sobre la base de indicios o señales convincentes. Precisamente, entonces, el *indicio* es el antecedente del cual se infiere la producción de otros hechos. Ahora, si ambos coinciden en ser elementos de la inducción que lleva al convencimiento, no serían propiamente ni medios ni fuentes de confirmación, sino un conjunto de circunstancias que por su generalidad y habitualidad sirven como máximas de experiencia que el juez tiene en cuenta a la hora de sentenciar.

Entre ellas hay diferencias significativas; el *indicio* es una señal, un signo aparente que muestra la probabilidad de algo. En el campo pro-

2113. Andrioli, Virgilio, *Studi sulle prove civile*, Milán, Giuffrè, 2008, p. 23.
2114. Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, *op. cit.*, T. I, p. 160.
2115. Carnelutti, Francesco, *Derecho y Proceso*, Buenos Aires, Ejea, 1986, p. 152.

cesal se afirma que son rastros o huellas que sirven para presumir que un hecho o acto pudo suceder o que ha sucedido. En otras palabras:

> … toda acción o circunstancia relacionada con el hecho que se investiga, y que permite inferir su existencia y modalidades, es un indicio.[2116] Por su parte, las *presunciones* son las consecuencias que la ley o el juez extraen de un hecho conocido para llegar a un hecho ignorado.[2117] De allí que la tipicidad del indicio es que no tiene valor probatorio propio si no va unido a otras circunstancias. Por consiguiente, cuando se utilizan las pruebas indirectas es muy importante establecer la conexión de unos hechos con otros.

El debate sobre la calidad probatoria reconoce una antigua polémica. Eugenio Florian, firme sostenedor del indicio como objeto de la prueba antes que como medio de prueba, sostiene que

> … en el fondo se reduce a una operación lógica de deducir el conocimiento de un hecho, de una cosa o de una situación que se ignora en todo o en parte, de la existencia de un hecho distinto, de una cosa o de una situación diversa, ya establecida en el proceso. Además, el indicio puede considerarse desde dos puntos de vista, por un lado se vincula al concepto de prueba y precisamente queda comprendido dentro del concepto de la prueba indirecta; y por otro, expresa el resultado de una operación mental, de una inducción lógica y psicológica, lo que desemboca en una apreciación y pertenece, consiguientemente a la valoración de la prueba, de la cual es uno de sus modos.[2118]

La tesis la suscribe Rosenberg para quien entre la prueba inmediata (o directa) y mediata (o indirecta o de indicios) hay distancias a considerar

> La primera tiene por objeto afirmaciones sobre los hechos de los que directamente debe resaltar la existencia o la inexistencia de una característica típica de la norma. La segunda se refiere a otros hechos extraños a la tipicidad, que solo deben justificar la conclusión sobre la existencia o inexistencia de una característica de tal especie. A ella pertenecen también los llamados "hechos auxiliares de la prueba", que atañen a

2116. Díaz de León, Marco Antonio, *La prueba en el proceso laboral*, México, Porrúa, 1990, p. 879.

2117. Fernández de León, Gonzalo, *Diccionario jurídico*, Buenos Aires, Abecé, T. IV, 1961, p. 93; Leguisamón, Héctor Eduardo, *Las presunciones judiciales y los indicios*, Buenos Aires/Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2ª ed., 2006, p. 14.

2118. Florian, Eugenio, *De las pruebas penales*, Bogotá, Temis, T. I, 1968, p. 130.

> la admisibilidad o a la fuerza probatoria de un medio de prueba. Tales hechos se laman indicios [indicaciones, orientaciones, argumentos de prueba]; pero se llamará también de ese modo a toda la conclusión.[2119]

También un sector de la doctrina sostiene que el indicio solo sirve como *fuente de deducción* y no como fuente de prueba, tesis que critica Carnelutti al decir que

> … el indicio puede ser admitido (cuando no requiera prueba) o percibido por el juez; la admisión o la percepción del indicio no es, en manera alguna, la misma cosa que la percepción o la admisión del hecho a probar; es cosa distinta, precisamente porque en el primer caso el juez debe desplegar una actividad deductiva, que no desenvuelve en el segundo. Sólo merced a esta actividad deductiva conoce el juez el hecho a probar que es discutido y que no cae bajo sus sentidos; ¿cómo negar, entonces, que el indicio sea un hecho del que el juez extrae el conocimiento, o sea, la prueba?[2120]

Sin embargo, la mayor parte de la doctrina coincide en que los indicios son un medio de prueba. Sostiene Parra Quijano que

> … no se puede, de ninguna manera, centrar la importancia del indicio en el proceso mental, ya que este proceso se realiza con todos los medios probatorios; aun con la inspección judicial. No puede dictarse sentencia sin pensar las pruebas aportadas; seguramente en el indicio, el proceso mental, pensar la prueba, será más abundante, pero esto no justifica desplazar el centro de gravedad del indicio, del hecho, al proceso mental que se conexiona a ese hecho. Somos conscientes que el indicio no es un hecho cualquiera, sino un hecho que tiene la propiedad, por así decirlo, de salirse de sí para mostrar otro, pero es un hecho, una circunstancia.[2121]

La importancia entre adoptar el indicio como hecho a probar o tenerlo como un mecanismo de inducción es muy importante para saber la actividad que debe desplegar el juez o la carga que tienen las partes para demostrar el hecho del que se quieren inferir otros. Por eso, hay una distancia primera que obliga a segmentar el espacio cuando trabajan los indicios y cuándo lo hacen las presunciones. Mientras los primeros son propios de la actividad, los restantes se dan en la etapa de

2119. Rosenberg, Leo, *Tratado de derecho procesal civil, op. cit.*, T. II, p. 202.

2120. Carnelutti, Francesco, *La prueba civil, op. cit.*, p. 195.

2121. Parra Quijano, Jairo, *Tratado de la prueba judicial. Indicios y presunciones*, Bogotá, Librería del Profesional, 3ª ed., T. IV, 1997, p. 13.

apreciación; unos corresponden al tiempo de probar, el otro al razonamiento, o si se quiere, antes de ello, cuando se alega sobre el mérito de la prueba casi como un recordatorio al juez para que use las presunciones.

Para que el indicio alcance eficacia probatoria es preciso que concurran tres condiciones indispensables: el *hecho conocido*, el *hecho desconocido* y la *relación de causalidad* entre ambos. Por implicancia, si al sentenciar la presunción se presenta como una premisa mayor que contiene el indicio, la premisa menor que es la presunción puede subsumirse en tanto y cuanto se acompañen de otras que sean concordantes, graves y precisas.

Para que estas presunciones no sean descartadas por una prueba en contrario, es necesario que tenga virtualidad suficiente para enervar sus conclusiones. En el proceso formativo de la sentencia aparecen como una secuencia común de los hechos que resultan apreciados. Suponen una doble operación mental inductiva y deductiva; por la primera la sentencia recuerda el principio general que porta, por la otra, aplica esas reglas a los hechos en particular, afirmando que ante la igualdad de situaciones se comportan de una misma manera.

No es una regla de experiencia, sino un proceso propio del razonamiento indiciario (pese a que en algunos ordenamientos procesales se refiere al indicio basado en la experiencia).

Es cierto, que está vigente aún la descripción de Bentham cuando alertó que

> … determinar que un suceso da fe de otro suceso, constituye un juicio fundado en la analogía, la que a su vez, descansa en la experiencia. Pero es preciso confesar que ese juicio puede ser considerado como una manifestación del instinto, tanto por la prontitud con que obra, como por la dificultad de explicarlo y por la imposibilidad de encontrar reglas para conducirlo. Este instinto que de manera tan útil guía a los hombres, los llevaría a la desesperación si no fuese casi uniforme en todos ellos. En efecto, toda probabilidad se desvanecería y todo lo que se podría decir acerca de la ligazón de los fenómenos sería vano, si no partiese de la suposición de que dos hechos que aparecen vinculados de cierta manera a los ojos de un individuo, han de aparecer ligados de igual manera a los ojos de los demás.[2122]

De allí que el nexo probatorio del indicio sea la unión que permite encontrar entre hechos motivo de prueba. No es que el indicio sea el

2122. Bentham, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, *op. cit.*, T. I, p. 293.

hecho, sino que tiene la propiedad de mostrar a partir de una circunstancia fáctica el suceso desencadenante, próximo o relacionado.

Para la apreciación no es necesario clasificar a los indicios, más allá de un criterio de utilidad; a diferencia de las presunciones que supone en la escala donde se ubique, una aplicación eventual, obligatoria u opcional.

El indicio es *necesario* cuando es esencial para demostrar, de forma inequívoca, la existencia o inexistencia del hecho (*v. gr.* la gravidez de la mujer, la existencia de embarazo, son indicios necesarios de la relación sexual habida). Es *grave* cuando entre el hecho demostrado plenamente y el hecho a probar, exista una relación lógica inmediata (*v. gr.* encontrar en el domicilio de una persona los objetos robados).[2123]

Por su lado las *presunciones* se clasifican en *judiciales* y *legales*, que algunos separan como de hecho y de derecho, y según admitan o no prueba en contrario. La presunción legal es absoluta cuando propone una verdad normativa sin tolerar una versión contradictoria ni prueba que la desvirtúe. A diferencia de las presunciones judiciales o relativas que sobrellevan la crítica y anulación con prueba que la destruya.

La razón de ser de la existencia de presunciones legales estriba en la finalidad de asegurar la plenitud de la efectividad de una institución o de ciertas situaciones jurídicas de orden social, político, familiar o patrimonial, como la posesión de las tierras, el ejercicio de los derechos políticos, etc., basadas en la ciencia o en las reglas de experiencia.[2124] De su lado, las presunciones judiciales se construyen por la jurisprudencia.

457. La calificación de la conducta de las partes como prueba

La conducta observada por las partes es fuente de prueba y complementa aquella que se haya desarrollado en el proceso. Es la regla que establece el artículo 163, inciso 5 apartado final –introducido por

2123. Parra Quijano, Jairo, *Tratado de la prueba judicial. Indicios y presunciones, op. cit.*, T. IV, p. 41.

2124. Leguisamón, Héctor Eduardo, *Las presunciones judiciales y los indicios, op. cit.*, p. 15.

la reforma procesal de la Ley N° 22434– al referir que: "La conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones".

La conducta tiene un valor indiciario, como sucede en los casos de negativa a aportar prueba documental (artículo 388, Código Procesal), en las respuestas evasivas provenientes del interrogatorio que haga el juez en ejercicio de sus facultades instructorias (artículo 442, Codigo Procesal) o bien, cuando se trata de preguntas recíprocas; o de la incomparecencia a los actos, etcétera. Huelga agregar que ni presunciones ni indicios sirven para fundar por sí solos una sentencia, porque son elementos corroborantes.

El Código Procesal establece una variada serie de disposiciones que regulan el principio de moralidad a tono con el deber de conducirse con lealtad, probidad y buena fe, del que ya nos hemos ocupado. El agregado al artículo 165 dándole a la conducta un valor probatorio, obliga a considerar qué tipo de comportamientos son los que alcanza el precepto, es decir, si relaciona a todos los desenvueltos antes y en el proceso; solo a los actos procesales o, en su caso, al deber de colaboración en la prueba.

La conducta tiene tipificaciones características que bien pueden sistematizarse en cinco expresiones específicas: a) negligente; b) dilatoria; c) temeraria; d) maliciosa; e) irrespetuosa.

a. La *conducta negligente* consiste en no dar cumplimiento a exigencias que obligan a comportarse a través de acciones positivas. Esa omisión trae aparejada la frustración de actos procesales cuya realización era necesaria para una mejor defensa en juicio. Tales conductas no trascienden a la contraparte, ni le provocan un daño, el perjuicio directo lo padece la propia parte negligente no logrando la concreción de lo pretendido.

   Las conductas negligentes plantean un triple problema valorable éticamente; por un lado está en juego la relación del abogado con su cliente que le confiera la defensa procesal de su interés; en segundo lugar la situación del abogado que carece de la información normativa jurídicamente suficiente o que actúa como tal; y finalmente, la relación del abogado con el juez encargado de la causa, atento a que el orden y seriedad

del proceso exige que los pedimentos respondan a la fundamentación del hecho y derecho aconsejable.

La negligencia acusa, en el sentido que venimos marcando, la importancia de advertir cuándo el juego de las "cargas" procesales se convierte en un arma de doble filo, al poder actuarse con apariencia desinteresada y, en realidad, buscar una trapisonda procesal que cercena, en sí mismo, la calidad moral exigida en el mecanismo de la controversia. El sentido de la carga, o deber de las partes de producir aquello que hace a su interés deviene como una regla de conducta porque indirectamente está señalando a cada uno cuáles son los caminos para persuadir de sus razones al juzgador.

Ahora bien, como la decisión de provocar incertidumbre a partir de las conductas omisivas no se puede consentir ni aceptar como pauta para encontrar la verdad discutida, se aplican consecuencias circunscriptas al ámbito de la pérdida, preclusión o caducidad del acto procesal cumplido, logrando de este modo equilibrar el fin con el medio aplicado. Se observa que esta conducta negligente no tiene como destino causar un daño al contrario ni prolongar indefinidamente el desarrollo de la litis, pues esta continúa a pesar de la desidia expuesta.

La negligencia aquí se asienta en el principio de celeridad procesal que apunta en su directiva a consagrar la rapidez de la decisión judicial, estableciendo sanciones para quienes la postergan sea por la actividad impropia, o por la inactividad provocada en la actitud que manifiestan.

El Código Procesal contiene varias disposiciones en este sentido: el artículo 98, que prohíbe la reedición de la tercería cuando se fundare en título que hubiese poseído y conociese el tercerista al tiempo de entablar la primera; el artículo 69, que veda la articulación de incidentes cuando se encontraren pendientes de pago las costas impuestas en una incidencia anterior del mismo proceso; el artículo 120, en relación con la cantidad de copias que no se acompañan; el artículo 402, referido al desistimiento de la prueba ofrecida que no tiene cumplimiento oportuno; el artículo 384, con la obligación genérica de producir la prueba ofrecida; etcétera.

b. La *conducta dilatoria* asienta en el principio de celeridad en el proceso. Si recordamos el nuevo cuadrante de las obligaciones de las partes en el proceso, y nos detenemos en la colaboración que han de prestarse, podemos deducir que es deber de aquellas la aceleración e impulso constante de la controversia, tendiente a que la labor judicial se desenvuelva en el menor número de actos (principios de economía y concentración). El valor del tiempo en el proceso fue expuesto, con maestría habitual, por Couture, al decir que, en el procedimiento, el tiempo es algo más que oro: es justicia. Quien dispone de él tiene en la mano las cartas del triunfo. Quien no puede esperar, se sabe de antemano derrotado. Quien especula con el tiempo para preparar su insolvencia, para desalentar a su adversario, para desinteresar a los jueces, gana en ley de fraude lo que no podría ganar en ley de debate. Y fuerza es convenir que el procedimiento, y sus innumerables vicisitudes, viene sirviendo prolijamente para esta posición.
Con el principio, se pretende corregir el retardo provocado en el devenir del conflicto, a través de la imposición de multas procesales. La conducta procesal dilatoria se resume en la clara intención de ejercitar abusivamente los mecanismos procedimentales con el fin de postergar innecesariamente el arribo a la solución del pleito. No existe, propiamente, una voluntad encaminada a provocar daño a la otra parte, aunque indirectamente se provoca. Quien asume un comportamiento dilatorio, por lo general se vale de lo jurídicamente reglado; lleva a cabo su finalidad acometiendo contra el tiempo del proceso.
En cierta forma, la actitud dilatoria se relaciona con la malicia procesal, y cierto es que la jurisprudencia prácticamente las unifica. Sin embargo, la malicia supone echar mano a cuanto ardid, artificio, o maquinación sea necesario para influir en la decisión judicial, en cuyo caso, la presencia de este "dolo" principal –en los términos de la ley sustantiva– es causa bastante para considerar que existe malicia en el proceso. De modo tal que la dilación guarda parentesco con la malicia, pero no se identifica.
La pretensión obstaculizante, que se realiza con el uso de facultades procedimentales, debe ser analizada a la luz del principio de economía procesal, pues no corresponde aplicar

sanciones cuando la demora innecesaria es el producto de un legítimo ejercicio del derecho de defensa, y la postergación no responde a la clara demostración de perturbar el desarrollo de la causa. La trascendencia del acto opuesto determina el módulo de atención para caracterizar la conducta.

El principio es que no son pasibles de sanción, sin perjuicio del estudio valorativo del suceso, como elemento de convicción (art. 163 inc. 5, tercera parte, CPCCN). No obstante, la elocuencia del obrar dilatorio encuentra en el Código Procesal una serie de definiciones que, de acuerdo con su magnitud (trascendencia), generan la índole de la sanción.

Por ejemplo, el artículo 21, que permite el rechazo *in limine* de la recusación infundamentada, en relación con el artículo 29 que pondera la multa por dicha actividad; el artículo 128, que prescribe la multa imponible a quien demora la devolución de un expediente otorgado en préstamo; el artículo 127, que establece la obligación de entrega del depositario; el artículo 399, que prevé sanciones para el retardo en la contestación del pedido de informes; el artículo 446, que castiga con multas a quien entorpeciese la declaración del testigo; el artículo 574, que expresa la condena al adjudicatario que posterga el pago del saldo de precio de una subasta judicial; etc.

Este tipo de conducta encuadra en la pauta de valoración para generar un elemento convictivo.

c. La *conducta temeraria* se trasunta cuando existe la certeza o una razonable presunción de que se litiga sin razón valedera y se tiene consciencia de la sinrazón: es la facultad de accionar ejercida arbitrariamente, sea deduciendo pretensiones o defensas cuya falta de fundamento es evidente, y haría que no se puedan alegar merced a la ausencia de una mínima pauta de razonabilidad.

El código de rito tiene una plataforma definitoria en los artículos 45 y 163 inciso 8, que señalan como obligación de los jueces el pronunciarse sobre la temeridad y malicia advertida en el proceso. Otras normas del mismo ordenamiento adjetivo singularizan ciertas actitudes que pueden ser consideradas como temerarias, *v. gr.* el artículo 72, que condena en costas a quien

incurriere en pluspetición inexcusable, cuando la otra parte hubiese admitido el monto hasta el límite establecido en la sentencia; el artículo 103, que califica la connivencia entre terceristas y embargado; el artículo 528, que castiga a quien desconoce su propia firma; el artículo 551, que impone multas a quien hubiese litigado sin razón valedera en el curso de un proceso ejecutivo; el artículo 594, que sanciona al ejecutado temerario que dilató innecesariamente el incumplimiento de la sentencia de remate (ubicado en este cuadro en razón del título que acompaña el artículo, dado que pertenece a una expresión de malicia procesal). Lo que no se debe perder de vista, como ya se mencionó, es que la sanción por temeridad debe aplicarse con cautela para no afectar el derecho de defensa de las partes.

La temeridad es una sanción, una penalidad a la parte o a su abogado que han actuado con conocimiento de la falta de fundamentos y con insistencia obstinada ausente de razones jurídicas. No es una fuente de prueba, sino de castigo por la actividad impropia que se obliga a desarrollar.

d. La *conducta maliciosa* se ve insistentemente vinculada con la demora intencional, sea a través de modalidades obstruccionistas, o de peticiones retardatarias, de manera que su relación principal se encuentra referida al comportamiento observado en la ejecución material de los actos procesales utilizándose, así, el proceso en contra de sus fines, obstruyendo su curso y en violación a los mencionados deberes de lealtad, probidad y buena fe. En la malicia hay dolo, es decir, intención de causar daño al adversario, y en esto se distingue de la actitud dilatoria. Para que se apliquen las sanciones del artículo 45 del Código Procesal es necesario que la conducta del litigante pueda ser calificada de maliciosa y que los planteos revelen un claro propósito retardatario de los procedimientos, o aduciendo intencionalmente circunstancias que puedan derivar en perjuicio para la otra parte, no debiendo perderse de vista que la humana inclinación a la defensa del propio interés puede matizar la conducta procesal con un apasionamiento que de ninguna manera podría constituir un motivo legítimo para lesionar, indirectamente, la garantía constitucional de la defensa en juicio.

Al igual que la conducta temeraria, la malicia es una penalidad, no una fuente de prueba.

e. La *conducta irrespetuosa* es el modelo final. Este tipo de comportamiento guarda una estrecha vinculación con la ética profesional. Al decir de Cicala, el profesional tiene el deber de cuidar su técnica y de observarla con inteligencia y constancia. No se limita, por tanto, a considerar el concepto de ciencia como punto de referencia de un deber moral específico, sino que, junto a tal poder, existe la obligación jurídica de comportarse según la técnica más apropiada. La corrección profesional impone también otros deberes tales como el tacto, la escrupulosidad, el orden, la cautela, la prevención, la seriedad, y preparación en el estudio y despacho de los asuntos que se le asignan.[2125]

En cuanto al nexo con los principios de lealtad y probidad, va de suyo que aparejan una doble intención: respetuosidad hacia la parte y hacia el órgano jurisdiccional. El sentido de este comportamiento pretende la adecuación a las reglas del orden, decoro, corrección y buena educación. Entendiendo por orden a la tranquilidad, armonía y equilibrio que debe existir en el proceso para su normal desarrollo y por decoro, al respeto en sentido estricto que se debe tanto al tribunal como a todos los intervinientes en el proceso.

Precisamente, para que la obligación sea recíproca entre las partes y cuerpo jurisdiccional, el artículo 58 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación enuncia: "En el desempeño de su profesión el abogado será asimilado a los magistrados en cuanto al respeto y consideración que debe guardárseles"; mientras que el artículo 35 determina que los jueces "... para mantener el buen orden y decoro en los juicios [...] podrán: 1) mandar que se teste toda frase injuriosa o redactada en términos indecorosos y ofensivos, 2) excluir de las audiencias a quienes perturben indebidamente su curso".

De estas normas se desprende el ejercicio del poder de policía en el proceso que tienen los jueces, dirigido a asegurar la mar-

2125. Cicala, Bernardino, *La moralitá delle azioni umane*, Firenze, 1934, p. 23; cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Temeridad y malicia en el proceso*, Buenos Aires/Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 67.

cha regular de la contienda. Habrá de repararse que la corrección disciplinaria difiere de la contemplada en el artículo 45, pues esta última versa sobre la potestad que tiene la jurisdicción para sancionar la temeridad o malicia de los litigantes. La intención expuesta de resguardar el "buen orden y decoro en los juicios" encuentra en el artículo 35 citado el ejercicio normado del poder disciplinario dentro del proceso.

La incorrección exhibida que figure como irrespetuosa en el sentir del juzgador, tiene que ser deducida o advertida por él mismo; su experiencia en el manejo de la cuestión procedimental echa bases suficientes para poder razonar la falta al decoro. En este sentido, la calidad del acto cumplido solo puede controlarse y sancionarse dentro y en ocasión del proceso, pues la potestad disciplinaria del juez no puede enervar la natural jurisdicción que ejercen los colegios profesionales.

A este menester, es preciso indicar que la irrespetuosidad se evidencia tanto en expresiones ofensivas como en alegaciones inconvenientes. Son términos empleados en los escritos judiciales o en las audiencias que, aun sin llegar a ser injuriosos, indecorosos u ofensivos, menoscaban el nivel de la controversia jurídica, además de ser francamente innecesarios desde que nada agregan a la eficacia con que pudo sostenerse una postura frente a la cuestión surgida. Esa actitud autoriza al tribunal a aplicar las medidas que les compete en ejercicio de la policía procesal que cumplen, pero no sirven para calificar como prueba de los hechos el nivel de reproche por expresiones mal habidas.

Esta es una clasificación dogmática que acentúa el comportamiento en una diversidad de niveles, pero analizados globalmente, puede tener ramificaciones. Por ejemplo, si en la preparación de la vía ejecutiva se niega la firma que se atribuye, la que tras la determinación pericial certifica la autenticidad, esa conducta permite sancionar a la parte con una multa equivalente al treinta por ciento (30 %) del monto de la deuda, que deberá darse a embargo como requisito de admisibilidad de las excepciones (artículo 528, Código Procesal) ¿Es esta una pena por la actitud dilatoria, o una prueba de la procedencia de la deuda que se reclama?

Supongamos que no fuera un juicio ejecutivo, sino una demanda ordinaria de cumplimiento de dar sumas de dinero provenientes de un contrato de mutuo, donde la parte demandada niega la firma ¿se aplica la multa? ¿Es fuente de prueba de la deuda la comprobación documental positiva? La respuesta del derecho positivo sería que no corresponde aplicar la multa y que la prueba documental no impedirá que se demuestre y confirme las demás pretensiones.

Ahora bien, al tiempo de dictar sentencia, aquella conducta dilatoria tiene un peso, una incidencia, acaso una revelación, pero ¿es prueba? ¿Es un indicio que, como tal, no puede trabajar en soledad para ser causa de condena? ¿Es una presunción?

La doctrina se ha ocupado del tema desde hace mucho tiempo. El derecho italiano (art. 116 del Cód. Proc. de 1940, en vigencia desde 1942), quizás la fuente directa del artículo 163, inciso 5 del Código Procesal lo forma como elemento de convicción; es decir, lo posiciona al tiempo de la reflexión crítica sin darle contenido probatorio sino valor de prueba.

De su lado Kielmanovich afirma que

> … el comportamiento procesal entendido en sentido amplio, puede encajar en ciertos casos dentro del concepto de prueba judicial, pues constituye un preciso antecedente del cual podrán inferirse hechos principales y secundarios en grado suficiente para que el magistrado forme su convicción respecto de su probabilística existencia como presupuesto o causa de la actuación de la ley que se pretende. De ello se desprende que los mismos sujetos que intervienen en la litis son sustancialmente empleados en el moderno proceso civil, como fuente probatoria, de los que se extraerán tanto testimonios bajo la forma de confesiones judiciales como presunciones simples, libremente valoradas por el juez.[2126]

En cambio Peyrano dijo algo distinto negando el carácter probatorio de la conducta:

> Como se sabe toda prueba no es más que un modo de confirmar la existencia de los hechos afirmados por las partes. A todas luces el comportamiento de los litigantes no viene a confirmar tal o cual hecho. Su

2126. Kielmanovich, Jorge, "La conducta procesal de la parte como prueba en el proceso civil", *LL* 1985-B-1022.

relevancia para la suerte del pleito es otra: ejerce influencia sobre el ánimo del juzgador, contribuyendo a formar su convicción. Se trata, entonces, de una fuente de convicción. Nada más ni nada menos.[2127]

Poco después siguió la reflexión de Kielmanovich en una polémica de corto tiempo,[2128] aunque sin volver a esa línea dice que "... hoy, lo confesamos, la lectura de un trabajo de Marcos Peyrano nos ha despertado, nuevamente, la duda acerca de si nuestro primer enfoque era, realmente, equivocado".[2129]

Precisamente nosotros compartimos este desarrollo, que afinca esencialmente en demostrar que la conducta, en sí misma, no es una prueba; ni siquiera es fuente o argumento de ella. Porque lo esencial es el comportamiento que realizan las partes a tono con el principio de obrar con lealtad, probidad y buena fe, y si es antes del conflicto llevado a juicio, con el deber de actuar de buena fe y sin intención de dañar.

Atinadamente Marcos Peyrano observa que el accionar ante la justicia no es una prueba judicial, ni puede ser un indicio, ya que el propio Código Procesal distingue claramente –en dos párrafos disímiles– entre los indicios (hechos reales y probados, numerosos, precisos, graves y concordantes) como fuente de presunciones y la conducta de las partes.[2130]

La conducta no tiene estándares probatorios. Si los tuviera podría afectar el derecho de defensa en juicio; pero ello no impide que la decisión voluntaria, sea como estrategia o como manifestación de una técnica de oposición contra pretensiones opuestas, pueda apreciarse en el conjunto de lo hecho fuera y dentro del proceso.

2127. Peyrano, Jorge Walter, "Valor probatorio de la conducta procesal de las partes", *LL* 1979-B-1049.

2128. Peyrano, Jorge Walter, "A fuerza de sinceros... (a propósito de una monografía sobre el valor probatorio de la conducta en juicio)", *LL* 1985-D-847.

2129. Peyrano, Jorge Walter, "Valoración judicial de la conducta procesal", en Peyrano, Jorge Walter (dir.), *Valoración judicial de la conducta procesal*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2005, p. 21.

2130. Peyrano, Marcos, "La valoración de la conducta procesal de las partes como derivación del principio de adquisición procesal. Su verdadera naturaleza jurídica y a la luz del derecho procesal peruano", en Peyrano, Jorge Walter (dir.), *Valoración judicial de la conducta procesal*, *op cit.*, p. 51.

Hay deberes primarios de comportamiento que se enrolan en la línea del principio de moralidad ya señalado; pero hay deberes secundarios que impiden actuar con simulación, fraude, artería, engaño, y una multiplicidad más de actos que inciden al tiempo de valorar la prueba como revelaciones que indican algo previsto por quien así actuó. Esa conducta fue adquirida al proceso, está a la vista de jueces y partes, de manera que no sería razonable eludirlo cuando tiene manifestaciones que transportan evidencias.

Se dirá, y es cierto, que las fronteras divisorias de esa apreciación son débiles y que puede derivar en una hermenéutica disvaliosa o peligrosamente arbitraria. Sin embargo, es el criterio que mejor refleja las particularidades que tienen algunos litigios complejos y otros no tanto, en los que es menester, para todos, extremar el deber de precaución judicial, dando al juego funcional de las presunciones la adaptación de sus singulares manifestaciones necesitadas –lo edicta el legislador– de control y vigilancia fuertemente preventiva y, por cierto, de mayor efectividad.

Por eso decía Morello que

> … el tratamiento de la prueba de presunciones *cobra otra fuerza de demostración* conforme a las peculiaridades del objeto en análisis, pero que no es menos riguroso e idóneo al que se aplica a los demás medios, observándose una simbiosis o fecunda integración de lo sustancial con lo instrumental. Corresponde puntualizar, igualmente, que nuestra posición pretende tener continuidad en la humilde colaboración a fin de reducir las dificultades que se originan en la transición de las adaptaciones que van imponiendo situaciones de la realidad, acompañada de *distintas estimaciones de la sociedad*. Por eso no seguiremos el *iter* sentenciar ni nos haremos cargo de múltiples aspectos del rico contenido del pronunciamiento. Lo apuntado, nos parece, tiene plausible sentido jurídico, armonizando lo sustancial y la percepción instrumental en una integrada estructura jurídica; los mecanismos del proceso y el criterio de hermenéutica *coinciden* para lograr la finalidad buscada por el legislador. Priva la lógica del Derecho.[2131]

2131. Morello, Augusto Mario, "Dilemas probatorios en controversias de alta complejidad", *LL* 2003-B-72.

Capítulo LIX
La carga de la prueba

458. Nociones generales

Por carga de la prueba se entiende el deber de probar. El problema central asienta en resolver si es un deber del actor, o se trata de una tarea compartida, e inclusive, si en ella tiene o no que intervenir el juez.

Al ver cómo se desenvuelve el procedimiento, no es posible dejar de advertir la característica de tener articulados el conjunto de principios y presupuestos procesales, los que se vinculan con los deberes primarios y secundarios de las partes, para tener un método de debate sobre hechos que ellos aportan y bajo un sistema donde el impulso del interés es el que domina y tiene preferencia para determinar el avance de la causa. Por eso, si el interés, esencialmente, es privado, la disponibilidad del material y la tracción del proceso se deja en manos del actor; mientras que en donde hay un interés público prevalente, el impulso puede ser de oficio y aun quedar así dispuesto por la ley (*v. gr.* procesos sociales y constitucionales).

Ahora bien, teniendo en cuenta estas características y reconocido el panorama de aquello que se debe probar y para quien se debe probar, es evidente que conforme la redacción de las normas procesales la respuesta de ambas cuestiones quedaría afincada en dos afirmaciones: prueban las partes para persuadir y dar certeza al tiempo de resolver. Sin embargo, tal enunciado puede ser parcialmente correcto, porque a tenor de los principios consabidos, no se puede eludir el deber jurisdiccional de tener que esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, en cuyo caso, se vuelve al cuestionamiento primero: ¿el proceso es solo *cosa entre partes*? y por ello continúa el ritmo que ellos imponen; o ¿existe un deber superior que admite el protagonismo judicial?

En orden a estos planteos se suman otras derivaciones como definir si la actividad probatoria es un derecho, un deber, una obligación o una carga que necesita de mayores presiones técnicas. El proceso, en definitiva, es un juego de incertidumbres y sorpresas que se aclaran y

evitan, respectivamente, a partir del compromiso de las partes con sus respectivas pretensiones.

Quien afirme un hecho, tendrá que precisarlo y demostrarlo como cierto. Quien lo niegue no podrá alojar en su actitud toda la prueba del hecho negativo. A su vez el juez no puede ser un espectador pasivo e inerte, cuando el régimen adjetivo le asigna deberes y le otorga poderes para resolver en interés propio, como es el de lograr la mayor certeza y convicción.

En síntesis, el problema de la carga de la prueba tiene varios rostros que reconocer. Pero el primero y más importante versa sobre la naturaleza del proceso donde se aplica, porque no será igual el *onus probandi* en un proceso privado respecto a uno de contenido público.

Pero la distancia no significa erradicar el concepto de quién o quiénes (las partes) llevan los hechos al proceso, porque allí no cabe duda alguna de que el juez no puede alterar ni modificar la relación jurídica que es obra de los litigantes.

459. Derechos y deberes. Facultades y cargas. Obligaciones y responsabilidades

Desde que Von Bülow concibiera al proceso como una relación jurídica en donde el sujeto, revestido de poderes determinados por la ley, actúa en vista de la obtención de un fin, la mayor parte de la doctrina se plegó a esta idea a pesar de pocas, pero autorizadas resistencias.

La explicación se puede sintetizar en términos simples: Couture dijo que[2132]

> La relación es la unión real o mental de dos términos, sin confusión entre sí. Relación es el vínculo que aproxima una cosa a otra permitiendo mantener entre ellas su primitiva individualidad. Cuando en el lenguaje del derecho procesal se habla de relación jurídica, no se tiende a señalar el vínculo o ligamen que une entre sí a los sujetos del proceso y sus poderes y deberes respecto de los diversos actos procesales.

2132. En contra estuvieron Rosenberg, Leo, *Tratado de derecho procesal civil, op. cit.*, T. I, p. 381; Carnelutti, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil, op. cit.*, T. II, p. 628; Goldschmidt, James, *Teoría General del Proceso*, trad. de Prieto Castro, Leonardo, Barcelona, Labor, 1936, p. 56.

> La relación jurídica procesal es un aspecto del derecho como relación. Es la particular condición que asume el derecho en la zona restringida del proceso.
> Se habla, entonces, de relación jurídico procesal en el sentido apuntado de la ordenación de la conducta de los sujetos del proceso en sus conexiones recíprocas; al cúmulo de poderes y facultades en que se hallan unos respecto de los otros.[2133]

A partir de esta concepción se observa que el vínculo que se forma entre las partes de un proceso conlleva obligaciones de mutuo seguimiento, provocando, al mismo tiempo, una serie de consecuencias jurídicas relevantes.

De acuerdo a su posición en el proceso, la parte adquiere una "cualidad" especial de la que surgen para ella numerosas situaciones activas y pasivas, que constituyen el contenido de la relación jurídica procesal.

Se forman así un conjunto *activo* de poderes jurídicos y de derechos subjetivos procesales, y otro conjunto *pasivo* de cargas, obligaciones o deberes y sujeciones.[2134] Los primeros corresponden siempre a un conferimiento de carácter público, por el cual se otorga al individuo la posibilidad de reclamar un interés propio. El poder jurídico se expone como una potestad de carácter genérico, atribución de origen constitucional (no procesal) que admite distintas cualidades procesales, según la posición que se tenga en el proceso (*v. gr.* el actor tiene la potestad de pretender y el demandado resistir a esa pretensión); es el clásico juego de la demanda y la defensa.

Por su parte, el derecho subjetivo tiene un carácter eminentemente procesal[2135] y se vincula con la posibilidad de actuar en juicio, es decir, de obrar el derecho (interés) y de fundamentarlo, probarlo y oponerse a un resultado que estime disvalioso.[2136]

2133. Couture, Eduardo Juan, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil, op. cit.*, pp. 133-134.

2134. Liebman, Enrico Tullio, *Manual de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 89.

2135. Carnelutti, Francesco, *Instituciones del Proceso Civil, op. cit.*, T. I, p. 315.

2136. Según Devis Echandía "... la naturaleza del derecho público que corresponde al derecho procesal no es incompatible con su carácter de fuente de derechos subjetivos, porque al lado de los derechos individuales privados existen los derechos individuales públicos [...]. Los derechos procesales tienen estas características: a) emanan de las normas jurídicas procesales; b) son derechos públicos y no privados; muchos de ellos de origen constitucional, salvo los de carácter patrimonial como el derecho a cobrar las costas del proceso o los honorarios de los auxiliares de justicia, como peritos o

Las cargas, deberes y sujeciones provienen directamente del proceso y atienden el modo como se llega a consagrar el interés. Así, la *carga* es un imperativo destinado a la parte con la promesa de asegurar un resultado cuando ella es abastecida con suficiencia (*v. gr.* demanda interpuesta en forma correcta; prueba rendida completamente, etc.). El *deber* es una regla establecida a favor de la generalidad. Se impone su acatamiento como una forma de observar el normal desarrollo de un proceso.

Sin embargo los deberes procesales, como en general los demás deberes jurídicos, no pueden ser objeto, a diferencia de las obligaciones y de las cargas, de ejecución forzosa. La efectividad en el cumplimiento de los deberes procesales se obtiene, normalmente, mediante sanciones, ya sean de carácter *físico* o *personal* como el arresto del testigo que se rehúsa a declarar; ya sean de carácter *pecuniario*, como la multa impuesta al perito que no presenta su dictamen; ya sean de carácter *funcional*, como la pérdida, la postergación o la suspensión del empleo. Estas sanciones son formas de coacción normal o intimidación. En verdad no hay forma material de hacer cumplir con la fuerza esta clase de deberes.[2137]

La *sujeción*, finalmente, es la situación en la que se encuentra la parte que es constreñida a sufrir los efectos de una providencia del órgano jurisdiccional.[2138] Por lo general, la presentación de los deberes tiene un aspecto refractario que compone un "todo" de consecución ideal. La reciprocidad entre lo que se tiene y lo que es debido, enfrenta dialécticamente a "lo suyo" con "lo debido".[2139]

---

secuestres; c) son oponibles al mismo Estado y su violación significa una arbitrariedad y un acto ilícito; d) surgen con ocasión del proceso y se ejercen en él para iniciarlo; e) corresponden a las partes y a algunos terceros. Ejemplos: los derechos de acción, de contradicción, de probar, de recurrir a un proceso como interviniente" (Devis Echandía, Hernando, *Teoría General del Proceso, op. cit.*, T. I, p. 11).

2137. Couture, Eduardo Juan, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 210.

2138. Liebman, Enrico Tullio, *Manual de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 90.

2139. La reflexión se plantea del siguiente modo: "El hacer justicia a los demás parece tener el sentido de la restitución de algo que no es nuestro sino que en realidad es de otro, es 'suyo' [...] no le damos lo nuestro sino que le damos lo de él, se lo restituimos" (cfr. Fernández Sabate, Edgardo, "Los derechos humanos", en AA. VV., Idearium, Mendoza, 1985, p. 37). En forma similar Josef Pieref dice: "Los antiguos cuando hablan de justicia nunca se refieren primariamente a los acreedores de derecho, sino a los que tienen obligaciones. La preocupación de qué es justo, decían, se ordena a dar a cada uno lo que corresponde, no a obtenerlo para sí" ("Los derechos humanos", *Revista*

Lo primero será un derecho subjetivo; lo restante, la exigencia de respuesta esperada de otro. En el camino está el proceso con su contenido de cargas, facultades y deberes; así, en el tránsito jurisdiccional hacia "lo debido", debemos relacionar a la obligación como un deber razonable, resultante de la necesaria conexión de los medios con el fin.

Los deberes procesales se bifurcan en dos exigencias: las *principales* (primarias) atienden lo oportunamente dicho respecto del contenido de la pretensión; las *secundarias* derivan de una obligación moral que condiciona la actuación de las partes en el proceso.

Unas y otras se han de corresponder para que con sensatez y objetividad la relación entre el derecho personal y el reconocimiento jurisdiccional no encubra situaciones enojosas con la "moral del derecho" y fundamentalmente con el principio de lealtad, probidad y buena fe en el proceso.

Aparentemente, la carga quedaría cubierta con aquel sentido de deber primario, pero es evidente que la situación es facultativa, no hay obligación ni deber que imponga a la parte tener que obrar en un sentido, aun cuando esa dirección lo favorezca para el resultado del proceso. "Nadie tiene el deber de triunfar" –dice Rosenberg–, y es por ello que el interés de cada uno no puede cuadrarse en los objetivos de una norma.

460. Concepto de carga probatoria

La raíz etimológica de la palabra "carga" deriva de la palabra latina *onus*, que por lo general, se traduce como "peso". El encuadre significa que quien afirma un hecho o alega una proposición "carga" con el peso de la prueba. La idea es simple: *el que afirma debe probar*; pero al mismo tiempo en el concepto está presente otro contenido que se agrega al de resolver quién debe probar, y consiste en identificar los hechos que son materia de prueba.

Couture decía que "... carga de la prueba quiere decir, en primer término, en un sentido estrictamente procesal, conducta impuesta a uno o ambos litigantes, para que acrediten la verdad de los hechos

Mikael, Buenos Aires, 1979, p. 21; Bidart Campos, Germán J., *Las obligaciones en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1987, p. 16).

enunciados por ellos".[2140] La otra cara es que si falta la prueba, no hay confirmación del hecho y por tanto, insuficiencia de argumentos para acoger la pretensión. Queda claro, entonces, que la noción de carga reposa como un "imperativo del propio interés", por el cual se pueden obtener ventajas o impedir perjuicios.

La otra faceta interroga ¿qué se debe probar?; y ¿qué ocurre si la prueba depende de la colaboración del demandado?, en ambos casos la carga queda condicionada a los presupuestos de hecho y de derecho que implementa el sistema procesal. Por un lado, los hechos que son materia de prueba, y por el otro, los equilibrios de la desventaja que sufre quien no tiene acceso a la prueba (por estar bajo la disponibilidad del demandado que persigue ampararse en la regla que dice que prueba solo el que afirma), o no puede conseguirla porque se ha perdido o extraviado.

En fin, la esencia y el valor de las normas sobre la carga de la prueba consisten en poner en claro el alcance que tiene el deber de probar y la consecuencia que importa la falta de prueba. Pero hay que tener cuidado con los términos, porque al referir a "carga" se relega el concepto de "obligación", como que en materia procesal los derechos son potestativos, en el sentido de que a su realización se vinculan consecuencias beneficiosas para la parte que los hace y su no realización consecuencias perjudiciales;[2141] y asimismo, también es conveniente alejarlo del criterio del "deber" porque el incumplimiento significaría una sanción, y lo que no se quiere es convertir al proceso civil en penalizador de las conductas, mucho menos cuando puede ocurrir que la falta de prueba sea producto de la ausencia de colaboración de quienes son partes procesales.

El concepto de carga, entonces, debe interpretarse a tono con el deber de juzgar, porque de la actividad probatoria depende la construcción de la sentencia, por eso, el problema no surge cuando las afirmaciones de las partes no se discuten o cuando el tribunal está firmemente convencido de la verdad.

Dice Micheli que, en definitiva:

> … el concepto de carga se basa sobre la correlación entre el ejercicio de una facultad (empleo de un término más bien vago a fin de no comprometer el ulterior desarrollo del presente análisis), reconocida por la ley, y

2140. Couture, Eduardo Juan, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 241.
2141. Montero Aroca, Juan, *La prueba en el proceso civil, op. cit.*, p. 63.

un resultado favorable, en cuanto, sin embargo, el ejercicio de la primera sea necesario para conseguir el segundo. Deriva de ello que mientras la necesidad de la obligación es absoluta, la que caracteriza la carga puede presentar diversos matices, variadas atenuaciones en cuanto otro sujeto tenga el poder de integrar el insuficiente ejercicio de la facultad. En estos casos se habla de *carga imperfecta*, lo que puede constituir otro precioso elemento para la crítica al concepto corriente de carga.[2142]

461. Aspectos de la carga de la prueba

La regla de actuar en beneficio del propio interés, en materia de prueba logra una notoria preponderancia, toda vez que marca la incidencia de la conducta en estos sentidos:

a. Aloja en las partes que alegan el compromiso de verificar sus afirmaciones, obrando de alguna manera preventivamente, al saber el interesado que su escasa o ninguna actividad será suficiente para descalificar el contenido de la pretensión; y
b. para el juez, puede servirle como regla o señal acerca de cómo debe fallar, evitando el *non liquet*, esto es, "una sentencia inhibitoria por falta de prueba, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos".[2143]

Al primer concepto se lo denomina *carga objetiva*, porque precisa el interés del objeto a demostrar, es decir, no señala el deber de probar de quien alega, sino la carga de verificar un hecho determinado por quien tiene interés en confirmarlo. El otro aspecto es llamado *carga subjetiva* y se vincula con la falta de prueba y la decisión consecuente que ha de tomar el juez ante el hecho incierto.

Al mismo tiempo, es la figura tradicional de enfoque en la cuestión, porque el origen de esta división es de 1883 cuando Glasser sostiene que se debe trazar una diferencia entre el *onus* formal y el *onus* material de la prueba "… la carga subjetiva o formal de la prueba es la carga de facilitar la prueba y la carga objetiva o material de la prueba es la carga de la certeza prescindiendo de la actividad de las partes".[2144]

2142. Micheli, Gian Antonio, *La carga de la prueba, op. cit.*, p. 62.
2143. Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial, op. cit.*, T. I, p. 227.
2144. Citado por Silva Melero, Valentín, en *La prueba procesal, op. cit.*, T. I, p. 93.

Además, al estar formulada sobre el interés no puede soslayarse la intención o voluntad para activar el ejercicio de verificación. La conducta procesal, entonces, cubre una faz de atención importante.

La carga es también una cuestión de *riesgo* que asume el mismo interesado. Si resuelve activar la verificación de los hechos que afirma, se quita el "peso" de encima (en definitiva, el *onus* latino o el *onere* italiano, son traducciones de peso); si es renuente, crea una incertidumbre que grava la creencia de sus dichos. Para el demandado, la simple negativa le cubre un aspecto formal, aun cuando efectiva para el ejercicio de la defensa en juicio, pero es cierto lo que afirma Couture cuando sostiene que "… si no se quiere sucumbir como consecuencia de la prueba dada por el actor, entonces él, a su vez, debe producir la prueba de los hechos extintivos de la obligación".[2145]

461.1 Carga subjetiva (concreta)

Le corresponde a Rosenberg la clasificación entre carga objetiva y subjetiva de la prueba, criticando la división de finalidades formales y materiales que considera de poco acierto. Por *carga subjetiva* de la prueba entiende la actividad de las partes desarrollada para suministrar la prueba de los presupuestos del precepto jurídico aplicable, con el propósito de evitar una sentencia adversa; mientras que la *carga objetiva* prescinde de toda actividad de las partes encaminada a hacer constar los hechos discutidos porque solamente interesa el resultado de los debates y la eliminación de la incertidumbre.

En otras palabras "… determina las consecuencias de la incertidumbre acerca de un hecho, sin que importe la circunstancia de que una u otra de las partes, o las dos, o el tribunal, se han preocupado en el sentido de hacerlas constar".[2146]

La noción es compleja ya que por una parte es *subjetiva* y *concreta* y por otro *objetiva* y *abstracta*. Ello quiere decir que es *subjetiva* porque contiene una norma de conducta para las partes y señala cuáles son los hechos que conviene probar en cada proceso. Es *concreta* en cuanto determina los hechos particulares que se han de demostrar por cada parte. A su vez, es *objetiva* porque implica una regla general cuando

2145. Couture, Eduardo Juan, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 243.
2146. Rosenberg, Leo, *La carga de la prueba, op. cit.*, p. 21.

falta la prueba; y es *abstracta* cuando dispone una pauta de apreciación que, sin referir a casos particulares, tiene el alcance de una guía de actuación judicial en todos los casos.

Por ejemplo, la carga de la prueba se vuelve subjetiva cuando en el proceso el juez fija los hechos (*v. gr.* art. 360, inc. 3, Código Procesal) y provee la prueba. En la práctica no ordena la producción probatoria, solo resuelve la oportunidad de las medidas dejando en el "interés" de las partes la actividad en tal sentido; al fin y al cabo, es una facultad de ellas que, persuadidas de la conveniencia de probar, pueden desde la realización conseguir una eventual sentencia favorable.

461.2 Carga objetiva (abstracta)

La objetividad de la carga tiene en miras despejar el estado de incertidumbre, según Rosenberg es la carga de la certeza, y tiene lugar en todo procedimiento en el cual se trata de aplicar normas jurídicas abstractas a una situación de hecho concreta;[2147] bien sea un procedimiento dominado por el principio dispositivo cual el que rige en los llamados inquisitivos, o por una estructura intermedia.

La relación entre la carga subjetiva y la objetiva solo se puede dar en los procesos dispositivos porque es el único modelo de debate donde coexisten. Observa Rosenberg que el conflicto eventual que se puede suscitar es la prevalencia de la carga objetiva sobre la subjetiva, pues una vez decidido, gracias a las reglas de la certeza, lo que debe hacerse constar para que venza el demandante o el demandado es el grado de influencia que tiene la falta de prueba o la regla quién debió probarlo.[2148]

Esta asimetría de conceptos promueve, actualmente, la eliminación de la carga objetiva y subjetiva de la prueba. Se alienta eliminar el *onus probandi*, a partir de entender que la etapa probatoria tiene un solo objetivo: descubrir la verdad.

Y en este sentido, todos tienen el deber y el compromiso de colaborar en esa búsqueda, dando razón así a las innovaciones que sucesivamente se fueron dando en el derecho procesal. La primera fue la conocida como "carga probatoria dinámica" que estableció el deber de probar en quien tenía mejores posibilidades de hacerlo; luego, se

2147. Ibídem, p. 25.
2148. Ibídem, p. 27.

alteró la regla "el que afirma debe probar", para instalar el deber en quien tiene el medio a su disposición (inversión de la carga probatoria); y así se llegó al peso jurisprudencial que trajeron las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que al consagrar el derecho a la verdad y sus variables en el deber de investigar y en el derecho de todos a saber qué pasó, culminaron en quitar de sentido a estas teorías que comentamos.

462. Teorías sobre la distribución de la carga probatoria

Clásicamente, la carga de la prueba se postuló como una regla de confirmación que tenía quien invocaba un derecho en su favor: el actor tenía que probar su pretensión, y el demandado sus defensas.

Este reparto, a pesar de la apariencia equitativa, en la práctica portaba una dureza rígida y extrema. Las partes otorgaban a la verificación un ejercicio interesado, donde no había cooperación entre ellas ni solidaridad hacia el órgano que debía captar la certeza. Colofón de esta característica era la imposibilidad de probar hechos que no fueran aportados por ambas partes, o que siendo manifestado solo por una de ellas, la otra quitaba toda posibilidad para demostrar y, ante la falta de colaboración, era sumamente difícil alcanzar el objetivo.

Conviene aclarar que el planteo se presentaba en el esquema de un procedimiento absolutamente dispositivo, que la historia, posteriormente, va tratando de atenuar al conjuro de principios que van evolucionando, pero que en líneas muy simples informan las etapas siguientes:

462.1 La tesis en el derecho romano

Primero se dijo que *la carga probatoria le corresponde al actor (onus probandi incumbit actori)*. La tesis es de cuño romano. Se basa en que el demandante debe probar la verdad de sus dichos so pena de perder el juicio. Al reposar en el actor toda la actividad de prueba, el principio se volvió contra sí por la injusticia que creaba cuando el demandado, aun negando, escondía un artilugio de hechos impeditivos, extintivos o modificativos que también aquel debía verificar. Por otra parte, resultaba inaplicable en los casos de hechos beneficiados por una presunción legal, con el déficit acusado de no poder mudar el *onus probandi* o

dejar al proceso con la inseguridad de no saber si el juez atendería esa presunción, o bien que había falta de prueba.

El mismo derecho romano se hizo cargo del error y motivó un nuevo principio, que consistió en sostener que *la carga de la prueba le corresponde al que afirma o al que niega (ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat)*, evitando que la prueba fuera exclusiva tarea del actor, pero sin lograr demasiados cambios. Es una posición de auxilio que distribuye la carga de conformidad con las afirmaciones y negaciones.

Inclusive Windscheid sostiene que debe entenderse en el sentido de que, si bien no es necesaria la negativa genérica, en cambio, sí lo es la afirmación concreta de un hecho negativo.[2149]

Aun con esta aclaración, toda proposición negativa enrostra otra afirmación, o al menos, la sugiere; de modo tal que retorna al problema inicial.

Como una proyección de esta idea se dijo que *la carga de la prueba también le corresponde al que excepciona (reus in excepcione actor est)*, atribuyendo la carga de probar en la defensa ejercida, es decir, llevando el peso de la prueba hacia el argumento sin que interese en ello la negativa.

En realidad es una tesis que nada agrega, más allá de la claridad que puede tener una excepción o defensa de la prueba de un hecho negativo.

462.2 La clasificación de los hechos y la prueba

Con Chiovenda se va a argumentar que el *onus probandi* depende de los hechos, a cuyos efectos los clasificó en constitutivos, impeditivos, convalidativos y extintivos.[2150] Consecuencia natural de esta división fue distribuir la obligación probatoria entre hechos normales y extraordinarios, interpretando que los primeros estaban exentos de actividad a diferencia de los otros que debían probarse.

Decía Chiovenda que eran *constitutivos*:

> … los hechos que establecen una situación jurídica determinada dando al titular la facultad de ejercitar una pretensión ante el órgano jurisdiccional. Generalmente, el hecho constitutivo es complejo en el sentido de estar formado por varios elementos (capacidad del sujeto, modalidad de la situación jurídica, etc.), la ausencia de uno o más de esos elementos se articula

2149. Cuenca, Humberto, *Proceso Civil Romano*, *op. cit.*, p. 83.

2150. Chiovenda, José, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. II, p. 92.

> en forma negativa, en la categoría de hecho *impeditivo*, es decir el que observa que alguno de los presupuestos procesales está limitado. Por su lado los hechos *extintivos* son aquellos que, supuesta la existencia del hecho constitutivo, hacen desaparecer la eficacia de este: *v. gr.* la prescripción.[2151]

Los hechos *convalidativos* eximen de prueba, porque responden a la actitud voluntaria de quien se somete a una pretensión, o admite hechos tal como se plantean, o bien, reconoce la autenticidad de prueba instrumental. En cambio, se llaman hechos *modificativos* los que alteran la relación jurídica presentada mediante la introducción de una versión distinta que afirma nuevos hechos, o transforma el efecto de ellos.

Sostiene Peyrano que con este cuadro de situación surgen dos verdades "de a puño" del proceso civil: el magistrado es soberano en materia normativa, merced a su facultad de obrar *iura novit curia*, hasta el punto de que puede apartarse o contradecir el planteo normativo efectuado por las partes; mientras que los litigantes son amos y señores del material fáctico al cual no puede colocar ni quitar nada el órgano jurisdiccional; estándole vedado a este, de modo absoluto, decidir en mérito de hechos introducidos por mano propia. Esto último debe interpretarse en su justa medida porque, claro está, no impide, *v. gr.* que el magistrado pueda valorar hechos notorios o evidentes pese a que no hubieran sido invocados por los contradictores.[2152]

462.3 La verdad y la carga probatoria

Con el paso del tiempo, la carga de la prueba pasó a ser una cuestión afincada, antes que en la obligación de probar, en la actividad necesaria para alcanzar la verdad. Por eso, tanto en Europa como en América, se comenzó a referir a la actividad de colaboración entre las partes, siendo la *carga de la prueba un principio trabajado desde la solidaridad entre partes*.

En nuestro país, Morello fue uno de sus propulsores. Las ideas del maestro platense ilustran al moderno derecho procesal en el sentido de la eficacia que de él se espera. El rendimiento de las instituciones no puede seguir descansando en preceptos sin vida práctica y funcional. Existe un acertado enfoque en dinamizar las conductas que, sin rechazar enroques inconvenientes, pongan a prueba el objetivo de alcan-

2151. Chiovenda, José, *Principios de derecho procesal civil*, *op. cit.*, T. II, p. 189.

2152. Peyrano, Jorge Walter "Los hechos secundarios del proceso civil", *op. cit.*

zar la verdad por ambas partes, en solidaridad y mutua colaboración procesal. Es evidente que la carga de la prueba, tal como actualmente se diseña, es una excusa del *non liquet*. Porque si la prueba obra incorporada al proceso, desaparece el problema de la carga y se concreta la *adquisición* para el juez. Resulta claro, entonces, que ante esa constatación es baladí hurgar en el presupuesto de a quién correspondía la prueba. Es indiferente establecer el sujeto que tenía el deber de verificar sus afirmaciones sí ellos están ya demostrados. También Peyrano considera esa situación dinámica del proceso que obliga al replanteo permanente y hace rotar el deber de cooperación o colaboración.[2153]

El fenómeno de la solidaridad se torna en justicia cuando nos referimos a las pruebas que solo puede acercar el adversario, por tenerlas a su disposición; de sostener que esto impide el equilibrio entre las partes, la posibilidad de incorporación es dificultosa al extremo, cuando no, prácticamente nula.

Este es, según nuestra posición, el sistema que mejor concilia la función judicial con el objeto y finalidad de la prueba. En otros términos, no se desconoce el valor que tiene para el derecho de defensa en juicio, ampararse en la cómoda posición de obligar a solo una parte a que pruebe. Pero afirmar esto como consigna, supone tanto como ratificar que la carga probatoria es también un límite para encontrar la verdad, y que al proceso no le interesa descubrirla. Además, como la actividad probatoria exige resultados, dejar que el esfuerzo sea llevado por uno solo no es equilibrar la balanza porque esta tiene con el *onus probandi* un contrapeso considerable.

En consecuencia, el conocimiento judicial tiene que trabajar sobre hechos afirmados que sean veraces; con ellos se podrá llegar a la certidumbre necesaria para resolver el conflicto, *más allá de toda duda razonable*. Entonces, la carga probatoria no es una exigencia de actividad destinada a la parte que demanda o pretende, sino una consecuencia dirigida al juez para apreciar la falta de prueba sobre los hechos afirmados y negados.

La *falta de prueba* no puede obligar al juez a sustituir la apatía de las partes produciendo él mismo aquellas que, propuestas, han quedado sin

2153. Peyrano, Jorge Walter, "Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas", *ED* 107-1005.

concreción por el propio desinterés o la negligencia de quienes debían instar su obtención. Lo que no priva al tribunal de ordenar la realización de *diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes* (art. 36, inc. 4, Cód. Proc.).

Si reiteramos que el fin de la prueba es lograr convicción y certeza laborando sobre hechos reales y auténticos, el juez puede interrogarse qué hacer cuando no puede encontrar la verdad con los elementos que tiene. Las respuestas pueden variar, es cierto, pero en la dimensión de un proceso justo es evidente que cada circunstancia se debe ponderar en particular, asumiendo como regla del debido proceso, la necesidad de ser razonable en sus decisiones, evitando caer en actitudes estériles que se motivan únicamente en las ficciones irritantes de la ley procesal.

Hay veces donde la función de esclarecimiento que se le asigna no significa darle un poder exacerbado por el cual pueda, entre otras cosas, modificar el contenido de las pretensiones. Pero ello no puede llevar al desatino de creer que la calificación jurídica (en definitiva, la aplicación correcta sostenida en el *iura curia novit*) es invariable y delineada por el principio de congruencia. Esto queda fuera de discusión.

Sí interesa ver qué pasa cuando ese marco jurídico depende de la prueba a producir y la misma no se concreta adecuadamente. La respuesta más simple es sentenciar en contra de quien tenía la carga de probar, y hacerlo responsable de su propia inacción; pero si admitimos que el deber de probar es compartido, tal pronunciamiento puede resultar un exceso.

Hay diferencias que se deben explicar en la dimensión de este principio: la primera orientación viene impuesta por cierto tipo de hechos que el juez no puede eludir ni tenerlos como inexistentes por la sola decisión de las partes de no haberlos alegado.

Por ejemplo, la declaración indagatoria en materia penal permite inquirir sobre cosas y lugares que no afectarán la presunción de inocencia, aun cuando puedan llevar a investigar sobre hechos no planteados por la defensa; en materia civil, sucede algo similar, cuando en el texto de las declaraciones aparece un testigo no propuesto, puede llamárselo a declarar aun sin intervención de las partes (art. 452, Cód. Proc.).

462.4 El principio de colaboración

Es una flexibilización al principio de la carga probatoria que rige en el proceso civil, por el cual se reparte el esfuerzo de confirmar o demostrar, entre quienes están en mejores condiciones para hacerlo. Ya sea por la proximidad con los medios de prueba, o por disponer de ellos.

El *favor probationis* o la teoría de las cargas probatorias dinámicas se inclina por poner la carga de la prueba de la inculpabilidad sobre la parte que está en mejores condiciones de hacerlo. La iniciativa se tomó, principalmente, en los procesos de responsabilidad profesional, y para ello se ha dicho que

> En materia de responsabilidad médica y como consecuencia de que el deber jurídico central asumido por el médico es de actividad incumbe al paciente la carga de demostrar la culpa de aquel. Pero las dificultades probatorias que debe sortear con frecuencia el paciente para acreditar la culpa del médico determinan que deba conferirse a la prueba de presunciones un elevado valor; por tanto evidenciados por el paciente ciertos datos empíricos el juez debe deducir la culpa médica no probada en forma directa. Corresponde considerar probada la culpa si el daño, según la experiencia común, no puede explicarse de otro modo que no sea por la culpa médica, a menos que el demandado aporte prueba eficaz para liberarse de responsabilidad.[2154]

La voz "cargas probatorias dinámicas" pertenece a Peyrano, nombre con el que se puede o no coincidir pero que carece de importancia cuando se analiza el significado que importa. En tal caso, dice el renombrado jurista que

> … el esquema de un proceso moderno debe necesariamente estar impregnado por el propósito de ajustarse lo más posible a las circunstancias del caso, evitando así el incurrir en abstracciones desconectadas de la realidad. Esto explica que modernamente se conciba que las cargas probatorias deban desplazar de actor a demandado o viceversa, según correspondiere. Pero llegados aquí, advertimos que falta recordar que las reglas de la carga de la prueba (que apuntan a determinar quién debió probar determinado hecho y sin embargo no lo hizo) solo cobran importancia ante la ausencia de prueba eficaz para suscitar certeza en el juez. Es que en tal caso, el tribunal deberá fallar contra quien debía probar y

2154. CNCiv., Sala D, 1996/02/28, *LL* 1997-C-224.

> no probó. Igualmente falta traer a cuento que al despuntar los tiempos procedimentalistas constituyó dogma de fe (siendo por ende, inmodificable) el principio actor *incumbit probatio* (al actor, le incumbe probar), luego algo morigerado por el esquema según el cual al demandante le corresponde la carga de probar los hechos constitutivos y al demandado acreditar los hechos modificativos, impeditivos y extintivos invocados en su propio beneficio. De todas maneras, dicho mecanismo tradicional estaba teñido por un "apriorismo" inaceptable que, fatalmente, distribuía las cargas probatorias de un cierto y determinado modo. Algo notable que merece ser señalado, es que dicho mecanismo no se ajusta al que debe funcionar dentro de juicios de naturaleza ejecutiva, por lo que se equivocaban, inicialmente, quienes lo presentaban como aplicable *urbi et orbi*. Y qué hablar de después, cuando la vida y hasta el propio sentido común permitieron "descubrir" coyunturas en las cuales el referido apriorismo en materia de esfuerzos probatorios, funcionaba mal.[2155]

Ahora bien, la tarea de desplazar la prueba no quiere cambiar la carga de una parte hacia la otra, sino responder a la consigna de colaborar entre ellas para evitar que el proceso carezca de los medios convictivos necesarios para alcanzar la verdad. Si ellos faltan, comenzarán cuestiones de apreciación donde aparecen estándares como el orden normal de las cosas, el conocimiento privado del juez, las máximas de experiencia, etc., que ponen a la carga de la prueba en un orden secundario frente a quienes pretenden consolidar la idea de la carga como penalidad ante la insuficiencia probatoria.

Una vez más es Peyrano quien recuerda que en Francia:

> … la jurisprudencia francesa ha evolucionado en el sentido de no requerir una prueba acabada de la culpa del profesional, sino que los jueces operan sobre los indicios que surgen de las pruebas arrimadas al proceso o presumen la negligencia. Es lo que se conoce como la *faute virtuelle*. Según esta doctrina el juez estima o presume la existencia de la culpa-negligencia cuando por la circunstancia en que el daño se ha producido, éste no se puede explicar según la común experiencia sino por la existencia de una falta médica. Esta teoría se ha aplicado en un caso donde el paciente cayó de una mesa de observación y en el de la lesión causada a un recién nacido en una cesárea cuando dicha lesión resulta totalmente anormal.[2156]

2155. Peyrano, Jorge Walter, "Doctrina de las cargas probatorias dinámicas", *LL* 1991-B-1034.

2156. Ibídem, p. 1036.

463. La carga de la prueba en el Código Procesal

El artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, regula dos aspectos del principio: el párrafo primero adscribe a la corriente del deber de probar los hechos afirmados; no indica qué debe hacerse con los demás, aun cuando siguiendo pautas ya conocidas puede ratificarse que no necesitan de prueba las negaciones, ni los hechos admitidos, reconocidos, confesados, es decir, que hubieran perdido el carácter de controvertidos.

El segundo párrafo parece tomado de Rosenberg que es el creador de la teoría que sostiene que *la carga de la prueba consiste en verificar los presupuestos de hecho de la norma,* pero tiene una confusa redacción. Al señalar que debe probarse dicho "presupuesto" pareciera querer indicar que debe verificarse el derecho, lo que naturalmente es improcedente a tenor del principio *iura novit curia*.

Además el "deber" no se convierte en "carga" por la sola mención del precepto, pues recordemos que el carácter subjetivo de la carga, obra aquí como previsor de resultados inconvenientes o no queridos. Si no hay prueba no habrá verificación del presupuesto de hecho que confirme el fundamento de una pretensión. Esta interpretación sugiere tener por cierta en la norma la necesidad de que se prueben tales presupuestos que son, a su vez, los que producen los efectos jurídicos que se invocan.

Ahora bien, la disposición comentada centra sus proyecciones en dirección del actor, tanto como para que verifique los hechos afirmados, como para que pruebe el presupuesto de hecho que la norma requiere para producir una determinada consecuencia jurídica. Ello no significa apartarse de la denominada "carga objetiva", utilizada en otros como regla o enunciado de proceder en la limitación o falta de prueba.

La relación que tiene el precepto con el artículo 386 del ordenamiento procesal, referido a la apreciación de la prueba conforme las reglas de la "sana crítica", puede completar el déficit, porque estas "reglas" a que alude la ley y que no se definen en ordenamiento de fondo alguno, constituyen simples directivas, indicaciones o consejos dirigidos al sentenciante.

Son normas de lógica que corresponden al criterio individual de los jueces y respecto de los cuales estos son soberanos en su interpretación y aplicación.

Surge necesaria e imprescindible esta vinculación, por cuanto la *carga subjetiva* de la prueba obra irremediablemente como pauta, como sanción o como imposición, pero siempre en derredor del análisis crítico del juez a la hora de sentenciar. Precisamente por esto, el *onus probandi* recién tiene dimensión tangible al tiempo de razonarse los fundamentos, los sucesos y demás obrados que hacen al fallo (*carga subjetiva*).

En tal sentido, dice Eisner que

> … cuando el juez advierte que un hecho controvertido, de importancia en la causa, ha quedado sin justificar, no resultando que haya ocurrido ni que haya dejado de ocurrir, recién entonces buscará guía y mandato en las normas sobre la distribución de la carga de la prueba y rechazará la pretensión de aquella parte que tenía interés en afirmarlo por valer de sustento a la misma y al derecho invocado, que lo exige para conceder sus efectos jurídicos.[2157]

464. La carga de la prueba y la responsabilidad profesional del que "no prueba"

Si la carga de la prueba se adopta como una cuestión de riesgo, la responsabilidad del que tiene el deber de verificar los hechos afirmados se puede trasuntar en consecuencias gravosas por el "no hecho". El Código Civil y Comercial contiene numerosas disposiciones que establecen el deber de reparar los actos que a consecuencia de culpa o negligencia ocasionen un daño a otro (*v. gr.* arts. 118, 160, 200, 275, 278, 490, 833, 850, 852, 1040, 1042, 1376, 1749, 1751, 1785, 1786, 1788), aunque la omisión perjudicial solamente hace responsable a la persona cuando una disposición de la ley le imponga la obligación de cumplir el hecho omitido (art. 1749, CCyC).

El sistema de la responsabilidad en materia de carga de la prueba no es individual en la medida que se nutre de los principios de la responsabilidad profesional, y de la relación estricta de al menos tres elementos comunes para determinarla.

El primero se refiere a la acción incorrecta, imperfecta o inoficiosa, o bien a la omisión directa que origina el daño, y la relación de causalidad entre ambos. El siguiente define la individualidad de la culpa por el

2157. Eisner, Isidoro, *Nuevos Planteos Procesales: ensayos y notas sobre el proceso civil*, Buenos Aires, La Ley, 1991, p. 178.

obrar negligente dentro del proceso o su adhesión a las reglas de responsabilidad profesional; y el tercero a la entidad misma de la responsabilidad emergente, en el sentido de resolver si es subjetiva u objetiva.

La culpa en el proceso se traduce también como negligencia, relacionando las dos al letrado con la asistencia profesional idónea. La apreciación de ella no es un reproche al comportamiento, sino la aplicación de las reglas del *onus probandi* al resultado probatorio; por eso, cualquier acción u omisión no sanciona al profesional poco diligente sino, tan solo, impide obtener una sentencia favorable.

En cambio, la decisión puede ser el documento que respalde una demanda por responsabilidad profesional (por pérdida de la chance) basados en la doctrina *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) que extrae la prueba de la culpabilidad de lo que se denomina la propia naturaleza de las cosas.

La falta de prueba, por sí misma, no es la que ocasiona el deber de reparar, sino la fuente probatoria de la que se desprende el obrar poco diligente que se traduce en el pronunciamiento jurisdiccional; de allí que cuando se demanda por responsabilidad profesional la teoría general de la reparación no cambia sus estándares exigiendo los presupuestos siguientes: a) antijuricidad, b) daño sufrido, c) relación de causalidad, y d) factor de atribución.

Antijurídica es la conducta desenvuelta; porque el contrato que celebran cliente y abogado para la defensa de los derechos del primero con motivo del ejercicio profesional, debe enmarcarse en lo que se denomina "contrato atípico", donde el profesional no asegura el éxito del proceso, sino el empleo de los recursos conducentes al mismo, constituyéndose en una obligación de medios y no de resultado. La responsabilidad del abogado debe hacerse efectiva cuando este infringe los deberes que le incumben concernientes al patrocinio o a la representación de su cliente. Por su parte la culpa del abogado se caracteriza por haber causado perjuicio a su cliente con su actuación, su dirección o sus consejos, en virtud de no haber sabido lo que un profesional de su categoría ha debido saber.[2158]

El daño se configura con la sentencia denegatoria basada en la omisión negligente de probar; antes que en la falta de prueba suficiente o bastante para lograr conmover el ánimo del juzgador.

2158. Ramírez, Jorge Orlando, *Indemnización de daños y perjuicios*, Buenos Aires, Hammurabi, 1984, T. V, pp. 101-103.

Por su parte, el factor de atribución es el fundamento del deber de reparar. Frente a un daño causado, este elemento es el hilo conductor hacia al responsable, de allí que sea imprescindible demostrar que la pérdida del proceso surge a consecuencia de la omisión de cumplir con la carga de la prueba.

Finalmente, la relación de causalidad es el nexo que vincula el proceder profesional con el resultado probatorio.

Ha dicho Trigo Represas que

> El abogado es quien diseña la estrategia jurídica del caso que presente o defiende, conoce las opiniones doctrinales y tendencias jurisprudenciales, etc. El cliente del citado profesional es –normalmente– desconocedor del campo científico y técnico del abogado. Por ello en general se acepta que, la prueba de la existencia de una relación causal adecuada entre la conducta del abogado y el daño queda a cargo del damnificado.[2159]

465. La carga de la prueba en la responsabilidad civil (Código Civil y Comercial de la Nación)

Los fundamentos que acompañaron el Código Civil y Comercial de la Nación, casi anticipando los conflictos que tendría con el derecho procesal al establecer reglas para la carga de la prueba, dice "no son procesales, sino directivas sustantivas dirigidas al juez a fin del dictado de la sentencia en ausencia de pruebas concretas sobre el tema a decidir".

Se está refiriendo en concreto a tres disposiciones sobre prueba que dicen:

> Artículo 1734. *Prueba de los factores de atribución y de las eximentes*. Excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega.
> Artículo 1735. *Facultades judiciales*. No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa.

2159. Trigo Represas, Félix, "Responsabilidad civil del abogado", *Revista de Derechos de Daños*, Buenos Aires/Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 88.

> Artículo 1736. *Prueba de la relación de causalidad*. La carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega, excepto que la ley la impute o la presuma. La carga de la prueba de la causa ajena, o de la imposibilidad de cumplimiento, recae sobre quien la invoca.

No resultó sorpresa esta "invasión" de los civilistas en el territorio de lo estrictamente procesal, que debemos recordar es un espacio tan custodiado que hasta la propia Constitución Nacional impide orbitar fuera del marco de competencias (artículo 75.12). Pero lo cierto es que las voces académicas venían marcando desde hace tiempo la impropiedad que tiene la doctrina del *onus probandi* ante los persistentes reclamos para tener un rol judicial más activo y comprometido. Entonces, se aprovechó la oportunidad y casi de soslayo se dice "no son reglas procesales" sino instrucciones ante casos de supuesta duda.

El problema es la cohabitación, pues no todos los jueces están obligados a orientarse ante estos supuestos eventuales de duda intrínseca. Es más, bastaría con pensar que el proceso es un juego de reglas procesales para dejar de lado cualquier instrucción anticipada.

465.1 La carga de la prueba del factor de atribución

La norma del artículo 1734 citado no altera el patrón que impone el artículo 377 del Código Procesal. Es más, coinciden en la máxima *el que alega debe probar*, en consecuencia, al transitar el camino de la responsabilidad civil el actor tendrá que confirmar sus afirmaciones de culpa, dolo o negligencia del demandado, así como la responsabilidad que denuncia en la producción del daño de una cosa o actividad riesgosa, etc.

Sin embargo, el hecho de que la carga de la prueba recaiga sobre el actor no implica que él deba aportar prueba directa del hecho, sino que puede también recurrir a la prueba indiciaria, a través de la cual el juez puede elaborar una presunción a partir de indicios serios, graves y concordantes (art. 163, inc. 5, CPCCN). Como lo señala el mismo artículo 1734 CCyC, pueden existir disposiciones legales contrarias a este principio. Con ello, la norma se refiere a los supuestos en que se presume la culpa del agente, como ocurre en la responsabilidad de los tutores o curadores (art. 1756 CCyC), o cuando el juez se encuentra

facultado para aplicar la teoría de las cargas probatorias dinámicas, con el alcance que surge de lo dispuesto en el artículo 1735 CCyC.[2160]

Esta disposición es también válida para los juicios de cumplimiento contractual donde primero se debe verificar el incumplimiento, que puede tratarse de obligaciones de resultado (art. 1723, CCyC), o de simple aporte de medios que contrae deberes de obrar con culpa o negligencia, o de inobservancia a la conducta que cabe esperar por la experticia de la contratación realizada.

Esta incorporación al código del factor de atribución (art. 1720 y ss.) es un hito determinante que impacta en la orientación que tiene el nuevo modelo de resolver cuestiones de derecho civil y comercial, acogiendo una diversidad de enfoques que impactan en disposiciones procesales. Cuando señala los factores de atribución subjetivos (dolo y culpa) y los factores de atribución objetivos (riesgo creado por las cosas y por las actividades, garantía, equidad, etc.), considera que todos circulan en derredor de la culpa, salvo norma expresa en contrario. De allí que la culpa queda como un factor de atribución residual.

Siendo la culpa un principio residual, cuadra observar el impacto que tiene en orden a los procesos de responsabilidad profesional (art. 1768, CCyC) porque:

La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se comprometa un resultado concreto. Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida en la sección 7ª de este Capítulo, excepto que causen un daño derivado de su vicio. La actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el artículo 1757.

Un abogado, un médico, por ejemplo, ponen de su parte el saber que ostentan y la responsabilidad del hacer surge de las obligaciones de prestar el servicio adecuadamente, sin comprometer un resultado. Estos deberes quedan pactados al tiempo de comenzar la relación jurídica, pero hay algo que cambia ahora, y deriva en que esa actuación se analiza en dos tiempos. Al iniciar la obligación –prestar la actividad

2160. Herrero, Marisa; Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, Infojus, 2ª ed., 2016, T. IV, p. 441.

profesional– y al debatir el resultado obtenido que, en el caso, es enjuiciar la tarea del profesional.

Por eso, en el primer caso el factor de atribución será subjetivo; y en el segundo momento, objetivo. La responsabilidad profesional, entonces, puede ser enjuiciada –según el tipo de compromiso asumido por el profesional deudor– tanto desde el prisma del factor subjetivo de atribución –como regla e incluso en subsidio– como desde los postulados del factor de atribución objetivo. En el primer caso, cuando el profesional se obligue a poner a disposición del locador todos los medios necesarios para llevar a cabo la labor convenida. En el segundo, cuando la obligación sea de obtener un resultado.[2161]

465.2 La carga probatoria dinámica en el Código Civil y Comercial

La primera pregunta que uno se puede hacer es esta: ¿La carga probatoria dinámica es una regla impuesta al juez? O en su caso ¿es una facultad procesal reglamentada en el código de fondo?

Si queremos que funcione con estándares sustanciales, será necesario encontrar el campo que ha de ocupar, porque del artículo 1735 que indicamos surge que solo puede actuar en la prueba de la culpa, o también podría alcanzar la demostración de haberse actuado con la diligencia debida. Así acotado el territorio no se podría extender a los factores objetivos y a la relación de causalidad.

Poner a la carga probatoria dinámica como un deber de la función jurisdiccional es no interpretar adecuadamente la norma que claramente dice que "el juez puede distribuir la carga de la prueba", y que ella solamente ocupará a la determinación de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, "ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla".

Va de suyo que esta variación de la regla anterior (el que alega prueba) supone decir que la carga dinámica no significa ni más ni menos que obligar a probar a la contraria, porque de otro modo el artículo 1734 sería suficiente.

2161. Moreno, Andrés, "Fronteras del factor subjetivo de atribución en la responsabilidad civil por daños ocasionados en el ejercicio liberal de la profesión", *Revista Pensamiento Civil*, N° 3549, 2018, p. 8.

De ser así es importante no confundir inversión de la carga de la prueba con carga probatoria dinámica, pues esta última solamente facilita la dificultad de producción sin escudar al demandante de todo cuanto, además, deberá probar.

Por ejemplo, en el caso de obligaciones de medios o de resultado, antes de la sanción del Código Civil y Comercial se analizaban las distintas alternativas conforme se tratara de una u otra, expresando que

> ... a) En las obligaciones de resultado el demandado tiene la carga de probar el caso fortuito o fuerza mayor, la culpa de la víctima o de un tercero extraño. Si falla esa prueba puntual es condenado a indemnizar b) En las obligaciones de medios incumbe al actor probar la culpa del demandado. Si falla en esa prueba su acción indemnizatoria no prospera.[2162]

Decir que una obligación es de resultado en realidad solo permite saber que el deudor tiene la carga de probar algo para liberarse de responsabilidad que en general es la diligencia debida (o falta de culpa), carga que, además, no es siempre exclusiva de aquel. Por otro lado, decir que una obligación es de medios en realidad solo permite saber que la prueba versa sobre el incumplimiento y la culpa, porque es frecuente que sea el deudor quien tiene la carga de probar que cumplió o que habiendo cumplido obró sin culpa. Nada es rígido ni absoluto, sino flexible y relativo. Solo entendiéndolo así la categorización teórica de obligaciones de resultado y obligaciones de medios conservará algún interés y cierto grado de relevancia en el derecho vivo de la actualidad. No se trata de una solución automática a las circunstancias que se van presentando.

Si se afirma que es una potestad judicial reglamentada en el código de fondo, debemos observar muchos inconvenientes de orden práctico ya señalados por atenta doctrina:

> Del articulado se desprende además que si el juez decide distribuir la carga de la prueba teniendo presente quien se encuentra en mejores condiciones de probar, debe anoticiar a las partes que aplicará este criterio en la valoración de la prueba. De esa manera, permitirá ofrecer a los litigantes las pruebas que estimaren corresponder, resguardando su derecho de defensa. El problema es que no se sabe de manera precisa cuándo debe producirse tal comunicación del magistrado. Se ha interpretado que podría

2162. Alterini, Atilio Aníbal, "Carga y contenido de la prueba del factor de atribución en la responsabilidad contractual", *LL* 1988-B-947.

darse en la audiencia preliminar del artículo 360 CPCCN. Sin embargo, muchas provincias argentinas no han incorporado la figura de la audiencia preliminar. Lo relevante sería que tal comunicación se produzca antes de la producción de prueba, pues si se produjera posteriormente, la comunicación perdería su sentido. Sin embargo, puede presentarse el problema que al momento de una audiencia preliminar y aún inclusive después de trabada la litis, el magistrado no se encuentre en condiciones de valorar cuál de las partes se encuentra en mejores condiciones de probar.

A mayor abundamiento, muy probablemente la providencia que ordene la comunicación a las partes, sea objeto de todo tipo de impugnaciones y objeciones que lleven a mayores dilaciones del proceso, cuestionamientos y recursos cuestionando qué parte se encuentra en mayores condiciones de probar. A más de ello, podría plantearse que sea Cámara de apelaciones y no primera instancia, quien considere que la prueba debería distribuirse en orden a quien se encuentra en mejores condiciones de probar. Situación no exenta de complicaciones si se tiene presente que a Cámara llega justamente casi la totalidad de la prueba producida. En definitiva, la notificación en cuestión parece haber sido incorporada a los fines de aplacar los ánimos de la posición doctrinaria garantista, que se muestra reacia a la "sorpresa procesal" que eventualmente puede generarse ante la inversión de la carga de la prueba al momento del dictado de sentencia. No obstante, el precepto así redactado parece haber traído más complicaciones que aciertos.

Aún más, alguna posición doctrinaria entiende que el precepto no resulta lo suficientemente claro y que no consagra stricto sensu una carga dinámica probatoria que hace pesar a la contraparte el peso de la incertidumbre, sino más bien una exigencia de cooperación.[2163] Por consecuencia, si la parte no cooperase, se extraerá de esa conducta un indicio contrario a su posición procesal.[2164]

El principio de colaboración no tiene por efecto anular o restarle valor a la regla de la carga de la prueba, sino simplemente impedir que alguno de los litigantes abuse de una situación de desventaja en la

2163. Giannini, Leandro, "Principio de Colaboración y carga dinámica de la prueba en el Código Civil y Comercial", p. 11. Disponible en *LL online* (referencia: AR/DOC/3487/2016).

2164. Atim Antoni, Gustavo, "La regulación de la carga dinámica probatoria en el art. 1375 del Código Civil y Comercial de la Nación ¿Un debate terminado?", ponencia presentada en el XXIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, 2017, Termas de Río Hondo (Santiago del Estero).

posibilidad de probar la veracidad de un hecho en que se encuentra incursa su contraparte, ocultando información de su dominio al juez.[2165]

> La ampliación del radio del principio de cooperación que se encuentra inmerso en el de solidaridad y también que se mezcla con el de buena fe, es donde surge la relevancia de la redistribución del *onus probandi*, situación esta que ha sido captada por la denominada doctrina de la cargas probatorias dinámicas. En los últimos tiempos se fue modificando el criterio formalista del proceso civil, dando flexibilidad a la carga de la prueba, en función no ya de elementos previos objetivos, sino de determinar sobre quién deben pesar los esfuerzos de probar en función de las posibilidades que tenga de producir.[2166]

466. La carga probatoria en los procesos de familia

La intervención del Código Civil y Comercial en materia probatoria se acentúa en el Capítulo I (Disposiciones Generales), del Título VIII (Procesos de Familia) del Libro Primero.

En el artículo 705 se establece como punto de partida el "Ambito de aplicación: Las disposiciones de este título son aplicables a los procesos de familia, sin perjuicio de lo que la ley disponga en casos específicos".

La remisión a casos específicos no se relaciona con soluciones para cada caso en concreto, sino con la aplicación de leyes que no estén derogadas por este precepto, como resultan la Ley N° 26061 (de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes), la Ley N° 24417 (de violencia familiar), o la Ley N° 26485 (de protección integral para la mujer).

Fuera de estos supuestos la apuesta es radicalmente opuesta al espíritu que tiene el Código Procesal Civil donde el conflicto de familia se encuentra alcanzado por los contenidos que se establecen, en particular, con los poderes y deberes de los jueces, y con los principios y presupuestos procesales.

2165. Caeiro, María Constanza, "Carga probatoria dinámica", en Gozaíni, Osvaldo Alfredo (dir.), *Cuestiones procesales del Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires/Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2018, p. 530.

2166. Falcón, Enrique Manuel, *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, op. cit.*, T. II, p. 690.

No obstante, es de toda lógica seguir el temperamento que estaba impreso en el anteproyecto de Código Civil que se vuelve realidad en el actual sistema, profundizado en sus intenciones y apoyado en jurisprudencia de nuestro superior tribunal de justicia desde hace muchos años.[2167]

Es de buena doctrina aislar al proceso familiar del proceso civil patrimonial o privado, porque en el primero el juez o tribunal no es un dechado de virtudes que pueda resolver según su leal saber y entender. Aunque posea la experticia suficiente, la decisión en conflictos familiares exige la intervención de un equipo multidisciplinario que excede la función de meros auxiliares que colaboran para llegar al objetivo de conseguir la tutela judicial efectiva.

No se trata de pensar en un juez persuadido o influenciado, sino de evitar que pierda la imparcialidad asumiendo que su función protectora signifique darle preferencia a la parte más débil de la relación jurídica.

Precisamente el artículo 706 establece los principios generales de los procesos de familia.

> El proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, inmediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente.
>
> a. Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos.
> b. Los jueces ante los cuales tramitan estas causas deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario.
> c. La decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas

Cada inciso tiene su impronta, y cada principio establecido se analizó con anterioridad en esta obra. Lo que trasciende es la distancia que se quiere tomar del juicio patrimonial, donde se muestra insistentemente la necesidad de trabajar sobre estándares internacionales (*v. gr.* Reglas de Brasilia, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convención de los Derechos del Niño, entre tantos más).

2167. "Si bien las provincias tienen la facultad constitucional de darse sus propias instituciones locales y, por ende, para legislar sobre procedimiento, ello es sin perjuicio de las disposiciones reglamentarias que dicte el Congreso cuando considere del caso prescribir formalidades especiales para el ejercicio de determinados derechos estableciéndolas en los códigos fundamentales que le incumbe dictar" (Fallos, 138:157).

Del conjunto que surge de los principios del artículo 706 nos interesa –en este capítulo– analizar el *principio de oficiosidad* que trae el artículo 709 con estos términos: "En los procesos de familia el impulso procesal está a cargo del juez, quien puede ordenar pruebas oficiosamente. El impulso oficioso no procede en asuntos de naturaleza exclusivamente económica en los que las partes sean personas capaces".

Sí fue conflictivo explicar en los parágrafos anteriores el impacto que tiene en la relación jurídica procesal el deber de probar. O, asimismo, cuánto importa considerar la ideología imperante para darle al proceso su naturaleza jurídica y encuadrar dentro de ella las facultades judiciales en materia probatoria; aquí la polémica se soluciona imponiendo el impulso procesal a cargo del juez (es decir que se elimina la caducidad de instancia, por ejemplo), y permitiendo que este pueda ordenar pruebas de oficio.

La doctrina atenta con este mensaje ha dicho:

> El impulso procesal oficioso en modo alguno significa que a las partes se las exima de ofrecer las pruebas de las que intentarán valerse para sustentar fácticamente los hechos en los que apoyan sus pretensiones. Si así llegase a interpretar, nótese que todo quedaría reducido a un mero planteo del caso, sin que las partes carguen con la responsabilidad que implica probar los extremos por los cuales sostienen sus pretensiones y el juez, eventualmente, tendría que hacerse cargo de ordenar la prueba que crea pertinente para comprobar los hechos que aquellos expusieron. Entiendo que esa no fue la intención del codificador. Es decir, impulsar el proceso de oficio hacia su normal conclusión es una cosa (*v. gr.* realizar notificaciones, emplazar a las partes, pasar etapas, etc.) y proveer pruebas de oficio es otra.[2168]

Como principio es una orientación al juez o tribunal, no una carga que imponga su aplicación desmedida. En momento alguno la norma ordena que se produzcan pruebas de oficio; solo dice que ellas "se podrán" ordenar.

Ahora bien, esta disposición no funciona sola sino en el contexto que ofrece el artículo 710 al decir con el título *Principios relativos a la prueba*: "Los procesos de familia se rigen por los principios de libertad,

2168. Bianchi, Arturo, "Los principios de oficiosidad y de colaboración o carga dinámica de la prueba en los procesos de familia", en Gozaíni, Osvaldo Alfredo (dir.) *Innovaciones del Código Civil y Comercial de la Nación y nuevos institutos procesales*, Buenos Aires, Ediar, 2018, p. 105.

amplitud y flexibilidad de la prueba. La carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar".

Libertad en materia probatoria significa ofrecer y producir prueba sin restricciones. No trabajaría aquí el principio del artículo 360 del CPCCN por el cual el tribunal fija los hechos litigiosos y sobre ellos ordena la prueba que las partes estarán obligadas a realizar. La voz "amplitud" fundamenta este principio pero queda mejor emplazado al leer los fundamentos que se exponen en la presentación del código:

> En aquellos supuestos controvertidos, se tomaron decisiones que no estuvieron orientadas por nuestras impresiones personales, sino por los valores representados en el bloque de constitucionalidad y las decisiones legislativas o jurisprudenciales ya adoptadas en nuestro país. Una de ellas, sin dudas, la constituye la cuestión probatoria, herramienta imprescindible para las partes y para el juez en la solución del conflicto jurídico. ¿Por qué? Pues porque la actividad esencial de las partes en los procesos, luego de realizar sus postulaciones mediante la descripción de los hechos, es llevar convicción al juez sobre la ocurrencia de ellos en determinadas condiciones de modo, tiempo y lugar.[2169]

Es decir, que las partes en un proceso de esa naturaleza, además de tener la libertad de probar cualquier hecho, también podrán ofrecer y producir tanta prueba que crean necesaria para probar el mismo hecho.[2170]

En cuanto al *principio de flexibilidad* es más complejo opinar. La dificultad radica en la confrontación con los principios del derecho probatorio que refieren a la pertinencia y admisibilidad de la prueba. Con ellos no se puede ofrecer cualquier medio de prueba ni pretender que las fuentes sean entendidas con tal liviandad que hasta el error grosero pueda suplirse con la tarea oficiosa del juez.

Cada prueba tiene su vía, por eso no se puede suplir con una prueba informativa aquella que se debe practicar mediante pericias; o no

2169. "Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión Redactora", en *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Infojus, 2012.

2170. Bianchi, Arturo, "Los principios de oficiosidad y de colaboración o carga dinámica de la prueba en los procesos de familia", en Gozaíni, Osvaldo Alfredo (dir.), *Innovaciones del Código Civil y Comercial de la Nación y nuevos institutos procesales, op. cit.*, p. 107.

se podrá ofrecer y producir pruebas que sean contrarias a la moral y buenas costumbres pese a la flexibilidad que se dispone.

La norma se articula, y así se comprende mejor, con el artículo 711 que establece:

> *Testigos.* 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 medios fundados.

Más allá de la redacción acordada, es conveniente advertir que es una cláusula de entera discrecionalidad judicial que cobra sentido cuando se encuentra que todo lo referido a prueba en los procesos de familia, en definitiva, asienta la carga probatoria en quien esté en mejores condiciones de probar.

> El apartamiento de la regla general de admisión de los testigos parientes o allegados sienta una limitación que, como tal, se interpreta restrictivamente. Es la referida a la declaración de una persona menor de edad o pariente mayor que exprese motivos fundados. El deber que se impone al testigo es el de conducirse con la verdad, y en el especial supuesto de los descendientes (hijos) o incluso de los ascendientes (padres) de las partes, podría llegar a colocarlos en la compleja situación de tener que declarar contra sus progenitores o sus hijos. En el caso de las personas menores de edad, esa situación podría profundizar un conflicto de lealtades, o impactar negativamente en el mismo trance que motiva la intervención judicial. Se busca proteger a la persona menor de edad para evitarle ese tipo de disyuntivas emocionales, teniendo en cuenta también que –según el desacuerdo de que se trate– a ella le asiste siempre el derecho a ser oída sin necesidad de tener que declarar como testigo. Por otra parte, desaparecida la posibilidad de divorcio contradictorio, el panorama de aplicación de esta norma se verá reducido a cuestiones donde los niños, niñas y adolescentes tengan intereses directos, y su citación para ejercer el derecho a ser oído supone un resguardo más amplio de sus derechos al que los jueces apelarán en defecto de la declaración testimonial. Con eso se evita, por ejemplo, que el niño pueda sentir que de su palabra dependerá la relación futura con sus padres, o la consideración de ellos como tales.[2171]

2171. Herrero, Marisa; Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, op. cit.*, T. II, p. 560.

Capítulo LX
La actividad probatoria

467. Prueba extrajudicial y judicial

Se afirmó que el destino de la prueba es el juez; pero con otra perspectiva, instalada antes del proceso, podríamos afirmar que se puede utilizar la prueba como elemento de convencimiento hacia otro con quien se tiene un conflicto.

Como las formas alternativas previstas para resolver conflictos entre los hombres tienen en común la idea de separar al método judicial de los posibles acuerdos que las partes eventualmente encuentren en cada modalidad dispuesta, la ubicación de una etapa típicamente procesal en ellas es el punto neurálgico a responder. Una vez más se observa cómo el régimen adversarial característico del proceso disuade la confianza del justiciable, que en los hechos ve a las formas y solemnidades del juicio como un sistema huidizo propio solamente de profesionales altamente capacitados para entender sus vericuetos. Y la prueba ocupa, justamente, uno de esos institutos raros y desconocidos para el común de la sociedad.

Probar antes del proceso tiene una doble finalidad: actuar preventivamente, preconstituyendo material de aplicación en un eventual litigio, o bien, utilizar la prueba como mecanismo suasorio de las partes, que debe ventilarse en una etapa anterior al proceso, y en el marco de una negociación profesional que profundice los acercamientos más que las diferencias de intereses.

En cambio, cuando la prueba se desenvuelve a instancias de las partes enfrentadas en un conflicto judicial, la prueba tiene este último carácter.

467.1 La prueba extrajudicial

La finalidad de aplicar la prueba como método de convencimiento al contrario (en esta etapa, eventual y contingente) requiere encontrar formas o modelos donde abrevar y partir hacia decisiones que son,

definitivamente, de política judicial. Una de ellas es la práctica del *Discovery* en Estados Unidos, que bajo el modelo del *mini trial*[2172] desarrolla un procedimiento simple donde los contradictores muestran las pruebas que tienen e intercambian datos informativos con el objetivo de analizar la conveniencia de un arreglo extrajudicial.

Es una confrontación de fortalezas antes que un debate previo entre convicciones. Todo se cumple en el marco de un pacto de caballeros de estricta confidencialidad con resultados muy graves cuando existe un aprovechamiento de uno de los contradictores que viola el pacto de secreto.

El *Discovery* está establecido en las reglas 26 a 37 de las *Federal Rules of Civil Procedure*, que tiene diversidad de actuaciones alternativas. De las más importantes son el entrecruzamiento de documentos o aportes instrumentales como copias de correos electrónicos, fax recepcionados, etc.

Si bien la etapa tiene naturaleza conciliatoria, en el *common law* este efecto es secundario porque lo esencial es descubrir fortalezas y debilidades que no se pueden esconder. Cuando ello se intenta se deduce una *motion to compel*, en la que se solicita al juez que requiera a la parte contraria el aporte de información. El incumplimiento de este mandato judicial puede dar lugar a importantes sanciones y a la aplicación de la *adverse inference*, en la que el juez considerará que la información solicitada y no suministrada perjudicaba a la parte requerida.

Las grandes organizaciones, que disponen de ingentes cantidades de documentación, suelen incorporar en sus procesos y sistemas aquellos mecanismos que permiten dar cumplimiento a estos mandatos, para así evitar estas consecuencias adversas. De forma contrapuesta, una parte puede solicitar una *protective order* para evitar difundir determinada información.

Otra variable son las llamadas *depositions* que son una suerte de declaraciones extrajudiciales donde intervienen testigos y partes, todos bajo la condición de declarantes bajo juramento de verdades. Todos pueden interrogar y el único límite reglamentario se relaciona con la extensión del tiempo y la cantidad de preguntas que se pueden hacer.

2172. Cfr. parágrafo 300.

Como en cualquier interrogatorio el declarante se puede negar a responder por propia voluntad o aconsejado por el abogado que lo acompañe.

Si bien este modelo de prueba extraprocesal tiene sello propio, una modalidad de ella se llevó a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española. En el artículo 293 se establece como anticipación de la "prueba" aquellos casos de producción anterior al proceso cuando existe temor fundado de desaparición de la fuente probatoria (edad avanzada de un testigo), o que se pierda o destruya el objeto de prueba.

De todos modos son producciones anticipadas de carácter jurisdiccional que encuentran limitado el libre desarrollo dado que se deben adecuar a los presupuestos procesales de jurisdicción y competencia.

Diferentes de la prueba anticipada son las medidas de aseguramiento de la prueba. Dichas medidas tienen la finalidad de que en el momento procesal ordinario sea posible practicar una prueba pertinente y útil. Sin embargo, la prueba anticipada supone, como hemos visto, adelantar la práctica de la prueba. Las medidas de aseguramiento de la prueba son innominadas, es decir, *numerus apertus*.

Por tanto, las medidas de aseguramiento de la prueba son todas las que resulten útiles para evitar que, como consecuencia de conductas o acontecimientos naturales, se destruyan o alteren objetos materiales o estados de cosas, de tal forma, que en su momento no tenga sentido proponer o resulte imposible practicar una prueba. Legalmente se establece que las medidas pueden consistir en disposiciones para la conservación de cosas o situaciones o para hacer constar fehacientemente su realidad y características. Para ello se podrán dirigir también mandatos de hacer o no hacer, bajo apercibimiento de proceder, en caso de infringirlos, por desobediencia judicial (art. 297 LEC).

Es cierto, como afirma Rojas, que

> … dentro del Código Procesal también existen otros mecanismos, concebidos como diligencias previas, para coadyuvar con la labor del abogado, a través del auxilio de la jurisdicción, conforme las previsiones del artículo 323 del Código Procesal. Del mismo modo, cuando se apunta a resguardar un determinado medio de prueba, que resulta útil para el proceso y requiere de una urgencia que resulta evidente para su incorporación a la causa, el propio Código Procesal en los arts. 326 y ss., contemplan diversos mecanismos que propenden a la actuación de la ley con carácter

asegurativo dentro del proceso, los cuales desde luego no configuran medidas precautorias de las que típicamente examina el Código.[2173]

Pero también lo es que se ha desperdiciado el uso efectivo de estas herramientas por la preferencia manifiesta de ir al conflicto sin demoras y con las convicciones de obrar ajustados a un derecho que deja la confirmación en manos del juez.

Por tanto, anida en la llamada prueba extraprocesal la idea de usar la producción como remedio alternativo para la pacificación de conflictos, antes que aplicar como arma posible de cualquiera de los adversarios manifiestos de un juicio jurisdiccional.

467.2 Prueba judicial

Así se llama a la prueba que se ofrece, ordena y produce a consecuencia de un proceso judicial. La construcción práctica observa tres etapas bien definidas que comienza con los escritos constitutivos (demanda, contestación y eventual reconvención con su dúplica), continúa con una etapa deliberativa donde las partes se esfuerzan en actividades tendientes a demostrar y verificar la verdad de sus afirmaciones, y culmina cuando se cierra esta última fase, dando lugar al espacio exclusivo que el juez ocupa para dictar la sentencia del caso.

A veces, existe alguna modificación en los pasos descriptos, pero se mantiene siempre esa obligación (carga) de probar, que supone trasladar al presente los hechos afirmados como pasados para que puedan ellos convertir sus situaciones en una circunstancia actual, pasible de análisis directo.

Este pasaje de la historia al momento que atraviesa el litigio reconoce una serie de cargas y obligaciones que someten a estudio cada una de las fases que transcurren para su expresión.

En efecto, el procedimiento probatorio cubre tres instantes sucesivos y correspondientes: el ofrecimiento, la ordenación o proveimiento y la producción. Además, puede contarse como de este período procesal, la alegación sobre el mérito de lo rendido a modo de anticipo de valoración por la parte, de lo que el juez podría tener por cierto en la sentencia.

2173. Rojas, Jorge, "Técnicas de gestión judicial y eficacia del proceso, Guía temática y bibliográfica", ponencia presentada en el XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, celebrado los días 11, 12 y 13 de noviembre de 2009 en Buenos Aires.

La primera fase de *ofrecimiento de la prueba* tiene diferencias reglamentarias en los códigos adjetivos de la Nación, según se deba o no acompañar conjuntamente con la demanda, la contestación o la reconvención. De todos modos, interesa destacar que es prueba judicial la que se provoca a consecuencia de la litis y no aquella que se preconstituye para un juicio eventual (que se torna judicial por el principio de adquisición) ni la que se genera en una etapa de entrecruzamiento informativo o de investigación preliminar en el modelo observado en el parágrafo anterior.

La prueba anticipada, por su parte, es judicial, porque se origina a causa del conflicto que se debe promover, con la característica de que la anticipación probatoria tiene fines preventivos o conservatorios de la fuente.

Cada medio de prueba tiene una función específica, y no se puede aplicar un mecanismo en sustitución de otro sin que alguno de ellos pierda efectividad. Por ejemplo, si en la etapa de adquisición de la prueba el tribunal admite como válido el reemplazo de la pericia contable por planillas conformadas por las partes, no puede legítimamente en el decisorio sostener que aquella no puede ser sustituida por esta, ni es fundamento idóneo para desmerecer su eficacia probatoria.[2174]

La siguiente etapa, o *recepción de la prueba*, no es un acto mecánico ni obligatorio con el estado del proceso. El juez puede disponer de oficio la apertura a prueba, o esperar el impulso de parte para proveer lo pertinente. Por ello, todo pedido de apertura a prueba demuestra el interés en mantener viva la instancia, pero admite que la contraria se oponga cuando existan causas procesales que pudiera llevar a nulidades.

El artículo 361 del Código Procesal le permite a las partes oponerse a la apertura a prueba, debiendo el juez resolver tras oír a la contraria. Esta es una facultad reglada que se muestra inoportuna, porque existe una distancia muy grande –confirmada por la experiencia– entre la fecha del auto que abre a prueba, y la celebración de la audiencia preliminar. Sin embargo, esta conclusión puede resultar equivocada si el sentido que se acuerda a este último artículo sea el que la apertura a prueba comienza con la celebración de la audiencia del artículo 360, lo que entendemos incorrecto.

2174. SC Buenos Aires,"Peralta, Juan D. c. Transportes 9 de Julio, S.R.L.", 15/08/1989, *DJBA* 137-6895.

Nosotros pensamos que si el artículo 359 indica que cuando el juez advierte que "existen hechos conducentes acerca de los cuales no hubiese conformidad entre las partes, aunque estas no lo pidan recibirá la causa a prueba", está diciendo que es una potestad que nace en ese momento, aunque el proveimiento de la prueba se haga en la forma y oportunidad del artículo 360.

El auto de apertura coincide con la fecha del proveído, pero el comienzo de la etapa sucede a partir de la fecha de celebración de la audiencia (art. 367, Código Procesal). Esta siempre ha sido la tradición del litigio: se abre a prueba, se notifica a las partes, y si estas no se oponen, se proveen los medios y diligencias ofrecidas por cada una.

En consecuencia, en los hechos puede suceder que se disponga la apertura a prueba en una fecha determinada, dando comienzo a un plazo que no se rige por la regla común del artículo 150 (que permite manifestarse dentro del quinto día respecto de las providencias que no tienen establecido un término específico), sino por un período demasiado extenso que tiene su término en la audiencia preliminar, lo que parece *prima facie* un tiempo excesivo y prolongado más allá de lo normal y corriente, conspirando así con los principios de economía y concentración implícitos en la celeridad procesal.

Eventualmente, las partes podrán interponer recurso de reposición (art. 238) sin apelación en subsidio (art. 379), para evitar que se dilate el tiempo del proceso.

También todas las partes pueden manifestar que no tienen ninguna prueba a producir, o que esta consiste únicamente en las constancias del expediente o en la documental ya agregada y no cuestionada, en cuyo caso se requiere prescindir de la etapa, dejando la causa conclusa para definitiva, debiendo el juez llamar a autos para sentencia (art. 362, Cód. Proc.).

Como se trata de manifestaciones de voluntad de las partes, la resolución es inapelable y no necesita sustanciarse para dejar el expediente listo para pasar a la etapa decisoria. Ahora bien, si el juez ordena la producción de la prueba, la decisión es inapelable. Por el mismo acto puede disponer los medios que se aplicarán, descartando aquellos que se estimen inconducentes, inoficiosos, impertinentes o superfluos. La fase en curso responde a la consigna de que toda la prueba se obtiene por

decisión judicial, no siendo posible provocar o gestionar otra que no sea previamente ordenada por el tribunal, por eso se llama, prueba judicial.

Cuando las reglas son distintas el juez puede: a) rechazar *in limine* toda petición de prueba por no ajustarse al principio de legalidad; b) resolver sobre la admisibilidad del medio ofertado sin dar recurso alguno contra su denegación (hipotéticamente cabría el recurso de reposición porque la regla es la inapelabilidad no la irrecurribilidad); c) disponer como inapropiada la vía elegida para hacer llegar al proceso un medio determinado.

La última parte es la *producción de la prueba*, que requiere cumplir con el modo como se desarrollan las actuaciones en el proceso, lo que se verá por separado.

Cabe agregar que, con el objeto de evitar planteos innecesarios que se pueden resolver en la audiencia del artículo 360, y pese a que la norma tiene antecedentes en la Ley N° 22434, el artículo 379 recién citado dice:

> Serán inapelables las resoluciones del juez sobre producción, denegación y sustanciación de las pruebas; si se hubiere negado alguna medida, la parte interesada podrá solicitar a la cámara que la diligencie cuando el expediente le fuere remitido para que conozca del recurso contra la sentencia definitiva.

La disposición pretende dar cabida al principio de celeridad afirmando el criterio de amplitud probatoria para las partes. Si bien es cierto que se refiere a la "inapelabilidad", de modo tal que la prohibición es para el recurso de apelación; también es verdad que la propensión jurisprudencial tiende a evitar que esta regla se convierta en un desatino que violente el ejercicio adecuado del derecho de defensa, de manera que los planteos de revocatoria o aclaración –siempre que no signifiquen un destino obstruccionista– se pueden interponer.

Se ha dicho que, para evitar las múltiples dilaciones que produce la interposición y trámite de recursos durante el período de prueba, el Código Procesal contiene los artículos 379 y 385, con arreglo a los cuales son inapelables las resoluciones del juez de primera instancia sobre producción, denegación y sustanciación de las pruebas. La inapelabilidad no puede, como principio, marginarse so pretexto de una nulidad

cuando se valoran aspectos relativos a los trámites probatorios.[2175] Por eso, este principio de inapelabilidad reconoce excepciones, que se fundan en el gravamen irreparable derivado del alcance del pronunciamiento recurrido en cada caso.

La *producción*, *denegación* y *sustanciación* de la prueba son las únicas providencias inapelables; no así las que se vinculan con ofrecimiento de pruebas y la resolución que las admite o deniega. Por eso, procede la apelación de resoluciones que deciden si el ofrecimiento de prueba se hizo dentro del plazo legal o si se ajustó a las disposiciones formales vigentes, pues dichos supuestos exceden el marco del artículo 379, cuya finalidad es evitar las múltiples dilaciones que produce la interposición y trámite de los recursos de apelación durante el período de prueba.[2176]

Con el mismo alcance se pretende evitar que no se realice una prueba oportunamente pedida, cuando la misma se encuentra postergada por razones ajenas a la voluntad de la parte, sin que la misma esté incursa en acciones negligentes con el oportuno cumplimiento. Se observa, entonces, la diferencia entre actividad probatoria y ofrecimiento de los medios tendientes a verificar los hechos; mientras las resoluciones vinculadas con la primera son inapelables, las otras admiten replanteos.

2175. CNCom., Sala C, "Sociedad Industrial de Aparatos de Precisión c. Magnetti Marelli Argentina S.A.", 20/06/1997, *LL* 1997-E-1035 (39.877-S).

2176. Sostiene Falcón que la inapelabilidad se debe entender razonablemente. La idea de estas medidas viene precedida de un largo camino jurisprudencial que explica que el proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales, pues de lo que se trata es de establecer la verdad jurídica objetiva, para lo cual los jueces tienen la facultad de disponer de las medidas necesarias para esclarecer los hechos debatidos, ya que la renuncia a la verdad es incompatible con el adecuado servicio de justicia del que los jueces no pueden ser indiferentes. De modo que el juez debe determinar, por lo tanto, la verdad sustancial por encima de los excesos rituales, pues el logro de la justicia requiere que sea entendida como lo que es, o sea, una virtud al servicio de esa verdad. La función jurisdiccional no se agota, así, en la letra de la ley con olvido de la efectiva y eficaz realización del derecho, y para ello, antes que un criterio formalista debe atenderse a la vigencia de los principios que ampara la Constitución Nacional y que surgen de la necesidad de proveer al bien común, como conjunto de las condiciones de la vida social que hacen posible tanto a la comunidad como a los miembros el logro más pleno y más fácil de su propia perfección (Fallos: 266:691), etcétera. (Falcón, Enrique Manuel, "Inapelabilidad de las medidas ordenatorias e instructorias", *LL* 1995-E-271).

468. Prueba preconstituida

Prueba preconstituida es la que existe con anterioridad al litigio. Bentham las reconoció como *pruebas literales* y llamó así

> … a aquella en que la ley ha ordenado su creación y conservación con anterioridad a la existencia de un derecho o de una obligación, hasta el punto de que la exhibición de esa prueba será necesaria para el mantenimiento de ese derecho o de esa obligación […]. La utilidad de estas pruebas se manifiesta en servicios *directos* y en servicios *colaterales*. El servicio directo es el que se aplica a partes conocidas y determinadas que tienen un interés inmediato en el litigio, y consiste ese servicio en establecer de manera incontestable el derecho que ha sido atacado. Mas la mayor utilidad de las pruebas preconstituidas no está en poner fin al proceso sino en prevenirlo. Representan, valga la frase, una fuerza antilitigios […]. El servicio colateral prestado por las pruebas preconstituidas se refiere a personas desconocidas e indesignables, a quienes la sucesión indefinida de los acontecimientos pone en situación de recoger diversas ventajas, de que habrían estado privadas si no se hubiese encontrado ese medio de dar a las pruebas dicho carácter de permanencia y de certitud.[2177]

Los documentos de una relación jurídica valen como prueba preconstituida cuando se aplican en el proceso, aunque no estuvieran previstos para ello, sino justamente para lo contrario, es decir, para dotar de seguridad y previsión al acto, propiciando en el acuerdo formalizado el cumplimiento de las estipulaciones.

Si en la conformación del instrumento participan personas, el testimonio de ellas no se puede confundir como prueba preconstituida, porque siendo su presencia anterior al litigio, en realidad la declaración se presta en el proceso. No obstante, Eisner sostiene que puede existir un "testigo preconstituido", cuando es frecuente la intervención de alguien en actos destinados a dar testimonio de su celebración y alcance, de modo que su participación no es casual sino por expresa y previa disposición de su voluntad o de quien lo requirió en tal sentido.[2178]

2177. Bentham, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, *op. cit.*, T. I, pp. 235-236.

2178. Se dice que "habitualmente, el testigo conoce del hecho de manera espontánea y no predispuesta ya que, sin proponérselo, es impresionado en sus sentidos por lo que llega a percibir en razón de circunstancias aleatorias vinculadas con su ocasional proximidad con los acontecimientos, ello no siempre es así. Efectivamente, suelen

También se suele dividir la prueba preconstituida estableciendo diferencias en la forma de adquisición. Es "casual" cuando ella no tiene como destino quedar aplicada a un proceso; y es preconstituida cuando tienen esa finalidad. Por ejemplo, Caravantes refiere a pruebas *preconstituidas* o destinadas al juicio, y pruebas *circunstanciales* cuando surgen después de producido el hecho y hasta el momento en que se practican, se ignora sus resultados y eficacia.[2179]

Cuando solo se advierte el momento de formación del hecho o instrumento que ha de valer como prueba, *preconstituida* sería aquella que se estructura en presencia del hecho o acto que se desea representar y siempre antes del proceso; y *simple* o *constituyente* aquella prueba que se forma en ausencia de aquel y siempre dentro del proceso. En tal sentido agrega Eisner que

> ... el otro enfoque únicamente atiende a la intención y propósito que puede o no concurrir en cada caso. Si la prueba se prepara teniendo en vista al proceso futuro en que podrá ser utilizada y justamente para ello, entonces es *preconstituida*; si el medio de prueba se origina en circunstancias accidentales que luego se aprovechan en el proceso por su aptitud probatoria sin que hubiera intención previa de acordarles tal destino, entonces se dice que la prueba es *casual*.[2180]

Indica Galdós que, desde el punto de vista probatorio el expediente judicial penal importa, para el fuero civil, prueba trasladada y preconstituida, porque se practica o admite en otro proceso; y por vía de principio, es prueba documental. Es preconstituida por ser anterior al juicio civil al que se lo introduce –pese a que no fue concebido con esa

---

darse supuestos en que una persona es requerida expresamente por parte interesada para que asista a un lugar y presencie lo que está por ocurrir. Así en el caso de los pesquisas particulares que hacen seguimientos a pedido de un esposo que se supone burlado, que espera comprobar las andanzas adulterinas de su cónyuge, o de un empleador que se propone verificar el comportamiento infiel de su dependiente; o de un trabajador a quien se le niega el acceso al lugar de su empleo y pide la presencia de algún compañero que luego pueda testimoniar lo que ha sucedido; o de un locatario que necesita acreditar que su locador no le recibe el pago del arriendo para acreditarlo luego en un proceso judicial por consignación" (Eisner, Isidoro, "El testigo preconstituido", *LL* 103-887; también en *Planteos Procesales*, Buenos Aires, La Ley, 1984, p. 426).

2179. De Vicente y Caravantes, José, *Tratado histórico crítico y filosófico de la Ley de Enjuiciamiento Civil, op. cit.*, p. 131.

2180. Eisner, Isidoro, *Planteos procesales: ensayos y notas sobre el proceso civil, op. cit.*, p. 423.

finalidad probatoria–, y conforma un medio autónomo regido por las disposiciones del artículo 376 del Código Procesal.[2181]

La perspectiva de formar prueba para aplicarse al proceso que todavía no se inicia es diferente al supuesto de anticipar la producción como se verá enseguida. Quizá la mayor distancia suceda con la característica de la intervención judicial en la formación del medio.

469. Prueba anticipada

El anticipo preventivo de prueba importa la admisión excepcional de medidas, en una etapa no propia, con fundamento en la eventualidad de su desaparición.

En el Código Procesal se regula por el artículo 326 que dice:

> Los que sean o vayan a ser parte en un proceso de conocimiento y tuvieren motivos justificados para temer que la producción de sus pruebas pudiera resultar imposible o muy dificultosa en el período de prueba, podrán solicitar que se produzcan anticipadamente las siguientes:
> 1. Declaración de algún testigo de muy avanzada edad, o que esté gravemente enfermo o próximo a ausentarse del país.
> 2. Reconocimiento judicial o dictamen pericial para hacer constar la existencia de documentos, o el estado, calidad o condición de cosas o de lugares.
> 3. Pedido de informes.
> 4. La exhibición, resguardo o secuestro de documentos concernientes al objeto de la pretensión, conforme lo dispuesto por el artículo 325.
>
> La absolución de posiciones podrá pedirse únicamente en proceso ya iniciado.

Se discute la naturaleza jurídica de estas resoluciones, porque algunos las consideran formando parte del elenco de "medidas cautelares" a diferencia de quienes las atienden en el conjunto de diligencias preliminares.[2182] En este aspecto se muestra la diferencia en la

2181. Galdós, Jorge Mario, "El valor probatorio del expediente penal en sede civil" (Primera parte), *LL* 1992-D-1037; *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales*, Buenos Aires, La Ley, 2009, T. III, p. 579.

2182. Por ello Juan Manuel Hitters propone que la prueba anticipada constituya un subtítulo dentro del propio procedimiento probatorio. Sin embargo poseen ciertas características en común, a saber: a) Ambos institutos pueden ser previos a la interposición

adquisición y perdurabilidad, porque una prueba anticipada se suma y agrega al proceso, mientras que las medidas cautelares son provisionales y mutables; además las pruebas anticipadas se deben producir con el control de la otra parte o el defensor oficial, a diferencia de las medidas cautelares que se ordenan sin audiencia de aquella.[2183]

Pero cuando se advierte la finalidad conservatoria es evidente el símil con las precautorias, en cuyo caso, el aseguramiento es de las pruebas.[2184]

Palacio afirma que son instrumentos o medios para asegurar una prueba.[2185] También se sostiene que las pruebas anticipadas tienen vinculación en forma mediata con las medidas cautelares, es decir con resguardar el objeto del litigio, pues su fin inmediato está relacionado con el derecho formal.[2186]

En cuanto interesa a este capítulo, la producción de prueba anticipada obedece al principio de necesidad probatorio (de naturaleza estrictamente procesal) y al de eficacia jurisdiccional (de naturaleza

---

demanda y no introducen la instancia principal. No constituyen una pre-demanda, pudiéndose calificar como un procedimiento y no un proceso. b) Son accesorios, y la competencia se corresponde con la del órgano jurisdiccional que debe entender en el proceso principal. c) No son taxativos. d) De ellos no se obtiene una resolución judicial de una controversia. e) Cualquiera de las partes tiene legitimación para incoarlos.
La prueba anticipada importa un adelantamiento excepcional y preventivo de las demostraciones, en una etapa que no es propia, con fundamento en su eventual desaparición o en su dificultosa producción posterior. En cambio, las medidas preparatorias son aquellas que tramitan (siempre) con anterioridad a un proceso, procurando a quien ha de ser parte en un juicio de conocimiento, colectar hechos o informaciones que no se pudieron obtener por otros medios, buscando la posibilidad de plantear la demanda con la certidumbre correspondiente. También se ha tratado de diferenciar a las pruebas anticipadas de las medidas cautelares. El punto neurálgico del antagonismo entre ambas figuras lo constituye el carácter provisional de estas últimas, mientras que aquellas quedan incorporadas en forma permanente al proceso. También se ha dicho que las primeras tienden a allanar el camino hacia la demanda, y las medidas cautelares apuntan a la ejecución de sentencia (Hitters, Juan Manuel, "Análisis de la prueba anticipada en un marco global", *LL* 2003-C-89).

2183. Arazi, Roland, "Diligencias preliminares. Requisitos de procedencia", *LL* 1994-D-450.

2184. Carli, Carlo, *La demanda civil, op. cit.*, p. 63.

2185. Palacio Lino Enrique, "Medidas preparatorias del proceso e instrucción preventiva", *LL* 92-78.

2186. Falcón, Enrique Manuel, *Código Procesal Civil y Comercial*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, T. II, p. 233.

constitucional), de forma tal que, aunque sea severa y restricta la aplicación de la posibilidad, no se debe perder de vista el objeto que se quiere conseguir con el resguardo oportuno de la producción.

En los hechos el debate se posiciona con la urgencia intrínseca que tiene el dilema entre perder la prueba y conservarla pese a que con ese objetivo no se respeten los tiempos del proceso, ni alguno de los esquemas del debate.

La posibilidad de que la prueba se disipe admite motivos justificados (*v. gr.* la edad del testigo) y otros que se valoran con el margen de la razonabilidad (*v. gr.* el pedido de informes), pero todos ellos advierten una intención secundaria del anticipo, cual es también, evitar que el demandado tenga una ventaja inmerecida (*v. gr.* porque al estar con la disponibilidad de la fuente puede ocultarla), o que el actor frustre desde el comienzo su expectativa a lograr una sentencia favorable si el medio se pierde u obstruye definitivamente.

Peyrano y Eguren plantean una interesante delimitación entre lo que es "urgencia intrínseca" y cuanto se refiere a la "urgencia funcional", sosteniendo que

> … hace décadas indicaban Cappelletti y Garth que la justicia que no es impartida en un "tiempo razonable" es para mucha gente, justicia inaccesible. Avisadas de ello, y orientadas a lograr un eficaz acceso a la justicia, las diversas normativas han previsto medidas cautelares como las inhibiciones generales de bienes, secuestros, prohibiciones de contratar, medidas de no innovar e innovativas, intervenciones judiciales en sociedades, embargos preventivos y secuestros, depósitos de personas, exclusiones de personas, etc. y han ido plasmando soluciones tales como las medidas de prueba anticipada (arts. 325 y 326 del Código Procesal Civil y Comercial Nacional Argentino) que permiten la obtención de documentación (*v. gr.* Historias clínicas) o declaraciones de partes o testigos cuya demora podría tornar imposible la producción de dichas probanzas. Sin embargo, se observa que toda la teoría cautelar clásica –tendiente a evitar la demora que el desarrollo del proceso supone torne ilusorios los derechos– brinda soluciones a la denominada "urgencia funcional". En otras palabras: se preocupan por dar respuestas a situaciones que resultan premiosas en miras a otra coyuntura (el proceso principal), y cuya dañosidad es meramente virtual o conjetural, en el sentido de que puede o no llegar a registrarse (*v. gr.* la insolvencia del demandado, el desbaratamiento del patrimonio de este). Cuando concurre una "urgencia

> funcional" advertimos que intermedia una relación "indirecta o mediata" entre la petición cautelar y el daño a evitar. No se enfoca a la urgencia per se, sino que se la evalúa con relación a los fines del proceso principal. Esta es la razón por la cual no cabe extrañar que el proceso precautorio sea necesariamente considerado como instrumental y como tal teñido del "pecado original" de no poder existir si –paralela–, previamente o poco tiempo después no hace su aparición el proceso principal al cual sirve y del cual depende. De tal guisa, la "urgencia funcional" se identifica con la presencia de un peligro (*periculum in mora*) derivado de la necesaria demora correspondiente a la tramitación del proceso principal hasta que llegue al grado de cosa juzgada, puesto que en el ínterin en que ello ocurra podrían, *v. gr.* esfumarse los bienes sobre los cuales puede recaer la eventual futura ejecución.[2187]

Llevado a la prueba estas reflexiones, sucede la misma situación de urgencia pura o intrínseca a la que los autores refieren, o vale decir que se da una muy fuerte probabilidad de que se genere un grave perjuicio a un justiciable ante los estrados judiciales si no hace ya mismo lo conducente a conjurarlo. De allí que la anticipación de la prueba puede aplicarse también para resolver el caso aun incierto y con posibilidad de concreción. Si a esta etapa se la utiliza criteriosamente, con los estándares de la prueba extrajudicial antes desarrollada, podremos encontrar una respuesta satisfactoria casi como un modelo de satisfacción plena e inmediata, o al menos, proclive a invitar a las partes a meditar sobre las convicciones alcanzadas para sugerir respuestas conciliadas sin necesidad de acudir a la vía jurisdiccional.

470. Producción de la prueba

Al ordenar la producción de la prueba, se establecen modalidades de lugar, tiempo y forma como se debe desarrollar. La etapa se inserta en el proceso y, como sucede con todos los actos del mismo, rige el principio de bilateralidad y el derecho a la contradicción. El debate sobre la producción de prueba llevada al proceso exige el control judicial con el fin de evitar sorpresas o actividades incontrolables. Domina el

2187. Peyrano, Jorge Walter; Eguren, María Carolina, "Medidas autosatisfactivas y la necesidad de su regulación legal", *LL* 2006-E-949.

principio de que toda la prueba se cumple dando intervención a la contraparte a quien eventualmente puede perjudicar.

La misma regla se aplica en la prueba anticipada que requiere de sustanciación con la parte, o con el defensor oficial en caso de urgencia; y después en cada uno de los medios que el proceso reproduce, comienza con el ofrecimiento de un litigante, se incorpora al debate, se controla la realización y, finalmente, cada uno alegará sobre el mérito de las verificaciones.

470.1 Lugar de la prueba

En este estadio particular del proceso es posible eludir el principio según el cual los actos procesales se celebran en la sede donde funciona el órgano jurisdiccional. En efecto, la primera obligación del juez consiste en estar presente en todas las audiencias de prueba, a cuyo fin, tanto se piensa en ello como un deber (arts. 34 inciso 1, y 360, Código Procesal).

Las excepciones referidas se trazan con las oportunidades siguientes: cuando el juez debe realizar un acto de prueba fuera de la sede del juzgado, pero dentro de la circunscripción judicial o dentro del perímetro que delimita el radio urbano del juzgado, o fuera de la circunscripción o en el exterior, sin importar si es o no país limítrofe.

El artículo 381 indica que "Los jueces asistirán a las actuaciones de prueba que deban practicarse fuera de la sede del juzgado o tribunal, pero dentro del radio urbano del lugar". La norma se redacta imperativamente, razón que permite deducir el carácter obligatorio, evitando ser atribución o facultad que pueda transferirse o encomendarse a un auxiliar. Pero, a tenor de lo normado por el artículo 34, que tiene carácter general, la preceptiva se aproxima más a una potestad que se puede delegar en otros funcionarios (Secretario, Prosecretarios, u Oficiales de Justicia).

El mecanismo de portación de la prueba es el mandamiento de constatación que diligencia el Oficial de Justicia, cuyas facultades son estrictamente indicadas por el juez; o el informe actuado a través del Secretario del juzgado o tribunal, con mayores atribuciones en el marco de la delegación y de las que le son propias.

En estos casos, se trata siempre de una facultad, por lo cual puede remitirse la prueba a fin de que sea producida por un tercero –auxiliar de la jurisdicción– quien deberá informar oportunamente.

El mecanismo de portación de la prueba es el mandamiento de constatación que diligencia el Oficial de Justicia, cuyas facultades son estrictamente indicadas por el juez comisionante; o el informe actuado a través del Secretario del juzgado o tribunal, con mayores atribuciones en el marco de la delegación y de las que le son propias.

Las diligencias probatorias que se llevan a cabo fuera del juzgado y del radio urbano se analizan en el artículo 382:

> Cuando las actuaciones deban practicarse fuera del radio urbano, pero dentro de la circunscripción judicial, los jueces podrán trasladarse para recibirlas, o encomendar la diligencia a los de las respectivas localidades. Si se tratare de un reconocimiento judicial, los jueces podrán trasladarse a cualquier lugar de la República donde deba tener lugar la diligencia.

La prueba en extraña jurisdicción se realiza con jueces comisionados, y por el mecanismo de asistencia y colaboración que, en nuestro país, establece la denominada Ley Convenio Nº 22172. No obstante, cuando se trata de reconocimiento judicial, se ha pensado conveniente extender la realización de la medida probatoria al mismo juez competente, a fines de posibilitar la práctica directa y personal de un medio que por naturaleza requiere de la inmediación.

Doctrinariamente se cuestiona la legitimidad constitucional de la medida, invocando el artículo 980 del Código Civil, por el cual, son inválidos los actos del juez redactados con motivo de un reconocimiento judicial practicado fuera de su ámbito territorial. Pero, esa disposición no impide considerar la unidad del orden jurídico y la adaptación dinámica de las normas procesales con las sustanciales, lo cual, descarta el tilde de inconstitucionalidad pretendido.

470.2 El tiempo para la prueba

Las pautas temporales para la producción de la prueba dependen del tipo de proceso encausado, y del lugar donde deben celebrarse los actos. En el primer aspecto, es común separar el ofrecimiento y la gestión, propiamente dicha, de acuerdo con la mayor o menor amplitud del conocimiento y debate que el proceso supone. De este modo, en los procesos ordinarios, la prueba se ofrece y produce a partir de quedar firme el auto de apertura a prueba, con las adaptaciones ya señaladas del proceso por audiencias reglado en el artículo 360 del Código Procesal. En

cambio, en los juicios sumarios o de abreviado conocimiento, el ofrecimiento se realiza en los escritos formativos, y la práctica recién cuando la litis se traba y se dispone el pase a la etapa de demostración.

El artículo 367 del Código federal dispone que

> El plazo de producción de prueba será fijado por el juez, y no excederá de cuarenta días. Dicho plazo es común y comenzará a correr a partir de la fecha de celebración de la audiencia prevista en el artículo 360 del presente Código.

Este plazo es común, lo que equivale a decir que cada parte en ese término debe producir toda la prueba de que intente valerse. Solo por el acuerdo de partes –tolerado por el carácter dispositivo– puede suspenderse ese tiempo, pero no puede exceder de veinte días salvo autorización expresa del mandante. En cambio, donde existen procesos de corte sumario, la recepción de la prueba debe limitarse a fijar el plazo de producción, razón por la cual no existe un período fijo, sino el que prudencial y estimativamente el juez determine.

El período de prueba es tentativo, una pauta de intención que no trabaja con el criterio de la perentoriedad fatal que se establece para los términos. La prórroga es tácita cuando apenas se supera el tiempo establecido, sin que requiera aclaración ni decisión expresa.

Por su parte, se llama período o plazo extraordinario de prueba el que se abre cuando la actividad debe celebrarse fuera del territorio nacional. Expresa el artículo 369 que

> La prueba que deba producirse fuera de la República deberá ser ofrecida dentro del plazo o en la oportunidad pertinente según el tipo de proceso de que se trate. En el escrito en que se pide deberán indicarse las pruebas que han de ser diligenciadas, expresando a qué hechos controvertidos se vinculan y los demás elementos de juicio que permitan establecer si son esenciales, o no.

Interesa puntualizar que esta medida es excepcional y solamente es admisible en los procesos de trámite ordinario, siempre y cuando el juez ordene su producción. La Ley N° 22434 eliminó las condiciones particulares que conservan algunos códigos provinciales que habilitan un período de prueba que no puede exceder de noventa (90) o ciento ochenta (180) días según se tratara o no de país limítrofe, respectivamente. Actualmente no hay innovaciones, de modo tal que cuando se trate de prueba

de producción en el extranjero, se mantienen los recaudos a cumplir en el ofrecimiento (art. 333, Cód. Proc.). Esto supone que toda la prueba se debe ofrecer con la demanda, la reconvención y la contestación a ellas.

El código exige que la prueba ofrecida debe relacionarse con los hechos "controvertidos" que se pretenden demostrar o confirmar, lo cual es inexacto porque aun no se conoce cuáles son dichos hechos conducentes en los que no existe conformidad entre las partes. Recién con la audiencia del artículo 360 el juez fijará los hechos litigiosos y ordenará la producción de la prueba que estime esencial para la solución y esclarecimiento de la causa.

La prueba extraordinaria se diligencia en iguales condiciones que la testimonial prestada en extraña jurisdicción. Por tanto, del ofrecimiento se corre traslado a la contraparte para que indique los interrogantes que son de su interés producir, o bien, para efectuar el control sobre la medida en implementación. Ambas partes concurren acompañando los escritos correspondientes, con sus alegaciones, preguntas y oposiciones, las que, previamente, son atendidas por el juez a fines de eliminar las que considere superfluas y agregar las que estime pertinentes.

La carga probatoria exige de una actividad rápida, debiéndose acreditar la diligencia. En tal sentido, cuando se trata de pruebas delegadas en otros jueces, o deban producirse fuera de la República, o se tratare de prueba testimonial que haya de recibirse fuera del asiento del juzgado o tribunal, los oficios y exhortos deben librarse dentro de los cinco días de haber quedado notificada por ministerio de la ley la providencia que dispone su recepción. El plazo es común para las partes, de manera que si en ese tiempo no presenta a la firma y control del juzgado los proyectos de oficios o exhortos, puede perder la prueba automáticamente por tratarse de un supuesto de caducidad objetiva, aun cuando mitigado en su concreta apreciación, en virtud del arbitrio judicial establecido por la reforma procesal, que deja como carga de la parte el deber de dejar constancia en el expediente del cumplimiento de los actos previos.

Debe agregarse que, conforme al artículo 374 del Código Procesal:

> Cuando solo una de las partes hubiere ofrecido prueba a producir fuera de la República y no la ejecutare oportunamente, serán a su cargo las costas originadas por ese pedido, incluidos los gastos en que haya incurrido la otra para hacerse representar donde debieran practicarse las diligencias.

La disposición no agrega nada que no sea consecuencia de los principios generales en materia de costas procesales, es decir, la parte que la ofrezca responde por la producción de la prueba y los costos que ella irrogue, a excepción de que se trate de prueba común, o que la sentencia disponga responsabilizar al perdidoso aplicando el criterio tradicional: "el que pierde, paga". La determinación del alcance (tasación de costas) se establece al tiempo de practicar liquidación y se resuelve, en caso de incumplimiento, por el trámite de ejecución de la sentencia.

En otras legislaciones, la frustración por negligencia se sanciona, además de las costas, con una multa procesal; pero estimamos que la supresión de ella es acertada pues con hacerle soportar los gastos de la diligencia abortada por su propia inercia, es suficiente para compensar el perjuicio que le provoca al contrario que debe trasladarse o hacerse representar en dicha medida, aun cuando este resultare vencido en el proceso.

Además, en este tramo pueden anunciarse otras derivaciones de la aplicación del tiempo en la prueba, las que provienen de instituciones como la caducidad y la negligencia.

a. La negligencia de la prueba: Los medios de prueba tienen un tiempo ordenado para su producción. El primer espacio temporal que se debe cumplir es el de ofrecer la prueba en tiempo y forma; el siguiente, corresponde a la instancia necesaria para lograr el proveimiento u orden de producción (aunque se puede considerar como deber del juez); finalmente, el tiempo decisivo reposa en la carga de diligenciar cada uno de los medios. Los tiempos que siguen son fijados no ya como una carga, sino como ordenación del trámite procesal. El acatamiento es para las partes y para los encargados de dar vida y eficacia a cada elemento.

   El orden adjetivo reglamenta en el artículo 384 que

   > Las medidas de prueba deberán ser pedidas, ordenadas y practicadas dentro del plazo. A los interesados incumbe urgir para que sean diligenciadas oportunamente.
   > Si no lo fueren por omisión de las autoridades encargadas de recibirlas, podrán los interesados pedir que se practiquen antes de los alegatos siempre que, en tiempo, la parte que ofreció la prueba hubiese informado al juzgado de las dificultades y requerido las medidas necesarias para activar la producción.

La norma se presenta con el título "negligencia", cuando lo correcto hubiese sido llamarlo diligencia, porque está fijando pautas temporales para las tres etapas mencionadas. Con ello no se pretende hacer perder la prueba a la parte contraria, sino poner en práctica un instituto que castigue el desinterés en su producción, con el fin de evitar la eternización de los pleitos.

Cada supuesto necesita un análisis particular, porque deben valorarse las modalidades de la causa de las que pueda resultar o no la existencia de abandono en el trámite. De todas maneras, encabeza el artículo una serie de disposiciones especialmente dirigidas a cada prueba, a saber: artículo 383 referido a la práctica en extraña jurisdicción de prueba; artículo 402 con el anunciado de caducidad en la prueba de informes; artículo 410 sobre modalidades de la prueba de absolución de posiciones; artículo 432 referido a la caducidad de la prueba testifical; artículo 434 sobre la carga de citación al testigo; artículo 437 disponiendo sobre la sanción por incomparecencia y falta de interrogatorio; artículo 454, luego de indicar el procedimiento a seguir respecto de los interrogatorios que deben poner de manifiesto en los autos cuando se trata de testigos que depondrán por exhorto, refiriéndose a la facultad del juez de eliminar preguntas y agregar otras dispone "Asimismo, fijará el plazo dentro del cual la parte que ofreció la prueba debe informar acerca del juzgado en que ha quedado radicado el exhorto y la fecha de la audiencia, bajo apercibimiento de tenerlo por desistido". Similar obligación establece el artículo 455 pero respecto de la carga de hacer comparecer al testigo. Finalmente, el artículo 463 relacionado con la caducidad de la prueba pericial cuando no se ingresa el depósito fijado como anticipo para gastos.

El interés en la producción de cada medio lleva a imponer la carga procesal de urgir la actividad; determinando la inercia o la directa inactividad, la negligencia probatoria.

b. La caducidad de la prueba: En cambio la caducidad está pensada para la prueba que, habiéndose ordenado, no se produce por deficiencias del agente encargado de activarla, de diligenciarla o de cumplirla. Las normas que recién enumeramos son supuestos específicos de caducidades automáticas, es decir,

que operan sin necesidad de formar el incidente de negligencia. De lo que se trata es de llevar el proceso adelante, sin demoras injustificadas ni perjuicios provocados en la producción de las pruebas ofrecidas.

La carga de producción es un aspecto de la carga de la prueba. Característica que lo instala en el terreno de las responsabilidades objetivas, de modo tal que no basta con sancionar el descuido o el abandono con la imposición de costas, porque la reparación es de naturaleza civil y resarcible por indemnización. Precisamente por esta configuración normativa, se trazan límites entre la negligencia, y la caducidad.

Los supuestos establecidos en el Código Procesal, denominados como caducidades automáticas, aun con diferencias de redacción y encuadre, tipifican supuestos de responsabilidad objetiva. Ellos se vinculan con la práctica de la prueba y no con el ofrecimiento. De allí que la declaración de caducidad opera sin sustanciación alguna, o sea sin necesidad de que se determine previamente la negligencia o culpabilidad de la parte interesada en su producción.

La gravedad por las consecuencias de la inactividad tiene, no obstante, otras posibilidades de rehabilitación. En otros términos, se purga la negligencia, y se entorpece la marcha de la caducidad.

Con la negligencia no existen obstáculos insuperables, por cuanto si el mismo dispositivo legal tiene previsto que las pruebas pueden practicarse hasta los alegatos, lo único que impediría sanear una situación de inactividad o abulia procesal sería el acuse de negligencia. Aun así, y para el supuesto de que se hiciese lugar al planteo, las pruebas podrían reproducirse en la alzada mediante el replanteo solicitado en el escrito de expresión de agravios contra la sentencia definitiva.

Con la caducidad, a pesar de su sanción automática, en la práctica no acontece hasta tanto no exista pronunciamiento judicial que la declare. Si ella no existe, el impulso blanquea el déficit, porque la ley no habla de caducidades de pleno derecho, sino de "tenerla por desistida", o de "pérdida del derecho", etcétera.

> La morosidad en la prueba, además, se advierte manifiestamente cuando resulta configurada por las notas de desidia, pereza, o la absoluta despreocupación; pero sería impropio del instituto utilizarlo como una sanción al simple descuido, porque no puede importar una limitación al derecho de defensa.

470.3 Forma de producir la prueba

En este aspecto no se modifican en demasía las formas que se aplican en todos los actos procesales, respecto a los que son de uso cotidiano en la prueba. La particularidad está en la autonomía que se confiere al trámite de producción de pruebas, desde que el juez puede ordenar la formación de expedientes separados que se denominan *cuadernos de prueba*. Estos se confeccionan como si fueran incidentes, aunque no lo son, de manera que, formalmente, se indican con la carátula que tiene el expediente principal, con el agregado en la parte superior de la parte a la que corresponde.

El escrito liminar se integra con el ofrecimiento de la prueba, y el auto ordenatorio dispuesto en la audiencia prevista por el artículo 360 citado. Se folian al pie de cada página, y cada actuación probatoria se incorpora al mismo de acuerdo con la parte que haya suscitado la producción. Una vez clausurado el período probatorio, se agregan al expediente principal, refoliando en este en la parte superior derecha.

471. La investigación probatoria

La actividad probatoria depende del modelo de procedimiento. Pero en todos coincide en que la producción es obligación (carga) de las partes. El juez tiene iniciativa para indicar la necesidad de prueba, pero el desarrollo de ella debe estar en cabeza del que se señale, pues de otro modo, sería el propio tribunal quien asume ese rol y, en consecuencia, se convertiría en parte violando la imparcialidad.

Apunta Taruffo que es particularmente importante definir cuánto concierne a los poderes de instrucción del juez para deducir si pueden ser considerados como un problema político, o sea si la atribución al juez de poderes de iniciativa de instrucción implica la asunción de

una ideología política antiliberal y sustancialmente autoritaria, o incluso totalitaria como algunos sostienen.[2188]

En cuanto respecta a la etapa probatoria, conviene apuntar que si bien con alguna reserva como para sostener que existan actualmente dos conceptos enfrentados, podemos señalar que el criterio de considerar a la prueba como objeto de demostración se ha puesto en duda por el llamado "garantismo procesal" para entenderla como mecanismo de confirmación. Es decir, que se abandonaría la idea tradicional de investigación de la verdad para dar lugar a la verificación de las afirmaciones. En esto el abogado desarrolla el principal rol, al tener que averiguar previamente para afirmar en su demanda la pretensión que promueve y obtener sentencia favorable si confirma el contenido de su postulación.

Para ser claros, al oponer los conceptos de "averiguación" y "verificación" no queremos decir que los términos estén contrapuestos, sino que tienen significados diferentes, pero que son indudablemente complementarios porque el prefijo latino "a" significa caminar hacia algo y "verificar" significa caminar hacia la verdad. Entonces, si "averiguar" significa caminar hacia la verdad, "verificar" significa presentar esa verdad. Siendo así, primero se averigua y después se verifica, con la necesaria advertencia de que la etapa de averiguación no constituye actividad probatoria, sino procedimiento previo, pero actividad procesal al fin.

En este sentido, el garantismo dice que al juez no se le puede pedir que averigüe porque no es esa su misión; hay que darle o presentarle, esto es, afirmarle los hechos averiguados. Y hay que ofrecerle elementos que prueben que esa averiguación ha sido correcta. Realizar tal labor anteprocesal o preprocesal es función del particular o de la policía; normalmente, del primero en cuanto al proceso civil y de la segunda en cuando al derecho penal.

La base de la doctrina estaría en la actividad exclusiva del abogado, y en el rol expectante del juez, quien asistiría al conflicto de intereses suscitados entre dos partes sin tener posibilidad de instruir oficiosamente, dado que de admitirse, quebraría el juego limpio que supone otorgar disponibilidad a los litigantes para confirmar cada uno el aserto que

2188. Taruffo, Michele, "Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa", *Revista Ius et Praxis*, N° 2, vol. 12, Lima, 2006, p. 95 y ss.

porta su pretensión. Se afirma en este aspecto que de aceptar la tesis del *activismo judicial*, se violaría las reglas de bilateralidad y contradicción.

Por supuesto, esta línea de pensamiento critica severamente la publicización del proceso que significó, oportunamente, el pasaje de manos privadas hacia el interés público. El *quid* no está asentado, desde entonces, en la mera facultad de ejecutar lo juzgado, sino en un conjunto de atribuciones que dinamizan la función jurisdiccional convirtiendo al juez en director del proceso.[2189]

Ahora bien, si el dualismo que enfrenta la conducción y dirección del proceso muestra, de alguna manera, el diseño político institucional del ordenamiento adjetivo; al principio dispositivo y la iniciativa de prueba en el juez, le cabe resolver una cuestión metodológica. El principio dispositivo cuenta con un bagaje de presupuestos que no lo instalan solamente en el campo de la prueba; sus condiciones y manifestaciones estructuran una experiencia propia que llega, inclusive, a resolver problemas sobre la naturaleza pública o privada del proceso.

Quizás por esta característica, el principio suele interpretarse al conjuro de esa confrontación procesal, como si de ello dependiera la pertenencia del proceso y su adscripción a una corriente determinada. La polarización entre el proceso como "cosa de las partes", a veces consigue idealizarse en la tipología de lo dispositivo; pero el proceso, como "cosa pública" no tiene réplica contra la disposición del objeto procesal.

Si son las partes quienes disponen del material en disputa, son ellas también quienes pueden modificarlo, transformarlo, o extinguirlo. Por eso, puede el demandado allanarse a la pretensión y someterse voluntariamente a las exigencias deducidas en el juicio. También el actor está facultado para desertar del proceso, debiendo contar con

2189. Sobre la naturaleza autoritaria o no autoritaria del proceso civil italiano, afirma Taruffo que el código de procedimiento civil italiano no fue para nada un código "fascista", salvo algunas apariencias retóricas que –quizás inevitablemente, puesto que se dio en 1940– estuvieron presentes en la *Relazione*. Frente al principio de disponibilidad de las pruebas establecidas en el art. 115, y de la realización del principio dispositivo de las partes en normas como los arts. 99, 101 y 112, la atribución al juez de algunos poderes de instrucción fue modesta, limitada, y ciertamente no como para hacer al juez el *dominus* absoluto y autoritario de la comprobación de los hechos como la experiencia aplicativa de las décadas siguientes ha demostrado claramente. En cuanto a reformas más recientes, como la que ha introducido en 1998 el art. 281 *ter*, no se puede decir ciertamente que ellas hayan perturbado el sistema procesal, vulnerando los derechos de las partes y dejándolas en manos de un juez inquisidor (Ibídem, p. 98).

la anuencia de la contraparte si el litigio estuviese notificado; ambos pueden transigir, o componer el conflicto ante terceros elegidos (amigables componedores, árbitros, juicios de peritos, etc.).

Asimismo, como la disposición del objeto supedita la actuación del órgano jurisdiccional en los límites de la demanda, también la sentencia está recortada a pronunciarse dentro de esa parcela, sin ir más allá (*ne eat iudex ultra petita partium*) ni por menos de lo pedido (*citra petita*).

El castigo por sentenciar con alguna de estas deficiencias, es decir, resolviendo fuera del marco de congruencia con los hechos litigiosos, importa la nulidad del decisorio. La única libertad que ostenta el juez radica en el conocimiento y aplicación del derecho, provocando con esta facultad la calificación jurídica del hecho (*iura novit curia*) y la deducción de los efectos consecuentes a partir de las previsiones legales dispuestas.

La característica anticipada por la cual el principio favorece el interés de las partes determina que la sentencia lograda solo pueda impugnarse por quien sufre el agravio, es decir, la diferencia negativa entre lo que pidió y fue resuelto. También este principio fija los límites de la intervención de la alzada por cuanto sus facultades de revisión no pueden exceder el marco de la queja (*tantum devolutum quantum appellatum*).

Atendido en su aspecto formal el principio dispositivo informa el proceso civil en distintas etapas de su secuencia. El impulso de las instancias y la aportación de la prueba, especialmente, son ejemplos de esta previsión. Referir al impulso procesal dentro del principio en comentario lleva a relacionarlo con un modelo de proceso donde el interés privado supedite la actividad jurisdiccional.[2190]

2190. "Los problemas surgen hoy con 'el otro principio dispositivo', el que se refiere a la disposición de los medios de prueba en el proceso incoado por la demanda del titular del derecho lesionado. Durante siglos este segundo principio se consideró incluido dentro de la fórmula más genérica, ya referida, de 'rogación' o 'justicia rogada'. Se consideró que 'disponer de los medios de prueba' en un juicio era una derivación de la 'disposición del propio derecho', de modo que solo quien decidía ejercitar su derecho en el juicio era quien únicamente debía proponer los medios de prueba que deseaba utilizar para demostrar su derecho y la lesión sufrida. Pero hoy es algo bien sabido que ya los grandes procesalistas alemanes de la segunda mitad del siglo XIX introdujeron una distinción fundamental entre la "máxima dispositiva" del propio derecho (*Dispositionsmaxime*) y el principio de la gestión en el proceso del propio derecho, denominado *Verhandlungsmaxime*, que textualmente puede traducirse por máxima o principio de la gestión o negociación por la parte, que en la terminología italiana se corresponde con el principio de la *trattazione* y que en la doctrina española se denomina

La distinción efectuada entre proceso público y proceso privado cobra en la especie una significativa trascendencia porque faculta la injerencia del órgano en la continuidad y celeridad del proceso cuando se ventila una cuestión que importa atraer el interés público. Por ejemplo, en los procesos penales y laborales, se privilegia la actividad oficiosa por la naturaleza de la cuestión, desplazando el impulso de los actos hacia el tribunal. En cambio, cuando no existen esas consideraciones sociales, el monopolio de la rapidez en la marcha del juicio reposa en la voluntad exclusiva que las partes dispongan.

La mayor preocupación del principio dispositivo radica en la aportación de la prueba, toda vez que, estando a los lineamientos teóricos puros, solamente las partes pueden allegar los medios de confirmación que pretenda desarrollar, sin que el juez tenga posibilidad alguna de investigación oficiosa (*iudex iudicare debet secundum allegata et probata*).

El giro hacia la toma de posición directa del juez en el proceso muestra cómo la historia recorre esa visión estática del juez espectador en oposición al juez inquisidor del absolutismo, o del juez dictador de algunos regímenes totalitarios. El tramo final de este camino lo cubre el rol activo del órgano judicial para convertirse en el juez director.[2191]

---

principio de *aportación de parte*, para indicar que son las partes del proceso a quienes corresponde aportar las pruebas necesarias para que el juez deba considerar existente el derecho afirmado en la demanda. La distinción, aceptada por la generalidad de la doctrina fue profundizada por Tito Carnacini, en un famoso estudio en el que estableció con claridad la distinta significación de los dos principios y los dos planos bien diferentes en los que proyectan su actuación. Necesario es recordar siempre su fundamental y clarificadora contribución publicada en los Estudios en Homenaje a Redenti, *Tutela jurisdiccional y técnica del proceso* (Milán, Giuffrè, 1951). La distinción es, en efecto, fundamental. El principio de disposición de los derechos por el propio titular es el principio fundamental que rige la tutela jurisdiccional en el proceso civil, cuyas consecuencias son que el juez no puede proceder sin demanda de parte y no puede conocer sobre más ni sobre cosa distinta de lo que las partes le hayan planteado como objeto del proceso, ni conceder más ni cosa distinta de lo pedido, ni por causa distinta de la invocada. El principio tiene un valor absoluto y entra por derecho propio en el campo de los valores, de la axiología, según nos explicó Max Scheler. El segundo principio, en cambio, es sólo 'una técnica' que gobierna la producción de los medios de prueba en el proceso civil, actuando, por lo tanto, en un plano distinto".

2191. Dice Taruffo que no existe alguna conexión entre la atribución al juez de más o amplios poderes de iniciativa de instrucción y la presencia de regímenes políticos autoritarios y antidemocráticos. El análisis comparativo de los sistemas probatorios enseña que en los principales ordenamientos europeos –sobre el carácter democrático de los que no son sensatamente posibles tener incertidumbres– se configura un papel activo

La iniciativa probatoria no desnaturaliza el principio dispositivo, sino que coexiste con él. En materia probatoria referimos al principio

del juez en la adquisición de las pruebas relevantes para la decisión sobre los hechos. Se podrá decir que estos ordenamientos no se inspiran en una ideología de tipo liberal clásico, o sea del tipo del siglo XIX, puesto que en muchos de ellos el Estado asume un papel activo en numerosos sectores de la vida social, pero este es otro problema y muy diferente, que atañe en general al papel del Estado, tal como ello ha venido definiéndose en todos los ordenamientos modernos. Una vez más, sin embargo, surge la exigencia fundamental de evitar confusiones conceptuales e ideológicas: un sistema puede no inspirarse en la ideología del liberalismo del siglo XIX, sin dejar de ser democrático con esto, y sobre todo sin convertirse en autoritario o totalitario sólo porque le atribuye al juez un papel activo en la adquisición de las pruebas. También a este propósito es oportuno un empleo esmerado y riguroso de los conceptos: una cosa es el juez potencialmente "activo" al facilitar las iniciativas probatorias de las partes, pero insertas en un contexto procesal en el que son aseguradas las garantías de las partes en el ámbito de un sistema político democrático, mientras que otra cosa completamente diferente es el juez inquisidor integrado en un sistema político y procesal de molde autoritario. La primera situación es la que se presenta en los ordenamientos procesales modernos, en los que el principio dispositivo y las garantías de la defensa y el debate son actuadas; en las que el juez cuenta con poderes más o menos amplios de iniciativa de instrucción. La segunda situación no se da, en realidad, en ninguno de los ordenamientos europeos, ni en la mayor parte de los ordenamientos extraeuropeos. La diferencia entre juez "activo" y juez "autoritario" es confirmada por la circunstancia que la función "activa" del juez en orden a la adquisición de las pruebas se configura claramente como complementaria y supletoria con respecto de la actividad probatoria de las partes, con la consecuencia de que cuando estas ejercen cumplidamente su derecho de deducir todas las pruebas disponibles y, por lo tanto, proveen al juez elementos suficientes para la comprobación de los hechos –como a menudo ocurre en la práctica– no hay ninguna necesidad de que el juez ejerza sus poderes. Absolutamente considerable sería una función inquisitoria y autoritaria de un juez que adquiriera las pruebas de oficio, por su propia iniciativa y expropiando a las partes los derechos y las garantías que les corresponden en el ámbito del proceso. De semejante función, no obstante, no hay huella en alguno de los ordenamientos modernos. Todo esto no demuestra, sin embargo, que la atribución al juez de poderes de instrucción sea el fruto de una opción exclusivamente "técnica" y carente de implicaciones ideológicas. Al contrario: la decisión de si todos los poderes de iniciativa de instrucción tengan que ser otorgados exclusivamente a las partes, o si poderes más amplios de iniciativa de instrucción puedan o tengan que también ser atribuidos al juez, deriva de una elección de carácter sustancialmente ideológico. Sin embargo, las ideologías que están en juego aquí no son las que inspiran las concepciones políticas generales dominantes en los sistemas en que en su momento el legislador se ocupa de la cuestión. En particular, no se trata vagamente del contraste entre ideologías "liberales" e ideologías genéricamente "autoritarias". El problema, en cambio, está ubicado en un contexto ideológico bastante confuso, que atañe específicamente a las ideologías de la función del proceso civil y la decisión que lo concluye (Taruffo, Michele, "Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa", *op. cit.*, p. 99 y ss.).

respecto al poder de disposición de los elementos de convicción, sin interesar la relación jurídica procesal.

El producto que se obtiene de esta evolución no es político como lo entiende Guasp,[2192] sino de técnica procesal porque facilita alcanzar los resultados axiológicos del proceso sin someterse a los designios interesados de las partes. Es cierto que la verdad quizás nunca se alcance en su trascendente y significativa dimensión, pero la aproximación que consigue el juez a partir de su decisión y compromiso con ella permite avizorar un decisorio más cercano a la justicia y de bases más reales que las expuestas por los litigantes.

Es cierto que la orientación que se sigue puede ser objeto de numerosas críticas, casi todas ellas sustentadas en una visión donde el miedo o la resistencia parecen asentar en el riesgo de "probar demasiado", como dice Taruffo. Por eso, cuando se acepta la tesis contraria se convalida el aserto sobre la verdad ausente y, por lo tanto, el proceso queda en el camino de la simple confirmación de versiones; y si tampoco interesa la calidad de la decisión, entonces es difícil comprender por qué las partes y el juez deben perder tiempo en ofrecer y en admitir las pruebas. Dice Taruffo:

> Si se cree que el verdadero y exclusivo fin del proceso y la decisión es ponerle fin a la controversia, entonces hay otros modos, más rápidos y eficaces, de alcanzar el objetivo: lo fueron las ordalías, que pusieron sencillamente fin al proceso eliminando a una de las partes, y también lo sería echarlo a la suerte, como, por otra parte, alguien sugiere, al menos para los casos más difíciles, o bien el lanzamiento de una moneda. En esta perspectiva, la instrucción probatoria –así como todo el proceso– desarrollaría solamente una función marginal y simbólica: no sería otra cosa que un tipo de representación ritual, que es celebrada no porque se trata de un instrumento institucional dirigido a administrar la justicia, sino porque sirve para hacer creer, a las partes y a la sociedad generalmente, que la justicia es hecha, con la esperanza de que, en tal modo, las partes se induzcan a concluir la controversia y la paz social sea rehecha. En sustancia, el ritual procesal serviría sencillamente para legitimar la decisión, haciéndola parecer como aceptable, sin que la naturaleza o el contenido de ella tengan ninguna importancia: el proceso, y en particular la adquisición de las pruebas, sería destinada sencillamente a hacer que cualquier

2192. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 322.

> decisión, independientemente de su justicia intrínseca y de su relación con los hechos reales de la causa, sea aceptada por sus destinatarios.[2193]

Cabe aclarar que la prueba dispuesta de oficio, la que se adquiere por remisión de actuaciones donde la prueba se produjo sin intervención de la parte contra quien se pretende oponerlas, la que se cumple sin dar intervención a la contraria, entre otras posibilidades de celebración sin dar oportunidad o derecho de audiencia, son pruebas irregulares en el sentido que marca el principio general en materia de nulidades (*todas son convalidables si no media impugnación oportuna*). El *control de la actividad* probatoria se agrega como un requisito de validez y legalidad, dando lugar desde hace mucho tiempo, a motivos propios para rechazar la validez de las sentencias que se fundamentan en pruebas autoadquiridas o logradas con intervención de solo una de las partes.

El principio exige que se haga efectiva la publicidad de la prueba y que ella se realice con suficiente información y control de las partes. Por eso, las medidas para mejor proveer deben realizarse con esta consigna, como veremos seguidamente.[2194]

El tramo final de las consignas radica en la *apreciación de la prueba*, que, contemplado en la línea argumental desenvuelta, constituye el nudo gordiano de la cuestión. Es evidente que el análisis de la prueba es complejo y requiere de una exhaustividad que aquí está ausente,

---

2193. Taruffo, Michele, "Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa", *op. cit.*, p. 99 y ss.

2194. Para Devis Echandía, este principio rechaza la prueba secreta practicada a espaldas de las partes o de una de ellas y el conocimiento privado del juez sobre hechos que no constan en el proceso ni gozan de notoriedad general, e implica el deber de colaboración de las partes con el juez en la etapa investigativa del proceso. Es tan importante, que debe negársele valor a la prueba practicada con su desconocimiento, como sería la que no fue previamente decretada en el procedimiento escrito, e inclusive, el dictamen de peritos oportunamente ordenado, o al menos simultáneamente en el oral, pero que no fue puesto en conocimiento de las partes para que estas ejercitaran su derecho de solicitar aclaraciones o ampliaciones (Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, *op. cit.*, T. I, p. 267 y ss.). Igualmente preciso es Kielmanovich al decir que el derecho de defensa en juicio no es pues una estéril garantía que se agota en un puro ejercicio de contradicción a la pretensión invocando defensas o excepciones, o que se acuerda para la impugnación de los actos procesales, sino que se extiende naturalmente a la materia de la prueba, particularmente por la dramática incidencia que los hechos y su acendrada comprobación tienen para la existencia de los derechos sustantivos y la efectividad de los procedimientos judiciales (Kielmanovich, Jorge, *Teoría de la Prueba y de los medios probatorios*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996, p. 91).

aunque se apoyen ciertas tendencias o se compartan posiciones o ideales que refuerzan nuestra idea sobre cómo se ha de interpretar el rol del juez en esta etapa del proceso.

Una de las polémicas tradicionales de esta materia tan estudiada y mejor expuesta por los científicos del derecho procesal se refiere a la naturaleza jurídica de las normas sobre pruebas civiles, para deducir de ellas el *carácter sustancial* y, en consecuencia, el valor implícito que de las reglas deriva (*v. gr.* se tiene por probada la culpa si hay reconocimiento expreso o tácito; se tiene por probado un hecho si el contrario lo admite; si hay confesión no hay necesidad de prueba, etc.); o en su caso, advertir si el *carácter es procesal*, y los medios actúan con fines claros que pueden ir desde la verdad plena, la verosimilitud de los hechos, la certeza o la más completa convicción, necesarias todas ellas para juzgar con seguridad.[2195]

La importancia del distingo no es baladí, toda vez que juega en el ámbito de las facultades o poderes del juez para discernir resultados probatorios. Las fórmulas tan conocidas de apreciar la prueba libremente, o seguir las indicaciones ya establecidas por una norma legal, tienen igual entidad y marcan un camino del cual la jurisdicción no se puede apartar, salvo que quiera correr el riesgo de poner en crisis algunos paradigmas jurídicos.

La valoración del juez se trasunta en la libertad que debe tener para resolver sobre las pruebas producidas en el proceso; es esta una condición del razonamiento; pero hay otras libertades que dejan de ser tales cuando se imponen como deducciones lógicas basadas en cuestiones jurídicas que orbitan en la dimensión del orden público.

Por ejemplo, el magistrado está en libertad de apreciar el valor probatorio de una pericia; pero no puede deducir de ella –ni podrá declararlo– que el hijo del matrimonio tiene un padre diferente porque hay presunciones legales que se lo prohíben. El juez tiene libertad para va-

2195. Observa Cappelletti que en esta concepción lo que se quiere no es confiar al juez una decisión discrecional caso por caso, sino más bien elaborar criterios de solución *problemas por problemas*. Tales criterios, a su vez, podrán ser sistematizados, graduados entre sí, relacionados con criterios superiores; lo que importa, sin embargo, es que siempre se trate de criterios los cuales no hagan derivar la solución del problema de abstractas premisas conceptuales y formales –naturaleza procesal, naturaleza sustancial, y similares– sino de la conciencia de la función práctica del derecho y de la necesidad de encontrar, por consiguiente, soluciones correspondientes y adecuadas a tal función (Cappelletti, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil, op. cit.*, p. 345).

lorar los medios de prueba específicos que hayan sido aportados al proceso; esa libertad para determinar los hechos probados del caso, sí está limitada por las reglas de la racionalidad y la lógica, como lo aprueba la jurisprudencia. De este modo, la determinación de los hechos probados realizada contra las reglas de la lógica o, en general de la racionalidad, supondría una infracción a la ley; para ello basta interpretar las reglas que establecen la libre valoración de la prueba de forma que ordenen la valoración mediante la utilidad de la racionalidad general.

La jurisprudencia reproduce muchas de estas conclusiones, las que si bien no se integran como reglas particulares, sirven en cambio para fomentar un sistema integrado de actividades donde la verdad sea el norte, en lugar de un símbolo inerte de la justicia.

En síntesis, el poder del juez en el proceso no supone siquiera autoritarismo, porque no hace más que cumplir con el deber de esclarecer la verdad de los hechos que las partes le presentan. Se puede tomar así como una clara tendencia a eliminar los sofismas procesales; a evitar que las solemnidades dejen paso a ficciones y que ellas sirvan para consagrar más desconfianza de la gente en el sistema previsto para resolver los conflictos que ellos padecen.

Por eso la búsqueda de la verdad, antes que una finalidad filosófica o purista, tiene implícitamente comprometido el deber de las partes para presentar los hechos acordes con la realidad sufrida. Se va aceptar que puedan existir versiones adaptadas a una visión propia del suceso, pero se sancionará al temerario que sabiendo su sinrazón oculta la verdad sustituyéndola por hechos alegados sin bases auténticas.

El entorno del debate serán los hechos alegados y controvertidos, pero ello no será una valla insalvable para evitar conocer otras cuestiones necesarias para resolver el fondo real del problema. No se trata de incorporar hechos no alegados, ni que torne el principio de congruencia a una concepción propia de las cosas; simplemente es el permiso que se le otorga al juez para buscar la verdad y adquirir la certeza necesaria para sentenciar sin riesgos.

¿Dónde están las reglas probatorias?, pues, en realidad, antes que reglas son consignas que afincan en el aspecto racional del debido proceso (antes que en el aspecto puramente formal), es decir, en la posibilidad de ofrecer un marco saludable de certidumbre para llegar con los medios apropiados a verificar las afirmaciones y negaciones de los

litigantes. Evitar que las ficciones jurídicas determinen una verdad jurídica que el común de la gente no entiende ni interpreta. De este modo, no se podrá polarizar entre quienes defienden las reglas y garantías como si ellas fueran paradigmas de la justicia, y los que apuntan a aumentar los poderes del juez sin ponerle límites a la discrecionalidad.

Los primeros aventuran soluciones desde el plano normativo, creyendo que siguen siendo intangibles los preceptos constitucionales que fueron pensados en abstracto y como voluntad divina del pueblo (por otro lado, no se lee en parte alguna de la Norma Fundamental argentina, ni en las cartas constitucionales locales, que la prueba deba estar exclusivamente a cargo de las partes; en todo caso, el problema de la bilateralidad y control están asegurados con la sustanciación y el derecho a contradecir); los otros, describiendo la necesidad del poder de decisión para fomentar un aumento de la confianza en los jueces pero sin ofrecer un punto de inflexión que haga las veces de control al abuso y al eventual autoritarismo.

Entonces se llega al justo medio: no es el litigio un conflicto armado entre partes que luchan con las armas que cada uno inviste y se llaman: *derechos*, donde triunfará, probablemente, el que tenga más fuerza aunque tenga menos razón.[2196] En realidad, es lógico pensar que en un continente que ha dado muestras suficientes de confianza en los jueces, y que

2196. Una observación preliminar es necesaria. Tradicionalmente, pero también hoy en día, el tema del rol activo del tribunal y el rol de las partes ha sido considerado mediante la bien conocida distinción entre los modelos de litigación civil *adversarial e inquisitivo*. Mi opinión es que esa distinción es equivocada e inductiva a errores: por lo tanto, debiera ser dejada de lado. Dicha distinción es descriptivamente falsa debido a que ya no existen sistemas adversariales "puros" de litigación civil: todos los modernos sistemas procedimentales (incluyendo el inglés después de 1999 y el de Estados Unidos, pero también el de Alemania, el de Francia, el de España, el de Italia y el de China) proveen a los tribunales con un *rol de gestión*, usualmente fuerte, invistiendo al juez con poderes relevantes para recabar pruebas de su propia iniciativa. Por otra parte, si "adversarial" significa que las partes tienen el derecho a incoar el caso, a determinar el objeto de la litis, y a desarrollar sus propias defensas presentando toda la prueba disponible, entonces todos los sistemas modernos son, en este sentido, adversariales, a pesar de que usen diferentes medios técnicos para concretar los derechos procesales de las partes. Más aún, si "inquisitivo" significa, como el origen y la historia del término lo sugieren, un procedimiento en el cual todos los poderes están en manos del tribunal y las partes no tienen ninguna oportunidad de ser oídas, entonces ningún sistema moderno de litigación civil podría ser apropiadamente definido como inquisitivo (Taruffo, Michele, "Investigación judicial y producción de prueba por las partes", conferencia que el autor dictó en Beijing, China, en el mes de noviembre del año 2002. El trabajo original fue escrito en inglés, y la

los vuelve fiscales de la Administración y órganos del control de constitucionalidad, no se puede disminuir sus poderes en los conflictos jurisdiccionales, sean ellos de naturaleza pública o privada. El límite que se traza es la razonabilidad y la obligación de motivar las resoluciones judiciales.

471.1 Las medidas para mejor proveer

Las medidas para mejor proveer responden al principio de autoridad en el proceso desde que entroniza la figura del juez como rector del instituto. Pero también estas medidas proponen esclarecer hechos, en controversia, de modo tal que, en principio, no puede suprimir la contradicción inicial sobre la base de investigar contingencias o aportar medios que no fuesen ofrecidos por los litigantes. El principio de igualdad quedaría indefenso si el juez obrara abusando de la discrecionalidad que obtiene, llegando a ser parcial y sin la debida distancia que caracteriza su gestión desinteresada.[2197]

traducción al castellano la realizó el profesor Juan Andrés Varas Braun, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile).

2197. La función de investigar para encontrar la verdad de los hechos se define en términos más amplios o más restringidos, de acuerdo a los distintos sistemas procesales. Cuando el valor de una decisión ajustada a la verdad de los hechos tiene una ponderación especialmente alta, las funciones del tribunal se definen con amplitud, y este tiene una responsabilidad mayor en la colección de la prueba relevante y en el descubrimiento de la verdad. El ejemplo chino es especialmente significativo, en el que el tribunal tiene la tarea de investigar todos los hechos del caso y de recoger toda la prueba significativa. Con todo, otros sistemas siguen la misma tendencia, al menos hasta cierto punto, aunque la estructura general del juicio civil pueda ser diferente. Por ejemplo, de acuerdo al art. 10 del Código de Procedimiento Civil francés, el tribunal tiene la facultad de ordenar de propia iniciativa todos los medios admisibles de prueba. En Italia, el tribunal tiene un poder semejante, pero solamente en casos laborales (art. 421 inc. 2 del Código de Procedimiento Civil). En otros sistemas, el tribunal tiene la facultad de producir o de ordenar la presentación de prueba, pero tal facultad no está definida en términos generales y se refiere específicamente a algunas clases de pruebas. Por ejemplo, en Alemania el tribunal puede ordenar cualquier tipo de prueba, pero no puede llamar a testigos por propia iniciativa; en Italia, en los casos ordinarios el tribunal puede ordenar algunos medios probatorios (como inspecciones y prueba pericial), pero los demás sólo pueden ser presentados por las partes. Es interesante considerar que incluso en los Estados Unidos, i.e., en un sistema que no parece estar interesado en la búsqueda de la verdad, el tribunal tiene la facultad de llamar a testigos que no han sido llamados por las partes (Regla 614 (a) de las Reglas Probatorias Federales de 1975), y de citar a testigos neutrales expertos (Regla 706). Pese a que estas facultades son usadas muy infrecuentemente por los jueces americanos, el hecho de que estén previstas a nivel federal es una característica muy

Se afirma también que el órgano jurisdiccional verifica sin averiguar; esto es, comprueba pero no inquiere, porque esas son obligaciones (cargas) del propio interés. Empero tal rigidez debe instalarse en la distinción imperiosa entre fuentes y medios de prueba, porque unos responden a la disposición de las partes, y otros son resortes exclusivos del órgano judicial.

Guasp decía que el juez no podía ir en busca de testigos porque no los conoce, y aun conociéndolos lo sabe por declaraciones que los señalan; en cambio, las otras pruebas: confesión, documentos, peritajes, reconocimiento judicial, preexisten al proceso y llegan a él como fuentes que el propio magistrado adopta para su práctica.[2198]

Las providencias en comentario ostentan, en nuestra opinión, una particularidad inicial que las contiene: ellas no pueden suplir la negligencia de las partes, pero tampoco pueden evadir, a sabiendas, el compromiso hacia la verdad y la justicia.

Las etapas a superar descansan en el ofrecimiento, la producción, y la incorporación oficiosa de una prueba que propicie el esclarecimiento definitivo de los hechos. Por eso interpretamos que, aun ante la ausencia de prueba ofrecida, puede el juez traerla y producirla si considera que, mediante ella, reporta un elemento decisivo para solucionar el conflicto (*v. gr.* ordenar una extracción de sangre para practicar una prueba biológica necesaria para resolver un juicio de filiación).

Asimismo, si llega a su conocimiento la existencia de una prueba que puede trascender en el proceso, y aun siendo esta de testigos, podrá generar su desenvolvimiento sin quebrar por ello el principio de igualdad procesal, porque con esa decisión no sustituye la actividad de alguna de las partes, sino que tiende a despejar las dudas emergentes de la situación enojosa.[2199]

---

interesante del sistema americano actual (Taruffo, Michele, "Investigación judicial y producción de prueba por las partes", *op. cit.*, p. 89).

2198. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, p. 328.

2199. El artículo 452 del Código Procesal dice: "El juez podrá disponer de oficio la declaración en el carácter de testigos, de personas mencionadas por las partes en los escritos de constitución del proceso o cuando, según resultare de otras pruebas producidas, tuvieren conocimiento de hechos que puedan gravitar en la decisión de la causa. Asimismo, podrá ordenar que sean examinados nuevamente los ya interrogados, para aclarar sus declaraciones o proceder al careo". La norma faculta al juez a ordenar de oficio las medidas necesarias para el esclarecimiento de los hechos contro-

Bajo el marco que presentan nuestros códigos, puede afirmarse que el juez debe procurarse el conocimiento de los hechos controvertidos y conducentes cuando ello le sea imprescindible para poder dictar una sentencia justa, pudiendo a esos fines valerse de todas las medidas de prueba que a su juicio sean razonables y suficientes, a condición de que no medie agravio sustancial para el derecho de defensa, ya que una actividad pasiva o de libertad negativa que adscribe el pronunciamiento final a una solución formal o aparente, no se conforma con el servicio de justicia.

El garantismo resiste estas facultades y se apoya, últimamente, en la derogación efectuada de ellas por la Ley de Enjuiciamiento Civil española (LEC). Sostienen que un juez que requiere medidas para mejor proveer sorprende a las partes y abusa de sus facultades de investigación en una etapa que ya fue clausurada. De una u otra forma viola la imparcialidad y suple la negligencia de la parte.

Sin embargo, no es cierto que la LEC haya derogado las medidas para mejor proveer, pues estas se mantienen como "diligencias finales", que son actuaciones de prueba complementarias que resultan necesarias por razones diversas.[2200]

---

vertidos, citando a testigos conocidos por vías indirectas (otras pruebas producidas). La facultad del juez no se limita a la citación de personas mencionadas en los escritos de demanda, reconvención, etc., porque se extiende a todas aquellas que podrían tener, conforme a la producción de pruebas en el expediente, conocimiento de los hechos controvertidos, y cuyas declaraciones resulten importantes para la decisión de la causa. El nombre de las personas puede surgir de declaraciones de los testigos, de la absolución de posiciones de las partes, de un dictamen pericial o de cualquier otro medio de prueba producido en el expediente (Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, T. II, *op, cit.*, p. 572).

2200. En la más reciente doctrina procesal española, Ramos Méndez, Francisco, *Enjuiciamiento civil. Cómo gestionar los litigios civiles*, Barcelona, Atelier, 2008, T. II, pp. 630-632, partiendo de que "la LEC 2000 es lo más alejado a una ley procesal liberal" (p. 630 y previamente p. 24) afirma: "El hecho de que el tribunal asuma mayores poderes de iniciativa probatoria no afecta para nada al principio dispositivo ni al de justicia rogada o de aportación de parte [...]. Una recta intelección de la posición del tribunal en el siglo XXI no le sitúa de brazos cruzados y menos en cuanto a la prueba [...]. El tribunal tampoco pierde la imparcialidad por interesarse por una prueba". Señala a continuación el despropósito que supone regatearle al juez atribuciones en cuanto a la prueba y concederle amplísimas potestades para el control de oficio de los presupuestos procesales y de lo que antes fueron excepciones, o la contradicción de negarle al juez atribuciones que se reconocen al árbitro". Refiere que la polémica ha sido seguida en el estudio de Abel Lluch y para una valoración ecuánime de los justos

Ramos Méndez explica sobre estas diligencias finales que

> … se acuerdan mediante auto del tribunal solo a instancia de parte; no pueden practicarse pruebas que hubieran podido proponerse en tiempo y forma por las partes, incluidas las que hubieran podido proponerse tras la iniciativa probatoria del tribunal; caben en este momento la práctica de pruebas admitidas que, por causas ajenas a la parte que las ha propuesto, no se hubiesen practicado.[2201]

Tampoco se deben admitir y practicar las pruebas pertinentes y útiles, que se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia; excepcionalmente, el tribunal puede acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen nuevamente pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, y siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos.

En síntesis, cuando el garantismo sostiene que la nueva LEC española refuerza su argumentación, caen en un error muy grueso porque si hay algo manifiesto de la nueva normativa, es el aumento en los poderes del juez, y hasta se podría hablar de algún autoritarismo judicial en materia de ejecuciones.

471.2 El derecho a la prueba

Al final de este debate ideológico, vuelve al punto de partida el derecho a la prueba. Con este sentido teleológico de base constitucional, queda emplazado el deber protagónico del juez como director activo complicado en el resultado y sentido trascendente de su obrar en el proceso.

Se ha puesto distancia, de manera definitiva, con el esquema neutralista y simplemente de espectador imparcial y ajeno ingrediente

términos (del problema) remite a Taruffo, Michelle, "Poteri probatori della parti e del diudice in Europa", 2006, que es defensor de la función "integrativa e suppletiva" de la iniciativa probatoria del juez respecto de la iniciativa principal de las partes (cuya traducción se indica en notas anteriores).

2201. Ramos Méndez, Francisco, *Guía para una transición ordenada a la LEC*, Barcelona, Bosch, 2001, p. 289 y ss.

del drama litigioso. Ha quedado sellada ya su suerte, opuesta a la del juez del siglo XIX, tercero del debate de los otros (de las partes), que se conformaba con que la reglas de juego para esos otros se respetaran en un pie de igualdad formal. Quedando él, como tercero decisor neutral, satisfecho, aun cuando lo probado acerca de las afirmaciones o hechos sobre las que debía trabajar para aplicar el derecho e inclusive a sabiendas de ello, fuera incompatible con la verdad jurídica objetiva. Y con la certeza moral de haber arribado, sin el esfuerzo propio y a despecho de las carencias o gambetas en el cumplimiento de las cargas probatorias, a un desemboque inhóspito, y disfuncional. Que sabía incompatible con el verdadero sentido y alcance que pudieran revestir las circunstancias de la causa. Que no quedaban debidamente comprobadas, sino formalmente demostradas.

El profesor de París, Roger Perrot, en lúcida síntesis pudo destacar en Würzburg en 1983, el rol activo del juez a espaldas de aquel otro neutro y pasivo que aguardaba que los litigantes le aportaban sus propias pruebas, siendo esta última una imagen actualmente caduca, dado que si bien el órgano judicial no puede estatuir más allá de las pretensiones de las partes, el juez moderno está llamado, sin embargo, a desempeñar un incanjeable papel en la búsqueda de prueba, en la medida que es su deber descubrir la verdad –o hacer todo lo posible para descubrirla–. Esta tarea cada vez se manifiesta más como el resultado de una colaboración inteligente y entre el juez y las partes.

Es por eso que en esos congresos –reflexionaba Morello– no ha llevado esfuerzo evidenciar cómo con rasgos más o menos marcados en notas enérgicas, en el fondo común del derecho comparado se ha erigido como premisa fundamental la de que es obligación de los litigantes aportar su concurso a la manifestación de la verdad. Premisa que se levanta como un principio relativamente nuevo, y que habría aparecido, en el siglo XIX y aun bien entrado el actual, como una pauta atentatoria de la libertad de cada uno. En nuestros días, acotó el profesor de París, se ha tomado acabada conciencia de que la administración de justicia es un servicio público que impone a cada ciudadano un cierto tipo de deberes y de obligaciones, los cuales no canalizan exclusivamente en el circunscripto beneficio que le atañe como legitimados en el proceso de que se trata, sino que acarrea a los justiciables el deber de ilustrar al juez en cuanto les sea requerido o fuera conveniente para arribar a la verdad.

Porque en ello va la cobertura de un interés –el del servicio de justicia– de cuya gestión eficaz y resultado valioso es responsable el juez.[2202]

Estos factores repercuten de forma directa en el derecho constitucional de la prueba. Fase esencial del debido proceso y del ejercicio cabal de la defensa en juicio, se levanta como el de mayor importancia en la dinámica de la garantía del artículo 18 de la Ley Fundamental.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al igual que textos expresos de las Constituciones (de la segunda posguerra) de numerosos países recrea, de continuo, los principios o reglas relativos a un derecho de prueba funcional en los que se recogen esos datos de la experiencia sociológica y de los actuales requerimientos del tráfico.

Si la Constitución italiana estampa como emblema que es inherente al derecho de las partes "defenderse probando" (art. 24), va de suyo que no se accederá a una protección judicial cabal, adecuada, eficaz, de esa garantía fundamental, si no se la desplaza, para reacomodarla a tenor de los ostensibles cambios de la política jurídica y de lo que de ella hoy se espera, según las valoraciones comunitarias que respecto del servicio de la justicia, modernamente, le está asignado al derecho de la prueba.[2203]

2202. Morello, Augusto Mario, "El derecho a la prueba en el proceso civil. Panorámica actual", *LL* 1988-C-780.

2203. Ibídem, p. 782.

Capítulo LXI
Los medios de prueba

472. Problemas particulares de los medios de prueba

En la clasificación de las pruebas tuvimos oportunidad de observar cómo ingresan cada uno de los medios al proceso, y la incidencia que ellos generan, sea en razón del tiempo, o por la percepción directa o indirecta del elemento, o bien, al examen de las personas o cosas que aportan el nuevo conocimiento.

La primera consecuencia que contrae la entrada de estas constataciones sobre hechos pasados es que son, asimismo, hechos reafirmativos (confirmatorios) o negatorios de un relato inserto en los escritos constitutivos. Todos ellos llegan documentadamente al proceso, ya sea porque se constatan con un instrumento público, privado, documento o actuación, o porque se trata de actividades escritas tomadas del testimonio prestadas en las declaraciones de testigos, o informes periciales, o relevo de los sucesos tomados del reconocimiento judicial.

En cuanto a su repercusión en el ánimo del sentenciante, las pruebas se alcanzan por *percepción directa* (caso del reconocimiento judicial), por *representación* (sea de cosas como los documentos, o de personas sin interés en el pleito: testigos y peritos, o interesadas por su condición de partes: confesión judicial) o bien, por *deducción* del juez (presunciones e indicios, conducta procesal de las partes), o dictámenes de terceros (peritos, informes científicos).

Simplificadamente podría decirse que solo hay dos caminos para alcanzar la convicción: uno *directo* a través de los medios de indudable acierto y evidencia para mostrar el hecho tal como se presenta; y otro *indirecto*, donde se requiere de una actividad deductiva por la cual la certidumbre se adquiere mediatizando el medio con la lógica e inteligencia que aplica quien la interpreta.

La actividad probatoria resume en los medios de prueba los elementos que el interesado tiene para alcanzar la verdad. Ellos

provienen de las partes mediante la confesión, de terceros en la prueba de testigos, de las representaciones que contienen los documentos y los informes, de la percepción directa que se recibe en un reconocimiento judicial, de los conocimientos especializados que aporta un auxiliar de la justicia como es el perito, o de otras situaciones que pueden deducir presunciones e indicios.

Pero atendido cada medio de prueba se constata que muchos de ellos no tienen carácter instrumental, porque no hay mediatización entre el juez y el hecho. Un reconocimiento judicial (inspección ocular) otorga una visión directa de las cosas, distinta a lo que muestra la prueba de testigos donde la percepción de la realidad se obtiene de una versión que, justamente, mediatiza el hecho.

Algo similar sucede con la prueba de peritos porque si el objeto de la prueba es la cosa y no lo que se afirma respecto de ella, la pericia carecería de matiz probatorio. Cómo aquellos aportan a la causa un conocimiento que el juez no posee, la utilidad es para formar convicción, pero sin que guarde vínculo con los hechos pasados motivo de la controversia. El perito nada sabe de lo anterior, es cierto; si algo supiera sería testigo, de modo tal que los ajustes deben hacerse sobre la representación que tiene, procesalmente hablando. Entonces, la pericia obra como medio de prueba al abordar el conocimiento sobre los hechos y emitir el dictamen que se le requiere, y es fuente de prueba respecto a la cosa motivo de experticia.

Las presunciones son cuestionadas como medios de prueba porque no provienen de las partes, de modo tal que no enfatizan actividad alguna de estas, recayendo en la volición del juez todo el mecanismo que admite su presencia en el proceso. Inclusive, se dan en un momento posterior a la etapa probatoria, o al menos en el tramo final de la evaluación, donde quien dicta sentencia las asume como máximas de experiencia o por la lógica estricta que de ellas proviene.

También la prueba de informes demoró largos años en asumirse como medio de prueba, pues podía ser fungible con otros medios, como la documental, la testimonial o la pericial.

De todos modos la enumeración de los medios hace a la dogmática de la prueba, y no al pragmatismo con que se los analice, no ha de olvidarse que los medios de prueba podrán considerarse desde dos puntos de vista. Por uno se destaca la actividad del juez o de las partes

en ejercicio activo de conocimientos al primero; por otro pueden ser los instrumentos y órganos que suministran al juez ese conocimiento con lo cual se supera el problema.

473. Función de los medios de prueba

Los medios de prueba son el mecanismo que permite llevar al presente lo que sucedió en el pasado, a diferencia de las fuentes que permiten una percepción directa sin representación. Esta distinción suele encontrar razones distintas, como cuando se utiliza el término para apoyar la convicción que llevan al juez, que algunos denominan "medios para obtener certeza", y otros lo asienten como intermediarios de la "justificación" de la sentencia.

La función de la prueba que antes analizamos no difiere el objetivo cuando se relaciona con los medios. La diferencia aparece en la posibilidad que estos tienen para alcanzar ese resultado, a tono con el interrogante principal sobre ¿qué es materia de prueba?

Desde principios del siglo XIX, Bentham estableció dos niveles de distinción al hablar de la prueba (*proof*), el primero considerado como "el hecho principal", consistente en la existencia o inexistencia de lo que va a ser probado y la otra parte "el hecho probador" el cual es utilizado para demostrar la veracidad o falsedad del "hecho principal", de ahí que toda decisión fundada en una prueba se derive de un proceso de inferencia.[2204] En el mismo orden de ideas, Jesheck considera al respecto que existen en el derecho procesal penal alemán los conceptos de prueba y justificación, términos que tienen un alcance y significado muy distinto; por un lado, el primero se refiere a "aquel medio u objeto que proporciona al juez el convencimiento acerca de la existencia de un hecho" y el segundo se aplica no para convencer al juez sobre la existencia de un hecho, sino, para proporcionarle datos que le hagan constar la probabilidad de que ese hecho ocurrió.[2205] El autor distingue la finalidad de los medios de prueba en el proceso penal y en el proceso civil, por el hecho de que en el civil deben probarse todos los hechos discutidos mientras en el proceso penal, solo aquellos hechos de importancia para la resolución.

2204. Bentham, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, *op. cit.*, T. I, p. 132.

2205. Gómez Colomer, Juan Luis, *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Barcelona, Bosch, 1985, p. 128.

Más allá de estas cuestiones, es evidente la constante confusión reinante entre los elementos con que se prueba y la prueba. Cuando nos referimos a los medios de prueba, estamos hablando de la prueba en sí pero utilizada en un determinado proceso judicial, es decir la prueba existe por sí y al ser ofrecida y admitida dentro de un proceso judicial adquiere el nivel de medio, no siendo medio de prueba sino solo cuando se cumpla el requisito de ser ofrecida y admitida como tal en un proceso.[2206]

Vale decir que se producen tres niveles de atención: el que resulta del medio de prueba, el que surge de la prueba como objeto y aquel que representa la *fuente de la prueba*. Son niveles completamente distintos; la fuente de prueba vendrá a ser algo preexistente y extraño al proceso, el *medio de prueba* lo podemos entender como un concepto procesal, de existencia posterior a la fuente de prueba, siempre y cuando sea ofrecida al juicio la fuente de prueba, y finalmente, la prueba existirá cuando se produzca y valore oportunamente.

En el sentido y alcance de los términos "fuente de prueba", "medio de prueba" y "prueba", hay clasificaciones que toman origen en las fuentes, pues ellas existen antes del proceso, por ejemplo: cuando en las leyes procesales se señala "será admitido como medio de prueba todo aquello que sea ofrecido como tal", esto nos orilla a deducir que todo lo que se ofrezca como medio de prueba y sea admitido no constituye por ese hecho actividad probatoria, sino solo una fuente de prueba. De ahí, que cuando los autores entienden por medio de prueba todo aquello que sea ofrecido como tal mientras no sea contrario a la moral, ni al derecho, debe quedar claro que en estos casos se está pensando en las fuentes de prueba no obstante que se utilice el término medios.[2207]

La clasificación más tradicional de las fuentes de prueba es la elaborada por Bentham quien consideraba que existen ocho posibles clasificaciones:

a. *Medios de prueba personales y reales*, las primeras son aquellas aportadas por el ser humano y las segundas son generalmente deducidas del estado de las cosas.
b. *Medios de prueba directos e indirectos o circunstanciales*, el testimonio se aplica al "hecho principal", la testimonial es el más claro ejemplo de

2206. Plascencia Villanueva, Raúl, "Los medios de prueba en materia penal", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nº 83, versión digital.

2207. Plascencia Villanueva, "Los medios de prueba en materia penal", *passim*, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 83, UNAM.

esta, la circunstancial se refiere a objetos o bien vestigios que permitan acreditar algo, de ahí lo indirecto de este medio probatorio.

c. *Medios de prueba voluntarios y medios de prueba involuntarios*, la primera se refiere a aquella llevada al juzgador a la primera solicitud o sin necesidad de solicitud judicial, sin la amenaza o bien sin necesidad de ninguna medida coercitiva.
d. *Medios de prueba por práctica (deposition) y medios de prueba por documento*, este carácter dependerá de la producción de estos, si surgen como consecuencia y durante el proceso o bien de manera independiente y sin la intención de utilizarlos en él.
e. *Medios de prueba por documentos ocasionales y medios de prueba por documentos preconstituidos*, el más claro ejemplo de los primeros son la correspondencia personal, la agenda personal, el diario o cualquier otro documento análogo que no se haya realizado por el autor con la manifiesta intención de utilizarla en un proceso judicial. Por otra parte, si los medios de prueba se produjeron en virtud de un documento auténtico realizado en cumplimiento a ciertas formas legales con el objetivo de ser destinado posteriormente en un proceso, entonces recibe la denominación de medios de prueba preconstituidos.
f. *Medios de prueba independiente de cualquier otra causa y medios de prueba dependientes*, (*borrowed evidence*) si se refiere a una declaración judicial rendida en el mismo país o bien en otro, bien pueden ser denominados medios de prueba dependientes.
g. *Medios de prueba originales y medios de prueba derivados, el testimonio sería un medio de prueba original*, siempre y cuando sea un testigo presencial y directo de los hechos, pues en caso contrario estaríamos ante medios de prueba derivados. La misma suerte resulta aplicable a los documentos originales y las copias fotostáticas.
h. *Medios de prueba perfectos y medios de prueba imperfectos*, con la aclaración previa de que la perfección absoluta no es dable de conseguirse ante la imposibilidad de evitar el error de manera plena, debe mencionarse que en esta clasificación la perfección a la que se alude es relativa, en atención a la ausencia de imperfecciones de las que humanamente es posible identificar. Existen medios de prueba imperfectos por naturaleza, cuando por ejemplo la mente de un testigo lo imposibilita a declarar con apego a la verdad y, por otro lado, existen medios probatorios imperfectos en la forma cuando no se respetan las formalidades a seguirse para tomar la declaración de un testigo. [2208]

2208. Ídem.

474. La prueba más confiable

La historia de la prueba en el proceso destacó las variables del entendimiento humano y un recorrido que fue desde la representación divina a la razonabilidad de la ponderación. Así como otrora no se tuvo en cuenta el testimonio de ciertas personas (*v. gr.* mujeres, sacerdotes) prefiriendo el juramento estimativo; o cuando se prioriza el documento por sobre la declaración; pasando por las presunciones inquisitivas, hasta llegar a los actuales sistemas de apreciación de la prueba, el tiempo demuestra que los resultados se acumulan y no existen hoy modelos estrictamente puros y semejantes a los de antaño.

Por ejemplo, no se puede afirmar que la prueba legal haya sido desterrada, desde que la *prueba confesional* en sus efectos consigue iguales consecuencias. Similar conclusión se obtiene con el producto declarado tras el libre interrogatorio entre las partes, o cuando el documento se reconoce y legalmente se concibe auténtico, o las firmas se admiten puestas y remiten la necesidad de verificarlas, etc.

Inclusive, recordemos que la prueba científica tiene ese valor legal solo cuestionable con otra prueba de igual calibre y confiabilidad.[2209]

Tampoco se verifica que la apreciación racional de la prueba y, dentro de ella, el sistema de la sana crítica sea el resorte exclusivo de la aprobación, porque así como la prueba pericial encuentra confronte con lo científico y solo se relaciona por la técnica dispuesta para la producción, no así en los resultados; lo mismo ocurre con las percepciones directas como el reconocimiento judicial, que permiten visualizar el estado de cosas, personas y lugares, más no tienen otro efecto que esa verificación.

Dice Montero Aroca que cuando se trata del reconocimiento judicial o de la *ispezione giudiziale* pareciera como si el medio de prueba fuera ajeno a todas las cuestiones propias de la valoración y por ello es muy

2209. Reflexiona Morello al decir que "... en el tiempo inmediato, en que seguramente las conquistas científicas nos deslumbrarán aún más, el Derecho deberá hacer un redoblado esfuerzo de superación de sus propios niveles, para no quedar inmovilizado y, al cabo, descompensado. No hay obstáculos infranqueables para que, en ese desafío, se perfeccione desde los dos flancos: la evolución de la ciencia natural y el progreso técnico, por un lado y el de la apertura y superación de los logros de la ciencia jurídica que manejan los operadores del derecho en la búsqueda de la verdad, lo que provocará que la cuña científica cobre otro voltaje, desde el encofrado jurídico" (Morello, Augusto Mario, "La prueba científica", *LL* 1999-C-897).

significativo que los códigos procesales normalmente no se refieran a su sistema de valoración. De la valoración se podría hablar cuando un juez realiza el reconocimiento y otro dicta la sentencia, que es precisamente el supuesto en el que el reconocimiento pierde todo su sentido, pero cuando el mismo juez realiza el reconocimiento y dicta la sentencia no cabe propiamente hablar de credibilidad de la fuente-medio de prueba.[2210]

En consecuencia, la libertad judicial para apreciar el peso de la prueba se debate entre los mensajes que llegan desde los efectos de pruebas que se asumen como "legales", y otras que tienen menor expresión, aunque se representan con intensidad y convicción.

En este concierto están presentes también las máximas de experiencia, y las presunciones que surgen de los hechos normales, evidentes y notorios, que tienen un valor persuasivo distinto, complementario es cierto, pero directo para incidir en el concepto de encontrar cuál es la prueba más confiable.

Por eso es que se discute la conveniencia de apreciar en conjunto todas las pruebas, ante la dispersión intrínseca de sus respectivas virtudes. Para algunos:

> … la no dudosa razonabilidad de las reglas legales mantenidas en los Ordenamientos procesales civiles no debería impedir seguir cuestionando la oportunidad de la subsistencia de alguna de ellas. Una cosa es que sean razonables las existentes y otra que cumplan una finalidad atinente a la seguridad jurídica, a la garantía de las partes o a su libertad. Existen fuentes de prueba que cumplen fuera del proceso, y aunque el proceso no llegara a existir, una función de seguridad jurídica, y esa función debe seguir cumpliéndose en el caso de que la fuente de prueba llegue a incorporarse a un proceso por el medio de prueba correspondiente, supuesto en el que la seguridad jurídica se convierte en garantía procesal. En este caso estamos fundamentalmente ante la prueba documental pública. Es obvio que en la realidad cotidiana se realizan documentos públicos para dar certeza a las relaciones jurídicas e incluso para evitar posibles procesos, y por ello el valor que el documento público tiene en las relaciones jurídico materiales no puede ser desconocido cuando ese documento se aporta a un proceso. Sería absurdo atribuir un valor a un documento en el derecho material y negárselo en el derecho procesal, sin

2210. Montero Aroca, Juan, "Valoración de la prueba, reglas legales, garantías y libertad en el proceso civil", *Revista de Derecho Procesal Garantista*, Nº 2, año 2007, p. 17.

> perjuicio de que éste ha sido el absurdo defendido por quienes han pretendido aumentar los poderes del juez hasta el extremo de desconocer el valor que las partes han querido dar a algunos documentos, valor que no puede ser negado ni siquiera por el juez. En este caso de los documentos públicos el mantenimiento de reglas legales de valoración similares a las actuales se convierte en la subsistencia de verdaderas garantías para las partes. Estas cuando empiezan un proceso y en el mismo aportan un documento público tienen que estar seguras de que, a salvo los casos de delito de falsedad (en italiano de *querela di falso*), el juez no podrá atribuir mayor valor probatorio a lo dicho por uno o más testigos. Si en la escritura pública el notario da fe de que la misma se otorgó un día determinado, esa fecha se impone sobre las declaraciones de posibles testigos y el juez tendrá que afirmar como hecho probado lo aseverado por el notario. Si la función de la regla legal de prueba cuando se trata de los documentos públicos funciona generalmente como garantía para las partes, debe concluirse que la negación de esa regla incluso para los procesos llamados no dispositivos es necesariamente la negación de una garantía.[2211]

475. Colofón

Antes de entrar en el análisis de cada medio de prueba en particular, conviene sintetizar las dos líneas que ciñen a la prueba judicial.

Montero Aroca y Alvarado Velloso, columnas del "garantismo procesal" sostienen que la finalidad de la prueba no es la verdad.

El profesor Alvarado Velloso dice:

> Con la declarada intención de posibilitar un conocimiento sistemático del espinoso tema relativo a la prueba judicial y, además, de evitar peligrosos huecos interpretativos que subjetivizan en demasía el de por sí muchas veces azaroso resultado de un litigio, he intentado presentarlo como parte integrante de un verdadero sistema procesal que funcione lo más objetivamente posible para hacer siempre predecible la respuesta jurisdiccional y, así, mejorar a la postre la labor abogadil. Para ello, puse énfasis en sostener que el proceso es método neutro y no meta a lograr; que el objeto de la labor probatoria no se encamina a la búsqueda final de la verdad última de las cosas sino al simple convencimiento del juez que debe resolver el litigio; que el juzgador debe manejarse con auténtica

2211. Ibídem, p. 20.

> imparcialidad tanto en la labor de procesar cuanto en la de sentenciar; que en virtud de ello debe abstenerse de efectuar toda y cualquiera labor de naturaleza probatoria; que es posible sistematizar adecuadamente los medios confirmatorios conocidos, otorgándoles diferentes grados de eficiencia probatoria; que es conveniente eliminar algunos y sustituir otros para que el sistema pueda funcionar armónicamente. Finalmente, me empeñé en mostrar medios de comprobación, de mostración, de acreditación y de convicción, para terminar sosteniendo que, en cualquiera de todas las hipótesis posibles, el juez debe lograr convicción y, a base de ella, decidir el conflicto normando en consecuencia. Con el agregado de que la única forma que tiene de hacerlo es explicando razonadamente todos los motivos que tuvo in mente para fallar en un sentido y no en otro.[2212]

Por otro lado es Taruffo quien se opone con mayor énfasis, representando a un amplio sector (que compartimos). Dice el jurista italiano, con afán de síntesis, que

> … no es posible aquí examinar la tesis en todas sus versiones y variantes: en sustancia, tal tesis (del garantismo) afirma que la presencia de un juez dotado de poderes de instrucción autónomos sería uno de los indicadores seguros del hecho de encontrarnos en un sistema autoritario, mientras un sistema auténticamente liberal no debería atribuirle al juez ningún poder de iniciativa de instrucción. No está claro, en los términos en que generalmente esta tesis es expresada, si se entiende que sería autoritario y antiliberal el proceso en el que el juez cuenta con poderes de instrucción autónomos, o si se tiene que considerar como autoritario, totalitario y antiliberal también el sistema político en el que semejantes poderes le son atribuidos al juez civil. En la primera hipótesis, todo el discurso amenaza a reducirse a un juego circular de definiciones: en realidad, se puede llamar "autoritario" al proceso en que el juez tiene poderes de instrucción, y llamar "liberal" al proceso en que el juez está privado de tales poderes. Esto en el empleo lingüístico es bastante común, aunque pueda parecer incongruente definir como simplemente "liberal" un proceso caracterizado por el monopolio de las privados sobre los medios de prueba, puesto que un proceso semejante pudiera ser "no liberal" bajo otros puntos de vista, por ejemplo no asegurando la independencia del juez. El primer uso lingüístico es aún más incongruente ya que un proceso en que el juez cuenta con poderes de instrucción no implica

2212. Alvarado Velloso, Adolfo, *La prueba judicial*, Lima, *Egacal* (Colección Derecho Procesal Contemporáneo, N° 1), 2007, p. 95.

ningún "autoritarismo" procesal, pudiendo tales poderes configurarse como puramente supletorios y complementarios con respecto de los de las partes, y pudiendo el juez desarrollar un papel completamente secundario, o marginal, en la recolección de las pruebas.

Además, como a menudo ocurre, el juez puede prescindir de ejercer sus poderes, así que no se tendría, en realidad, ningún gesto autoritario en la instrucción probatoria. Este modo de usar el lenguaje no es, en todo caso, neutral, en virtud de la valoración negativa que el uso retórico del término "autoritario" le da al proceso en que el juez está dotado con poderes de instrucción, y de la valoración positiva que el término "liberal" retóricamente otorga al proceso en que el juez está privado de tales poderes. Se trataría pues de un juego de definiciones determinadas no particularmente útil pero tampoco inocuo: es en todo caso oportuno no valerse de definiciones semejantes, ya que ellas parecen precursoras de confusiones y tergiversaciones.

La segunda de la hipótesis antes indicada (o sea, aquella según la cual existiría una conexión directa entre la presencia de poderes de instrucción del juez y la naturaleza autoritaria del sistema político en la que tales poderes son previstos) parece tener un contenido más serio y laborioso y, por lo tanto, merece alguna ulterior mención. En sus versiones corrientes, esta orientación es incierta por varias razones, relativas ante todo, a la falta de una teoría política creíble y suficientemente articulada. Por ejemplo, generalmente no se distingue entre los muchos tipos de régimen político que, en su momento, son calificados como autoritarios, poniendo junto cosas bastante diferentes como el fascismo, el comunismo, el socialismo, el Estado asistencial e intervencionista, el Estado social, etcétera. De este modo la calificación de "autoritario" se hace así vaga y genérica por resultar sustancialmente falto de sentido. De otra parte, no se distingue ni siquiera entre las varias especies de liberalismo, así que no se logra comprender si se habla de la concepción de Nozick, de Rawls, de Mill, de Hayek, de Croce o de algún otro exponente de la teoría política liberal. En realidad, los partidarios de la orientación que aquí se considera no se interesan en la teoría política, y menos se preocupan por definir los conceptos políticos que emplean. Resulta sin embargo claro cuál es el tipo de sistema liberal al cual se dirigen sus preferencias: estos son –genéricamente– aquellos sistemas del siglo XIX en los que estuvo vigente las concepciones del proceso civil típico del individualismo propietario, con la exaltación de la autonomía de las partes como valor absoluto y prioritario de actuar a cualquier coste, y privilegiado con respecto a cualquier exigencia de funcionalidad y eficiencia del procedimiento.

Además, no se considera que la contraposición fundamental, como se observa en la ya clásica obra de Neumann, se dé entre liberalismo y autoritarismo, sino entre estado democrático y estado autoritario. La diferencia es importante porque han existido sistemas políticos que se inspiraron para algunos aspectos en la ideología liberal pero que ciertamente no pueden ser definidos como demócratas. La Italia de la segunda mitad del siglo XIX –al que algunos defensores del revival hacen referencia– fue por algunos calificada como "liberal", y lo fue en particular en el ámbito de la justicia civil, puesto que el juez configurado por el código procesal del 1865 fue sustancialmente pasivo y no contó con poderes de instrucción autónomos. Sin embargo el régimen de la época no fue ciertamente democrático, puesto que –para citar un solo aspecto– el derecho a voto correspondió solamente a un reducido porcentaje de ciudadanos varones. De otra parte, han sido varios los regímenes autoritarios en los que el proceso civil permaneció como monopolio de las partes con respecto a la dirección del proceso y a la disponibilidad de los medios de prueba: basta pensar en el código napoleónico de 1806, que sirvió luego de modelo a numerosas codificaciones del siglo XIX, al reglamento procesal austriaco del 1815, a la Italia fascista, donde hasta 1942 estaba en vigor el código "liberal" del 1865, o a la España franquista, en el que estaba en vigor la "liberal" Ley de Enjuiciamiento Civil del 1881.[2213]

2213. Taruffo, Michele, "Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa", *op. cit.*, p. 95.

Capítulo LXII
Prueba documental

476. Nociones generales

El derecho procesal concibe como *documento* a cualquier representación material que sea una manifestación del pensamiento.[2214] Son el producto de una actividad humana, al igual que el testimonio o la confesión, pero se diferencia de ellos porque no son actos ocasionales, sino manifestaciones destinadas a perdurar. Por ejemplo, es documento aquello que se forma e implementa con signos de escritura (un contrato, una carta documento); también los que no tienen signos, como las fotografías, radiografías, planos, cintas de audio o de video, films cinematográficos, etcétera; y lo son, asimismo, los que la reducen a ser un objeto físico (escrito o no).[2215]

La dificultad que presentan surge del sistema normativo que puntualiza en forma distinta al documento que se aplica como prueba, respecto de aquel que se constituye con fines diversos. El primero es amplio, y se define como toda cosa que sea producto de un acto humano, perceptible con los sentidos de la vista y el tacto, que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera.[2216] El otro se conoce como "instrumento", tal como los presenta el Código Civil y Comercial, dividiéndolos en públicos y privados, regulando en ellos todo lo concerniente a forma, contenido y fuerza probatoria (arts. 288, 289, 293, 296, 313, 314, 319 y cctes.).

2214. Chiovenda, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. III, p. 265.

2215. Esta es la opinión de Guasp cuando afirma que [...] "Prueba real es aquella en que un objeto físico sirve como instrumento para convencer al juez de la existencia o inexistencia de ciertos datos procesales [...] Más dentro de la prueba real hay que establecer una distinción importante según que el objeto físico que funciona como medio de prueba sea o no susceptible, por su naturaleza, de ser llevado a la presencia del órgano jurisdiccional. Sólo en el primero de estos dos casos es cuando realmente cabe hablar, dentro de un proceso, de prueba documental" (Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 391 y ss.).

2216. Devis Echandía, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial, op. cit.*, T. II, p. 486.

Es decir, al Código Procesal no le interesa la forma de autenticar los documentos privados, ni el trámite para su impugnación, sino la manera de adquirirlos como prueba. De allí que la agregación de prueba documental se remita a normas adjetivas, mientras que el estudio de los documentos tiene expresiones distintas según la norma aplicable en cada supuesto.

Por ejemplo, cuando se trata de correspondencia particular, el Código Civil dispone en el artículo 318 que

> La correspondencia, cualquiera sea el medio empleado para crearla o transmitirla, puede presentarse como prueba por el destinatario, pero la que es confidencial no puede ser utilizada sin consentimiento del remitente. Los terceros no pueden valerse de la correspondencia sin asentimiento del destinatario, y del remitente si es confidencial.

Para Chiovenda, para que los documentos sean medios de prueba es necesario que:

a. la manifestación del pensamiento reproducida esté más o menos relacionada con los hechos de la causa, parezca más o menos seria y sincera; y
b. la reproducción sea más o menos fiel y atendible.[2217]

Son también documentos los registros de contabilidad y estados contables regulados en los artículos 320 y ss. del Código Civil y Comercial. Con adecuada precisión establece el artículo 330:

> *Eficacia probatoria*. La contabilidad, obligada o voluntaria, llevada en la forma y con los requisitos prescritos, debe ser admitida en juicio, como medio de prueba.
>
> Sus registros prueban contra quien la lleva o sus sucesores, aunque no estuvieran en forma, sin admitírseles prueba en contrario. El adversario no puede aceptar los asientos que le son favorables y desechar los que le perjudican, sino que habiendo adoptado este medio de prueba, debe estarse a las resultas combinadas que presenten todos los registros relativos al punto cuestionado.
>
> La contabilidad, obligada o voluntaria, prueba en favor de quien la lleva, cuando en litigio contra otro sujeto que tiene contabilidad, obligada o voluntaria, éste no presenta registros contrarios incorporados en una contabilidad regular.

2217. Chiovenda, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. III, p. 265.

> Sin embargo, el juez tiene en tal caso la facultad de apreciar esa prueba, y de exigir, si lo considera necesario, otra supletoria.
> Cuando resulta prueba contradictoria de los registros de las partes que litigan, y unos y otros se hallan con todas las formalidades necesarias y sin vicio alguno, el juez debe prescindir de este medio de prueba y proceder por los méritos de las demás probanzas que se presentan.
> Si se trata de litigio contra quien no está obligado a llevar contabilidad, ni la lleva voluntariamente, esta solo sirve como principio de prueba de acuerdo con las circunstancias del caso.
> La prueba que resulta de la contabilidad es indivisible.

Esta disposición conserva el criterio de considerar documentos a los libros de comercio llevados en legal forma por los comerciantes, que en el código de comercio derogado eran considerados documentos privados, que se podían hacer valer como prueba (art. 208, incs. 2 y 5).

Se aligeró el valor representativo que tenía que era similar a la confesión, pero se han seguido los reclamos de la doctrina que exigían desde la cátedra el respaldo documental de los asientos, pues de otro modo, se diluía la eficacia probatoria.

Además, cuando la relación entre documento y prueba excede la representación habitual que expresa la escritura (*documento declarativo*), la extensión supone tener como medio de verificación de los hechos a cualquier otro signo representativo como las constancias (*v. gr.* señales de tránsito; mojones en las rutas; etc.), los indicios (*v. gr.* manchas o contraseñas; el principio de prueba por escrito, etc.), u otros que sean igualmente gráficos y evidentes.[2218]

Esta dispersión de criterios que fue presa de numerosas críticas se ha mejorado notoriamente como veremos de inmediato. El CCyC ha mejorado, incluso con aclaraciones bienvenidas, la oportunidad de agregación a la litis, así como agregó una gran cantidad de preceptos referidos a la eficacia probatoria (arts. 294, 296, 309, 312, 319, 330 y muchos más).

2218. El art. 251 del Código de Procedimiento Civil colombiano, siguiendo el pensamiento de Carnelutti, considera como documentos a los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares (cfr. Parra Quijano, Jairo, *Tratado de la prueba judicial - Los documentos*, *op. cit.*, T. III, p. 11).

Como se considera que todo documento preexiste al conflicto, la parte que lo invoca tiene que llevarlo e invocarlo conjuntamente con la demanda, estableciendo una asimetría notable con la producción de los demás medios de prueba. En consecuencia, para estudiar la prueba documental no es posible realizar interpretación del texto normativo, sin considerar las adecuaciones que necesariamente se coligen de los nuevos documentos (electrónicos, digitales, electromagnéticos, etc.) y de otras formas de representación que superan el carácter simplemente declarativo de sus manifestaciones.

477. La prueba documental en la historia

El documento comenzó a utilizarse en el derecho hebreo como medio para la acreditación del matrimonio y para la prueba de la venta de inmueble, del mismo modo que en Asiria, Egipto, Grecia y Babilonia, donde también será empleado como verificación del contrato de préstamo o mutuo, anticresis, comodato, y en los juicios de divorcio, etcétera, tal cual se lee en el Código de Hammurabi (2250 a. C.).

En la Roma antigua predomina la *prueba testimonial* hasta entrado el imperio, aunque durante las *legis actionis* existían ciertas *pruebas documentales* (*v. gr. codees rationum mensae o argentariae* utilizado por los banqueros), tendencia que se acentúa en el *formulario* al comenzar a exigirse la *prueba literal* para ciertos contratos (*obligatio quae contrahitur literis*) y actos.

En esta época los documentos no se firmaban como en la actualidad, sino que existe un procedimiento denominado *manufirmatio*, mediante el cual después de darse lectura a los mismos por su autor o por el notario se los desplegaba sobre una mesa, se les pasaba la mano encima en prueba de aceptación, estampándose acto seguido el nombre del autor.

Posteriormente los documentos que las partes querían mantener fuera de toda controversia en cuanto a su autenticidad se depositaban en poder del *magister census* en Roma, o bien de los magistrados municipales de las provincias, razón por la que en Constantinopla, Justiniano debió ordenar la creación de archivos, en todas las poblaciones.

Constantino restringe la prueba testimonial, incidiendo inversamente a favor de la documental, en parte debido a la menor fe que merecía la palabra del hombre, al disminuir la influencia que la religión

ejercía. La Ley N° 9, Código de *testibus*, 4, 20, negaba valor al testimonio proveniente de testigo único, de donde se extrae la máxima *unus testis nullus testis* y la Ley N° 1 *eod. tit.* (Ley griega) sostenía que ya no podía producirse testimonio no escrito contra testimonio escrito (*contra scriptum testimonium non scriptum testimonium haud profertur*).

Para esta época existen varias categorías de documentos: los *documentos públicos* (acta o gesta) redactados por oficiales públicos, que hacían plena fe aun después de muerto su autor, donde ninguna prueba podía desvirtuar su validez, salvo que persiguiera demostrar la falsedad o error en el documento; una segunda categoría lo constituían los *instrumentos públicos*, actas notariales o *instrumenta forensia* que se hallaban subordinados a la vigilancia de los magistrados, gozando de mayor fe que los *instrumentos privados* que conforman la tercera categoría, en los que era costumbre que intervinieran también testigos, cuya eficacia quedaba sujeta a la declaración de ellos en el supuesto de que fueran desconocidos.

Con la caída del imperio romano y su conquista por los primitivos pueblos germánicos, el documento volvió a caer en desuso en el comercio y en los procedimientos judiciales; perduró el abandono por varios siglos hasta la edad media, donde por obra del Derecho canónico se lo empleó decididamente como medio de prueba de celebración de los contratos, matrimonios, nacimientos y defunciones, y también, como medio de prueba judicial, dando nacimiento a la función notarial tal como hoy se la conoce.

Es justamente el Derecho canónico quien influye y penetra en las leyes de las Siete Partidas (1260) en las que se acepta el documento para la prueba de testamentos, convenciones y hechos. Posteriormente este régimen jurídico se expande a Portugal e Italia, donde en 1241 comienzan a sancionarse algunos estatutos notariales como en Vercelli, Niza, Ravenna, etc.

Las Partidas acrecientan la necesidad de la escritura "... porque lo que antes fuere hecho, no se olvidase, y supiesen los hombres por ella las cosas que eran establecida." (Partida III, 28, introd.), clasificando a los instrumentos como públicos, auténticos y privados. Los instrumentos públicos eran aquellos celebrados ante un escribano público y en presencia de testigos (Partida III, 18 Ley N° 1). Los instrumentos auténticos lo constituían los suscriptos, sellados y formados por el rey, los obispos, los nobles o concejos, y los privados, eran los que extendían particulares.

Tanto los instrumentos públicos, como los auténticos hacían plena fe; en cambio los privados requerían el reconocimiento de la parte o su comprobación por dos testigos de vista, vale decir, personas que hubiesen presenciado la firma.

El régimen normativo que regulaba la materia es numeroso. En 1453 se sanciona el estatuto de Bolonia, aprobado por el Papa Nicolás V, quien prohibió la prueba por testigos de los pagos de más de 50 libras y de los contratos superiores a 100 libras. Luego un estatuto de Milán de 1498 también vedó la prueba testimonial respecto de ciertos actos; después, la ordenanza de *Moulins*, de 1566, requirió el instrumento notarial para la prueba por escrito de todo contrato que excediese la suma de 100 libras y pagos mayores a 50 libras, modificándose posteriormente en 1667 por la Ordenanza de San Luis, que acordó igual eficacia al instrumento privado.

Se adopta como regla que el documento priva sobre el testimonio desde el Código Civil francés (*lettres passent temoins*), del cual pasa a los restantes ordenamientos europeos y legislaciones latinoamericanas.

Y así fue forjándose la importancia de la escritura en la constitución de los negocios jurídicos, por la seguridad que brinda en la acreditación de su existencia.

478. Naturaleza jurídica del documento

Hay dos tendencias en esta cuestión. El *derecho civil* reglamenta como documentos a los instrumentos *públicos* y *privados*, sometidos a un régimen de autenticidad diferente al que tienen las normas procesales. En esta línea, es documento toda declaración expresada por escrito que no tiene validez si no está así expresado (*v. gr.* contratos). Ellos se constituyen para dar seguridad a las transacciones y con el objeto de dejar constancia de la intención expuesta. Cuando el testimonio es unilateral (*v. gr.* una carta; un mensaje electrónico; un aviso; etc.) reproduce el pensamiento de una parte y, en el proceso, valen como prueba cuando se admite su recepción y se reconoce la autenticidad. Básicamente se consideran instrumentos a los actos escritos y firmados por sus autores.

Bernal Aveiro aclara que

> … por razones que atañen a la estabilidad y seguridad de los derechos, en los más importantes actos de la vida social y del tráfico jurídico, las partes

> prefieren –o deben en algunos casos por indicación de la ley– exteriorizar esos hechos que constituyen o prueban una relación jurídica –o sus–, de modo tal que se objetiven en un soporte material que adquiere vida propia y trasciende, por así decirlo, a sus autores, sea con la finalidad de dar nacimiento al propio acto, sea con la de asegurar su exacto conocimiento para el futuro, y si es necesario, servir de prueba del mismo ante la contingente hipótesis de la inobservancia del derecho que de ellos deriva.[2219]

Vale decir, este sector preferencia la esencia declarativa del documento, y su finalidad como prueba del acto jurídico celebrado o de la manifestación que se reproduce.

En otro sector se ubica el *derecho procesal*, que adopta a esa declaración con un contenido probatorio. De este modo el documento es *representativo*. Así dedujo Carnelutti que todo documento, en sentido estricto, debía estar vinculado con el hecho representado en el momento de la creación, y esta es la diferencia que tiene con el testimonio, por eso:

> ... si la formación del documento tiene lugar en ausencia del hecho documentado, existen en realidad un testimonio y un documento del testimonio; a saber: lo que se forma fuera de la presencia del hecho documentado es el testimonio y el documento de éste se constituye, en cambio, en presencia del mismo.[2220]

Sin embargo, el alcance que se asigna como fuente de prueba es ocasional y contingente, porque las partes antes que formalizar un elemento escrito que preconstituye un arma a usar ante un litigio eventual, en realidad tienen en miras concretar las bases de un acuerdo material, con efectos distintos al de generar una prueba. Con este argumento, importa más diferenciar el documento de la declaración documentada, sin atender el tiempo de la creación.

Framarino sostiene que el documento es una prueba personal; una de las maneras de exteriorizar las declaraciones de personas, que se caracteriza porque no es posible reproducirlas oralmente, requisito este último que distingue el documento del testimonio escrito.[2221]

2219. Bernal Aveiro, Karina, "Prueba documental", en Midón, Marcelo Sebastián (coord., dir.), *Tratado de la Prueba, op. cit.*, p. 424.

2220. Carnelutti, Francesco, *La prueba civil, op. cit.*, p. 34.

2221. Framarino Dei Malatesta, Nicola, *Lógica de las pruebas en materia criminal, op. cit.*, T. II, p. 321.

Desde Chiovenda en adelante, con pocas disidencias, se interpreta al documento con amplitud de criterio. Lo que equivale a decir que no es solo la transcripción escrita, sino, como dice Falcón, toda huella, dato, vestigio –natural o humano– que se asienta sobre un objeto y nos permite advertir que este sea constituido en registro de un hecho. Los objetos que vienen a ser los documentos pueden ser impresionados entonces por hechos naturales o humanos. Entre los primeros encontramos, por ejemplo, una falla geológica y entre los segundos una estatua. En el proceso interesan mayoritariamente los objetos (documentos) impresionados por hechos del hombre, aunque no dejan de ser importantes los otros (como por ejemplo, los daños producidos por el granizo). Ese mensaje puede ser útil a los efectos jurídicos cuando contengan un dato que haga al proceso. El mensaje es diverso, pues puede responder a un acto voluntario (como una carta, un contrato, una confesión, etc.) como involuntario (restos, impresiones digitales, rastros de ADN, papeles sueltos, daños naturales de los que derive responsabilidad objetiva, etc.).[2222]

La doctrina nacional es coincidente con esta línea que se refleja desde Alsina, para quien el documento es toda representación objetiva de un pensamiento, la que puede ser material o literal. Son documentos materiales, entre otros, los equipos, las tarjetas, las marcas, los signos, las contraseñas, y por su parte son literales las escrituras destinadas a constatar una relación jurídica y para las cuales se reserva el nombre de instrumentos.[2223]

La diferencia puede estar en la observación que se formula al sostener que la amplitud para determinar cuándo se está en presencia de una prueba documental corre el riesgo de quedar acotada a todo aquello que siendo representativo sea susceptible de llevarse ante la presencia judicial. Calidad que no es compatible con los enunciados anteriores, porque la extensión del significado de "documento" hacia todo lo que es representativo supone relacionar el hecho con la existencia que deja constancia, o también, con el único testimonio de probar el derecho que se tiene.

2222. Falcón, Enrique Manuel, *Tratado de la Prueba, op. cit.*, T. I, p. 836.

2223. Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, op. cit.*, T. III, p. 391.

478.1 Documentos declarativos

Para evitar desconcierto conviene atender la índole probatoria de los documentos observando el contenido de ellos. La separación entre *declarativos* y *representativos* es útil. Los primeros son testimonios escritos destinados a producir efectos jurídicos. Son *dispositivos* cuando crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas (*v. gr.* contrato, letra de cambio, acto administrativo, sentencia judicial) e *informativos* cuando se limitan a dejar constancia de una determinada situación de hecho (*v. gr.* asientos en los libros de contabilidad, historia clínica, información periodística, etc.).

En esta categoría, los documentos declarativos se pueden diferenciar entre *confesorios* y *testimoniales* según que respectivamente aquella sea o no contraria al interés de quien la emite.[2224] Pueden ser particulares y no tener la firma de todas las partes, en cuyo caso corresponderá aplicar lo dispuesto en el artículo 319 del Código Civil y Comercial que con el título valor probatorio dice:

> El valor probatorio de los instrumentos particulares debe ser apreciado por el juez ponderando, entre otras pautas, la congruencia entre lo sucedido y narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen.

También es un precepto aplicable a los documentos electrónios que se definen como toda representación en forma electrónica de un hecho jurídicamente relevante susceptible de ser recuperado en forma humanamente comprensible.[2225]

478.2 Documentos representativos

Los que no contienen declaraciones, pero testimonian la celebración de un hecho que patentizan con su exposición son documentos representativos.

2224. Cfr. Carnelutti, Francesco, *La prueba civil, op. cit.*, p. 177; Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 394; Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. IV, p. 421.

2225. D'Alessio, Carlos, en Lorenzetti, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Buenos Aires/Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, T. II, 2015, pp. 229-238.

En estos la finalidad probatoria (o preconstitutiva de prueba) no está presente desde la creación. Por ejemplo, un fotógrafo que documenta mediante su cámara las imágenes de un hecho que sucede, en su pensamiento está la elaboración artística no el fin preventivo del instrumento. Inclusive, puede suceder que la imagen fotográfica fuera tomada automáticamente, de allí que el autor no esté presente ante la programación del suceso. Sin embargo, la fotografía es un documento, no declarativo, pero sí de fuerte imposición representativa.

Observa Parra Quijano que "La representación existe independientemente de que la capte el hombre o no, lo importante es que el objeto que represente, sea producto de la elaboración directa o indirecta del hombre".[2226]

479. Funciones del documento

En la senda de lo recién expuesto, queda señalado que el documento es prueba *declarativa* y *representativa*; tiene carácter de prueba preconstituida, por ser anterior al proceso, y al mismo tiempo, esa formación le otorga efectos *sustanciales* y *solemnes* cuando para su validez se requiere la conformación escrita. En estos casos, la coincidencia de proyecciones (sirve como prueba eventual y como elemento que condiciona la existencia del acto).

Estos documentos pueden relacionar su validez con la celebración expresa que la ley ordena (*ad solemnitatem*), y en otras, la forma escrita solo es válida como medio de prueba (*ad probationem*).

Según la formalidad que la ley establezca para el acto podemos clasificarlo en:

a. No formales: cuando la ley no les impone ninguna formalidad especial y deja la forma librada a la elección de las partes (art. 284, CCyC);
b. Formales: cuando la ley exige determinadas pautas y condiciones para su realización, como que sean escritos, en presencia de testigos, pasados ante escribano u oficial público, o con el concurso del juez del lugar.

2226. Parra Quijano, Jairo, *Tratado de la prueba judicial. Los documentos, op. cit.*, T. III, p. 13.

Los actos formales se clasifican en:

i. Solemnes: que tienen formalidades determinadas como requisito de validez (*ad solemnitatem*), pues si el acto carece de ellas será nulo.
ii. No solemnes: en estos casos las formas no son requsito de validez, sino de prueba de la ocurrencia (*ad probationenm*). Si se omite la formalidad exigida, el acto igual será valido, pero su existencia deberá ser probado por otros medios de prueba.

En este campo el Código Civil y Comercial divide entre instrumentos públicos y privados. Los primeros se otorgan con las formalidades que la ley establece, como ser:

> Artículo 292. Presupuestos. Es presupuesto para la validez del instrumento que el oficial público se encuentre efectivamente en funciones. Sin embargo, son válidos los actos instrumentados y autorizados por él antes de la notificación de la suspensión o cesación de sus funciones hechos conforme a la ley o reglamento que regula la función de que se trata. Dentro de los límites de la buena fe, la falta de los requisitos necesarios para su nombramiento e investidura no afecta al acto ni al instrumento si la persona interviniente ejerce efectivamente un cargo existente y actúa bajo la apariencia de legitimidad del título.
> Artículo 293. Competencia. Los instrumentos públicos extendidos de acuerdo con lo que establece este Código gozan de entera fe y producen idénticos efectos en todo el territorio de la República, cualquiera sea la jurisdicción donde se hayan otorgado.

Dice el artículo 291 del código de fondo que son de ningún valor los instrumentos autorizados por un funcionario público en asunto en que él, su cónyuge, su conviviente, o un pariente suyo dentro del cuarto grado o segundo de afinidad, sean personalmente interesados.

479.1 Requisitos de validez del instrumento público

En líneas generales los requisitos de validez están señalados en el artículo 290:

> Requisitos del instrumento público. Son requisitos de validez del instrumento público:
> a. la actuación del oficial público en los límites de sus atribuciones y de su competencia territorial, excepto que el lugar sea generalmente tenido como comprendido en ella;

b. las firmas del oficial público, de las partes, y en su caso, de sus representantes; si alguno de ellos no firma por sí mismo o a ruego, el instrumento carece de validez para todos.

Cabe destacar que las formalidades son diferentes para cada tipo de instrumentos, pero hay dos requisitos que, por lo general, se exigen en todo instrumento público que son la firma y la concurrencia de testigos.

El instrumento público debe ser firmado por todos los interesados que aparezcan como parte en él. Las afirmaciones hechas por ellos y las del oficial público que lo autorizó no pueden contradecir, variar ni alterar su contenido, si no alegan que testificaron u otorgaron el acto siendo víctimas de dolo o violencia (art. 297). Respecto a aquellos actos que no guarden las formas debidas valen como instrumentos privados si llevan las firmas de las partes (art. 294, párr. final).

La dificultad interpretativa está en que la norma no dice quiénes serán los oficiales públicos que cuenten con atribuciones suficientes y jurisdicción bastante para actuar sin extralimitarse (ver el art. 292, CCyC). Ellos podrían ser funcionarios de la administración o agentes delegados con poderes suficientes.

Convengamos que la dificultad aparece cuando no se encuentran escribanos o notarios, u otros que puedan ser investidos y puestos en el cargo, quedando la responsabilidad de las actuaciones en quien las autoriza.

479.2 Valor probatorio del instrumento público

El valor probatorio del instrumento público se regula en el Código sustancial en el artículo 296 con estos términos:

> Eficacia probatoria. El instrumento público hace plena fe:
> a. en cuanto a que se ha realizado el acto, la fecha, el lugar y los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él o ante él hasta que sea declarado falso en juicio civil o criminal;
> b. en cuanto al contenido de las declaraciones sobre convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos y enunciaciones de hechos directamente relacionados con el objeto principal del acto instrumentado, hasta que se produzca prueba en contrario.

La particularidad es que la eficacia probatoria no se refiere estrictamente a la prueba de autenticidad que reglamenta el Código Proce-

sal que se mantiene vigente. El Código Civil relaciona los efectos que tiene para las partes concertantes un documento que, labrado por oficial público, hace plena fe de las declaraciones contenidas, mientras que las firmas comprueban la declaracion de voluntad establecida.

> Dicha fuerza probatoria, que no requiere de ningún elemento externo al instrumento celebrado para tener vigencia, no solo alcanza y se extiende a las partes y a sus sucesores, sino también a los terceros y a todos los sujetos que no tienen ninguna relación con el acto o el negocio. "Ninguna relación" importa sostener que alcanza también a quienes carecen de un interés directo o indirecto vinculado con el acto y sus consecuencias. Se facilita de ese modo la prueba, otorgándose a los instrumentos plena fe de su contenido. Se puede decir que ello se deriva de la aplicación de la fe pública y su corolario: la autenticidad de los instrumentos públicos. La fuerza probatoria es el elemento que caracteriza al instrumento público y que lo diferencia del instrumento privado, que no tiene esa cualidad.[2227]

La autenticidad se refiere a la existencia del documento y cuando se controvierte en juicio, la norma sustancial solo es indicativa, porque la autenticidad documental que se debe realizar mediante la actividad probatoria se rige por un sistema propio que solo tiene el Código Civil como referencia.

Entre ambos reglamentos no hay contradicción sino armonía. Un instrumento público para ser impugnado y lograr su invalidez debe encararse por la vía de la redargución de falsedad.

Ella se debe dirigir contra los elementos esenciales del documento que se desconoce (lugar, fecha, domicilio, identificación del requerido, motivo u objeto de la medida a cumplir, lugar donde se practica la diligencia efectivamente, personas intervinientes, entrega de cosas o dinero en presencia del oficial público o exhibición de títulos –si ese era el objeto de la medida–), teniendo en cuenta que la nulidad ha de confrontar con la fuerza probatoria implícita que se desprende de haber sido hecho conforme las formas de ley que satisfacen la buena fe, ratificado además por la actuación de un oficial público que fiscalizó el acto dándole las formas que la ley determina.

2227. Herrero, Marisa; Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, op. cit.*, T. II, p. 480.

Quiere decir, entonces, que la eficacia probatoria referida como efectos del contrato se relaciona con las partes y terceros alcanzados; mientras que la impugnación del instrumento público no tolera el desconocimiento simple del artículo 356 del CPCC. Se debe proceder con el incidente de nulidad, o la redargución de falsedad (art. 393, CPCC) a cuyo espacio remitimos para mayor abundamiento.

479.3 Valor probatorio del instrumento privado

Por su parte la fuerza probatoria de los instrumentos privados es distinta pues no valen por sí, sino por el medio que los acredita. Si una de las partes quiere hacer valer un instrumento privado, deberá probar que es auténtico, para lo cual es necesario que la otra parte reconozca el documento, o más concretamente: que reconozca su firma.

El Código Civil y Comercial zanja actualmente una polémica. Los documentos privados eran acuerdos voluntarios entre partes que acordaban y daban a sus declaraciones el valor del compromiso. Ellos podían llevar la firma de todos los intervinientes o haberse establecido por vías diferentes careciendo entonces de la firma (*v. gr.* contratos entre ausentes; adhesión a cláusulas preimpresas; contratos electrónicos, etc.). Hoy día la ley de fondo los divide en instrumentos particulares que se encuentran firmados (instrumentos privados) e "instrumentos particulares no firmados" (art. 287 CCyC).

El artículo 287 dice:

> Instrumentos privados y particulares no firmados. Los instrumentos particulares pueden estar firmados o no. Si lo están, se llaman instrumentos privados. Si no lo están, se los denomina instrumentos particulares no firmados; esta categoría comprende todo escrito no firmado, entre otros, los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información.

El régimen lleva a distanciar el sistema probatorio. Cuando hay firma, entonces, no hay dudas de que se trata de un instrumento privado. La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo. En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho

si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento (art. 288, CCyC).

Advierte la doctrina que:

> El Código Civil y Comercial tiene un concepto distinto de firma. Se la define por su efecto principal que es probar la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto. Por tanto, en principio, sería irrelevante si se trata de iniciales o signos en la medida que se pruebe la autoría de la declaración. Pero, a continuación, agrega que "*debe consistir en el nombre del firmante o en un signo*", incurriendo de este modo en una rigidez compatible con la que exhiben los arts. 1012 y 1014 del Código Civil. El rasgo determinante de la exteriorización de la voluntad es la habitualidad y la espontaneidad del trazo, siempre que se realicen con la intención de rubricar un acto jurídico.[2228]

La última parte del artículo se refiere a la firma en los instrumentos generados por medios electrónicos; para esos casos establece que el requisito de la firma queda satisfecho si se utiliza la firma digital en los términos que establece la Ley N° 25506, que en su artículo 2 enuncia:

> Se entiende por firma digital al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose esta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma.

A su vez, en el artículo 3 se equipara el valor de esta clase de firma a la de la firma manuscrita, incluso en lo vinculado a los efectos debidos a su omisión.

La cuestión que se plantea como distinta surge cuando la persona no sabe o no puede firmar, sea ya porque tiene una imposibilidad permanente –como, por ejemplo, en el caso del analfabeto– o, simplemente de carácter transitorio o accidental (*v. gr.* el caso del sujeto que se ha fracturado su mano hábil).

El artículo 313 del Código Civil y Comercial establece que "Si alguno de los firmantes de un instrumento privado no sabe o no puede firmar, puede dejarse constancia de la impresión digital o mediante la presencia de dos testigos que deben suscribir también el instrumento".

2228. Ibídem, p. 469.

Ahora bien, ¿esa impresión digital tiene idéntica validez que la firma? El título del artículo podría abrigar la duda respecto de si los instrumentos signados digitalmente sean auténticos instrumentos privados. Repárese que dicho título reza "firma de los instrumentos privados", lo que podría conducir a interpretar que estamos en presencia de instrumentos de dicha naturaleza.

Sin embargo, la última parte del artículo 314 CCyC zanja cualquier discusión sobre el particular: el documento signado con la impresión digital vale como principio de prueba por escrito y puede ser impugnado en su contenido. Esto significa que los instrumentos signados con la impresión digital no constituyen verdaderos instrumentos privados, sino que caen bajo la órbita de los instrumentos particulares no firmados.[2229]

479.4 Reconocimiento de firmas

El artículo 314 del Código Civil y Comercial establece que:

> Reconocimiento de la firma. Todo aquel contra quien se presente un instrumento cuya firma se le atribuye debe manifestar si esta le pertenece. Los herederos pueden limitarse a manifestar que ignoran si la firma es o no de su causante. La autenticidad de la firma puede probarse por cualquier medio.
> El reconocimiento de la firma importa el reconocimiento del cuerpo del instrumento privado. El instrumento privado reconocido, o declarado auténtico por sentencia, o cuya firma está certificada por escribano, no puede ser impugnado por quienes lo hayan reconocido, excepto por vicios en el acto del reconocimiento. La prueba resultante es indivisible. El documento signado con la impresión digital vale como principio de prueba por escrito y puede ser impugnado en su contenido.

El reconocimiento puede ser dado antes del proceso judicial o producirse al contestar la demanda (art. 356, CPCC), porque todo aquel contra quien se presente en juicio un documento privado firmado por él está obligado a declarar si la firma es suya o no. Si manifiesta que no es su firma, o los sucesores declarasen que no la conocen, se ordenará el cotejo y comparación de la letra.

Esta es una diferencia con la redargución de falsedad, pues aquí se trata de probar por cualquier medio la autenticidad de la firma.

2229. Ibídem, p. 504.

El cotejo es la comparación de firmas con documentos indubitados, aunque es posible admitir otras pruebas. La pericial caligráfica es el medio de prueba pertinente.

A veces, la forma escrita no es requisito esencial para probar el hecho, actuando en su lugar la *prueba documentada* que reproduce por un medio de expresión suficiente la representación de aquello que se quiere demostrar.

Por ejemplo, un objeto, una muestra, un vestigio, también los monumentos, entre muchos más, son pruebas que documentan con signos no escriturarios un hecho a probar. Dice Devis Echandía que:

> … pueden distinguirse las siguientes funciones del documento: simplemente *representativa*, cuando represente un objeto, una persona o un hecho o acontecimiento por medios distintos de la escritura o signos similares; *declarativa*, cuando esa representación consiste en la manifestación del pensamiento de quien lo crea o hace que se cree para él, por otra persona; *narrativa*, cuando la declaración se limita a hacer constar hechos pasados o presentes o simplemente imaginados; *constitutiva* o *dispositiva*, si la declaración crea, modifica o extingue una situación jurídica o un derecho. Desde este punto de vista se habla de documentos declarativos y no declarativos (o simplemente representativos), y se dividen los primeros, en atención a la clase de declaración documentada y no al documento en sí mismo, en declarativos de ciencia, narrativos y dispositivos.[2230]

480. Clasificación de los documentos y de la prueba documental

Los documentos, considerados como representación del pensamiento, pueden atender la *autoría*, y quedar separados por la determinación de la autenticidad, o como dice Carnelutti, "a la prueba del autor".[2231]

El documento público hace fe de su autor; no necesita más que el juez a fin de tener por cierto que el documento proviene de aquel que indica como autor; es por su formación, un documento *nominal* y

2230. Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial, op. cit.*, T. II, p. 510, con cita y remisión a Carnelutti, Francesco, *La prueba civil, op. cit.*, pp. 20, 28, 41 y 44.

2231. Carnelutti, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil, op. cit.*, T. II, p. 507.

auténtico, pues comprende todo acto cuya autenticidad sea demostrada, y así también la escritura privada reconocida o verificada.[2232]

La formación del documento a los fines probatorios no atiende quien forma el instrumento (*v. gr.* el notario en una escritura pública; el abogado en un contrato entre partes, etc.) sino las partes que lo constituyen, de manera que lo importante para la prueba es acreditar quiénes han expresado la voluntad.

Por ejemplo, si el litigio versara sobre el daño producido en una obra artística, la prueba de quien reclame una reparación o un sustituto indemnizatorio sería el contrato que acredite la adquisición del bien, y no la autoría de quien hizo el trabajo. Por eso se aclara que

> … autor del documento no es quien materialmente lo forma sino aquel por cuenta de quien se forma; éste puede ser tanto el ejecutor material (quien forma el documento con su propio trabajo) cuanto una persona diversa de éste, y precisamente quien hace formar (por sí) el documento con trabajo ajeno. La noción del autor del documento entra así en la noción general del autor de un *opus* cualquiera. Documentador es el testador respecto del testamento ológrafo, el notario y no el amanuense respecto del testamento público, que aquel no escribe materialmente, pero que dicta a persona de su confianza.[2233]

El medio de prueba *documentado por razón del autor* se reglamenta en orden a su aplicación en juicio por el artículo 390 del Código Procesal, que dispone la necesidad del cotejo de firmas cuando contra alguien se opone un documento agregado al proceso o manifiesta no conocer la firma que se atribuye a otra persona.

Hilvanado con esta división aparece la división citada al comienzo que atiende a los documentos por el *medio* como elaboran y representan. Los *declarativos* suelen ser escritos, habiendo una sinonimia entre instrumento y escritura, sin que ella necesariamente esté volcada en papel (*v. gr.* doc. electrónico). Los *representativos* pueden ser aquellos que sin tener grafía expresa sirven para acreditar el hecho de que se trate, obligando a quien lo tiene en su poder que lo exhiba (docs. esenciales) (arts. 387 a 389, Cód. Proc.).

2232. Ibídem, p. 508.

2233. Bernal Aveiro, Karina, "Prueba documental", en Midón, Marcelo Sebastián (coord., dir.), *Tratado de la Prueba, op. cit.*, p. 429.

Finalmente los documentos se dividen por su *contenido*, que es declarativo cuando manifiestan la voluntad de expresar un acto o hecho jurídico; o representativo de un acto humano o de un hecho exterior destinado a sustituir la existencia del documento original.[2234] En esta categoría, la clasificación como medio probatorio depende si el instrumento se concreta a los fines de preconstituir prueba, o se apliquen como tales conjuntamente con otros mecanismos de verificación.

481. Instrumentos públicos y privados

La clasificación de documentos es importante cuando se trata de observar cómo funciona su aplicación en el proceso. El Código Procesal no se refiere en momento alguno a la validez que reportan, porque solo atiende cuestiones relacionadas con la carga de la prueba, es decir, al deber de traer oportunamente al juicio todos los documentos de que intente valerse y sean conocidos por quien los invoca; y de otras derivaciones documentales como la autenticación por admisión (cartas misivas) o reconocimiento (documentos privados), así como la impugnación del documento público (artículo 395, Cód. Proc.).

Por tanto, el problema de la eficacia y fuerza probatoria de los documentos se debe tomar del Código Civil y Comercial como hemos señalado, situación que no es muy cómoda, cuando se ha visto que el concepto de "prueba documental" y "prueba documentada" que se lleva al proceso es mucho más amplio que la separación entre instrumentos públicos y privados que tiene la ley de fondo.[2235]

En esta categoría de documentos cuya fuerza probatoria es desigual con relación a los instrumentos públicos, podemos enunciar:

a. La correspondencia particular: En este caso se trata de correspondencia enviada por la parte a un tercero, o de aquellas que

2234. Carnelutti, Francesco, *La prueba civil, op. cit.*, p. 418.

2235. En esta línea dice Devis Echandía que "no se debe exagerar el rigor legislativo al exigir el documento como medio de prueba, en consideración al valor del contrato, ni para proscribir en abstracto la prueba testimonial cuando con ella se pretende impugnar total o parcialmente lo declarado en escrituras públicas o documentos privados y mucho menos para suplir el documento que no se otorgó; es mejor dejar al juez en libertad de apreciar los testimonios con criterio severo y científico. La tradicional preponderancia de la prueba documental no se justifica en el sistema de la libre valoración de la prueba que impera en el derecho moderno" (*Teoría General de la Prueba Judicial, op. cit.*, T. II, p. 512).

se reciben de terceros; pues cuando se trata de entrecruzamiento epistolar entre quienes controvierten, las cartas no tienen confidencialidad y valen entre ellos como medio de prueba. Si quien invoca la misiva no es el destinatario sino el remitente, debe acompañar copia de aquella en la oportunidad procesal correspondiente, y al primero incumbe el reconocimiento o negativa categórica de su recepción, corriendo en caso contrario, el riesgo de que, en caso de silencio, respuestas evasivas, o negativas meramente generales, se las tenga por reconocidas.[2236]

La carta misiva es un escrito por medio del cual una persona comunica a otra su pensamiento. Si en ellas se menciona una obligación, la prueba se rige por el artículo 318 del CCyC que ya se analizó. La protección que se dispensa solo corresponde a las cartas confidenciales que están comprendidas en el radio de la inviolabilidad de la correspondencia privada de resguardo constitucional (art. 18, CN).

Por eso, para Alsina, no se incluyen aquellas cartas en las que el remitente imparte a un tercero una orden en beneficio de su eventual adversario;[2237] ni la epístola de orden comercial.[2238] O cuando la carta misiva constituye el instrumento de un acuerdo comercial o profesional, entre muchos casos que requieren observar dos cuestiones: i) el carácter secreto o confidencial de la correspondencia, y ii) el modo de adquisición del documento.

Se ha dicho que la prohibición establecida por el artículo 168 del Código de Procedimientos en lo Penal no alcanza a una misiva que revistió el carácter de un efecto vinculado a un delito, secuestrado en el lugar del hecho y referido al mismo, sino que entra en las previsiones de los artículos 97, 100 y concordantes del mismo ordenamiento, en razón de estar encami-

2236. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, T. IV, p. 460.

2237. Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, *op. cit.*, T. III, p. 422.

2238. "La prohibición contenida en el art. 1036 del Código Civil tiene por objeto conservar el secreto de la correspondencia privada en la que se expresa una opinión íntima, presumiblemente dada para mantener en reserva. Queda excluida de esta prohibición la correspondencia de orden comercial" (CNCom., Sala D, 1998/06/30, "Belinky, Daniel H. c. Napoli, María", *LL* 1999-F-765; *DJ* 2000-1-598).

nada al esclarecimiento del delito, por lo que no se encuentra amparada por el secreto que preservan los artículos 153 del Código Penal y 318 del Código Civil y Comercial.[2239]

Las partes, asimismo, pueden llevar a juicio la correspondencia recibida de terceros, si estos aprueban su incorporación al proceso relevando el deber de confidencialidad. La prueba del reconocimiento en juicio de ellas puede poner en dudas el carácter de documento esencial cuando el mismo efecto se consigue por el testimonio, sin perjuicio del carácter complementario de ambas actuaciones probatorias.

b. Cartas confidenciales: No pueden ser usadas sin conformidad de su autor. Sin embargo, existe una excepción a este problema: es el juicio de divorcio, o los reconocimientos de filiación, en que, por el carácter del juicio y las relaciones que se presentan, son admitidas las cartas íntimas, aunque deben ser examinadas por el juez con mucha prudencia.

   Así cuando se trata de una acción por reconocimiento de paternidad extramatrimonial, las diversas cartas y postales dirigidas a la madre tampoco deben ser excluidas por lo estatuido en el artículo 318 citado. Si bien ella puede ser un tercero en la acción judicial, esas misivas, quien las tiene por medios regulares y legítimos, y además, tratándose de la averiguación de la verdad en juicios en que está en juego el orden público y las relaciones de familia, tales documentos deben ser admitidos. [2240]

c. El fax: Constituye un medio de teletransmisión electrónica del ejemplar de un documento que se materializa a través de ondas electromagnéticas registradas por el aparato receptor del destinatario sobre un soporte de papel. Forma parte de las modernas técnicas y procedimientos de comunicación, registración y reproducción documental. La reproducción facsimilar es una copia del documento cuyo texto –independientemente de la técnica que haya sido utilizada para escribirlo– es transmitido e impreso simultáneamente sobre otro soporte de papel. La copia es extraída al mismo tiempo en que es enviada

2239. SC Buenos Aires, "Cabrera, Luis R.", 18/05/1982, *LL online*.
2240. CNCiv., Sala C, "M., I. c. P., R.", 22/10/1993, *LL online*.

a distancia por el usuario transmitente, y es recibida por el destinatario inmediatamente. Al igual que la fotocopiadora reproduce un documento ya existente. Sin embargo, el problema radica no solo en el grado de certeza y seguridad que proporciona el fax en cuanto a la identificación de la pertenencia del instrumento, sino también en las dificultades jurídicas que plantea su reconocimiento dentro del proceso judicial.[2241]

Quiere decir que el problema, antes que la seguridad y confianza que merezca el medio, deja planteada la duda sobre quién es el emisor. De ahí que los cuestionamientos que genera el fax como medio de transmisión trascienden sobre su eficacia probatoria, pues apuntan a su falta de autenticidad, y por ende, al marco de seguridad y certeza exigible en relación a la creación del documento. Lo que está en juego es su autoría.

Sostiene la doctrina que

> Dentro de la categoría de los instrumentos particulares, la copia facsimilar, es un instrumento particular no firmado, independientemente de que el documento reproducido se encuentre o no suscripto. Cuando el artículo 1190 del Código Civil (actual 1019) se refiere a los instrumentos particulares no firmados, alude a los documentos que no alcanzan a configurar un instrumento privado, por carecer de firma [...]. Ahora bien, la circunstancia de que el documento reproducido por el fax se encuentre firmado no modifica un carácter de instrumento particular, en tanto no configura un instrumento privado en el sentido técnico de la acepción por carecer la copia facsimilar de firmas estampadas de puño y letra de aquellos a quienes se le atribuyen. Es cierto que nuestro derecho no exige, en todos los casos, que el documento lleve firma hológrafa para que sea un instrumento auténtico, sin embargo, el artículo 1012 del Código Civil (hoy doctrina de los arts. 288 y 313) indica claramente que el instrumento privado debe contener la firma del otorgante como condición esencial de la existencia del acto, la que no puede ser reemplazada, a nuestro juicio, sin expresa autorización legislativa, por su reproducción facsimilar. En síntesis, el fax es un instrumento particular no firmado, aunque exhiba alguna firma reproducida.[2242]

2241. Freire Aurich, Juan Francisco, "Requerimiento extrajudicial efectuado mediante fax - Su eficacia probatoria, allanamiento e imposición de costas", *LL* 1999-A-181.

2242. Ibídem, p. 182.

Como el documento no es reproducción ni fotocopia simple, sino, en todo caso, una copia teletransmitida de aquel, no reemplaza al original, que sería el único que, en principio, puede dar fe de la existencia y exigibilidad de la obligación. O así también el caso de la cinta magnetofónica portante de una grabación, que es un documento auténtico en sentido lato, pero que no tiene respaldo en las normas sustanciales.

Si el fax vale como instrumento debe quedar resuelto el reconocimiento de su autenticidad, a tenor del principio de libertad para ofrecer y producir prueba conforme el *favor probationes* consagrado en el artículo 378 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el que encuentra debido sustento en la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio (art. 18, CN).

Pero como bien señala la doctrina, una cosa es la eficacia de la prueba y otra su admisibilidad. De tal suerte, que hay pruebas que son admisibles y sin embargo su eficacia es verdaderamente relativa.[2243] Esto es lo que suele acontecer con algunos instrumentos particulares no firmados, especialmente, con aquellos que reproducen instrumentos privados ya existentes.

En suma, el valor probatorio del fax dependerá del grado de certeza que adquiera en virtud de los otros elementos de prueba arrimados a la causa y del hecho que se pretende acreditar. Obviamente, su eficacia está sometida a la libre valoración del juzgador, quien de acuerdo a la regla de la sana crítica debe evaluar el mérito o valor de convicción que puede deducirse de su contenido.

De ello se sigue, que no existe óbice para admitir la prueba de la autenticidad del fax, de manera que es posible ofrecer y producir prueba a fin de demostrar que el mismo emana de la persona a quien se atribuye y, la veracidad de su contenido.

d. *E-mail* o correo electrónico: Los mensajes enviados por este mecanismo constituyen una línea de avanzada sobre la comunicación por fax, y como en el caso anterior, se convierte en una figura novedosa, cuya equiparación con los

2243. Eisner, Isidoro, *La prueba en el proceso civil, op. cit.*, p. 72.

instrumentos privados no se puede encontrar obstaculizada por la ausencia de firma.
El actual Código Civil y Comercial suple el déficit con lo dispuesto en los artículos 1019 y 1020, dejando en claro que

> Artículo 1019. Medios de prueba. Los contratos pueden ser probados por todos los medios aptos para llegar a una razonable convicción según las reglas de la sana crítica, y con arreglo a lo que disponen las leyes procesales, excepto disposición legal que establezca un medio especial.
> Los contratos que sea de uso instrumentar no pueden ser probados exclusivamente por testigos.
> Artículo 1020. Prueba de los contratos formales. Los contratos en los cuales la formalidad es requerida a los fines probatorios pueden ser probados por otros medios, inclusive por testigos, si hay imposibilidad de obtener la prueba de haber sido cumplida la formalidad o si existe principio de prueba instrumental, o comienzo de ejecución.
> Se considera principio de prueba instrumental cualquier instrumento que emane de la otra parte, de su causante o de parte interesada en el asunto, que haga verosímil la existencia del contrato.

Siendo ello así, y en lo que se vincula con su régimen probatorio, los instrumentos particulares no firmados pueden ser reconocidos judicial o extrajudicialmente. De ello se sigue que, para lograr su prueba, también están en juego las presunciones que se forman con un cúmulo de indicios y la prueba testimonial que, a los efectos de la prueba de los instrumentos particulares en el ordenamiento argentino vigente, se pone ahora en práctica.
El tratamiento del *e-mail* en materia penal ha significado considerar el medio como un correo moderno, cuyos mensajes ingresan en la dimensión de los documentos privados, de allí –como dice Alterini (h.)– "que, en lo que a la prueba respecta, el primer principio a considerar es aquel que dice que cuando un documento o su contenido es desconocido por la otra parte en juicio, será quien lo acompañe quien tendrá la carga de probar su autenticidad o la de su contenido".[2244]

2244. Alterini, Atilio Aníbal, "Carga y contenido de la prueba del factor de atribución en la responsabilidad contractual", *op. cit.*, p. 13.

El *e-mail* funciona en su régimen probatorio con las modalidades simples del reconocimiento en juicio por la persona a quien se atribuye la creación o contra quien se pretende la recepción; y si estos negaran la creación del documento, la emisión o el recibo, el juez apreciará la conveniencia de probar, a instancia de parte o de oficio, por otros medios de prueba, o por la técnica informática sobre los soportes.

Cabe agregar que a pesar de ser el correo electrónico un documento particular asimilable a la correspondencia privada, no se le pueden aplicar todas las reglas de estas. Esto se debe al soporte en el que se asienta, ya que la carta al ser un documento de soporte escrito, en caso de falsificación, por medio de un informe de un perito caligráfico, expedido luego de un cotejo, se puede establecer claramente quién es el autor. En cambio en el documento de soporte inmaterial, en caso de falsificación no es posible realizar un cotejo, ya que no existen bits verdaderos y bits falsos, por tanto el documento original puede ser igual al falso en toda su extensión.[2245]

e. Fotocopias simples y autenticadas: Las fotocopias no tiene otro valor que una simple copia sin eficacia jurídica, a menos que se trate de copias tomadas directamente del protocolo del escribano y se hallen autorizadas por notario encargado del registro o del jefe del archivo público en que el protocolo se encuentre depositado, pero ha de ser copia del original y no copia de copia y autenticada por las personas y en las formas que prescribe la ley. Vale decir que no están alcanzadas en el concepto del artículos 288, 313, 314 y 319 más concordantes del Código Civil y Comercial.

f. Fotocopias y fotografías: La copia fotográfica de un documento en idioma extranjero, sin traducir ni autenticar, nada prueba. De la misma forma, carecen de fuerza convictiva las fotocopias no autenticadas y desconocidas. A lo sumo podrá entenderse como un indicio o presunción de verdad del hecho que postula, debiendo valorarse en función de los resultados de los demás medios probatorios (art. 163 inc. 5, Cód. Proc.).

2245. Moeremans, Daniel y Casas, Manuel Gonzalo, "Protección del e-mail como extensión del derecho a la intimidad", *LL* 2007-E-740.

> En el caso de las *fotografías*, que la ley sustancial no tiene en cuenta, y que para el derecho procesal son documentos, hay que persuadir al juez sobre la fidelidad de la toma fotográfica con la realidad que representa, y para aventar la sospecha de que se trate de una fotografía fraguada, no se necesita un reconocimiento expreso o formal, por el demandado o por testigos. Las disposiciones pertinentes deben ser aplicadas solo por analogía o la prueba diligenciada por los medios que disponga el juez, bastando que mediante declaraciones testimoniales u otros elementos de convicción que obren en el proceso, se pueda concluir, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, en que las fotos no son trucadas, sino el resultado de una normal impresión de la imagen, a través de la lente, en la película sensible. Sería excesivo requerir una pericia para cerciorarse de la autenticidad de una fotografía.[2246]

482. La redargución de falsedad

La redargución de falsedad es uno de los remedios alternativos que muestra el tratamiento distinto que tiene la prueba documental en el proceso civil. Se trata de un medio o instrumento que tienen las partes para declarar inválido un documento público que se presume falso. Es un trámite diferente al que tiene el Código Civil y Comercial, dado que este permite que la pretensión declarativa de falsedad se promueva mediante acción civil o criminal (arts. 292 a 298 *bis* del Cód. Penal), mientras que la redargución en el proceso se plantea como incidente.

La falsedad que se plantea puede tener distintos motivos. O se ataca la autoría del instrumento; se resisten las fechas y/o lugares que indica; o bien, se fundamenta en el contenido. En otros términos, es la división clásica entre la falsedad instrumental y la falsedad ideológica. Estas categorías coinciden en la doctrina procesal, pues al hablar del incidente de redargución de falsedad se mencionan –desde antaño– la *falsedad ma-*

2246. CNCiv., Sala C, "Lara, Ramón y otros c. Rodríguez, Carlos", *LL* 1990-B-99. Por eso se destaca que, si bien las fotografías podrían llegar a ser insuficientes como prueba, ellas adquieren un adecuado valor probatorio cuando se encuentran corroboradas por tres testimonios que, en forma coincidente, describen por ejemplo, la conducta homosexual del demandado (CNCiv., Sala K, "A.C. c. O.S", *LL* 2000-B-5).

terial (actos pasados ante el oficial público o realizados por este) y la *falsedad intelectual* (cláusulas dispositivas y enunciativas directas). Falcón incorpora entre las pretensiones la falsedad ideológica.[2247]

Este acto procesal destinado a obtener la declaración de invalidez de un documento público o de un documento privado reconocido, no cubre todas las posibilidades de falsedad ideológica que pueden presentarse. Si se trata, en efecto, de un documento público, la pretensión se puede argumentar: 1) En la adulteración material resultante de no haber sido otorgado por el funcionario que aparece suscribiéndolo, o de haberse alterado, sea en la matriz o en la copia, por vía de supresiones, modificaciones o agregados, una o más de las enunciaciones que contenía (*falsedad material*); 2) En la exactitud de los hechos que el oficial o el funcionario público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo, o que han pasado ante su presencia (*falsedad ideológica*).

La redargución de falsedad, por consiguiente, es inadmisible para acreditar la falsedad ideológica de los hechos simplemente relatados por las partes al oficial o funcionario público o de las enunciaciones contenidas en un documento privado, ya que en tales supuestos, como se ha indicado, es suficiente la simple prueba en contrario.[2248]

Sobre el particular se ha resuelto que

> La *fidedatio* que emana del acto notarial no ampara la sinceridad de lo manifestado por los intervinientes. Es por ello que cuando se pretende la declaración de falsedad ideológica no es procedente la redargución de falsedad, pues la misma está prevista para los casos de ausencia de autenticidad material.[2249]

482.1 La redargución como incidente

El artículo 395 del Código Procesal dispone que

> La redargución de falsedad de un instrumento público tramitará por incidente que deberá promoverse dentro del plazo de diez días de realizada la impugnación, bajo apercibimiento de tenerla por desistida. Será

2247. Falcón, Enrique Manuel, *Tratado de la prueba, op. cit.*, T. I, p. 881.

2248. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. IV, pp. 455-456.

2249. CNCiv., Sala F, 1995/09/15, "Bejarano, Carlos A. y otro c. Consorcio de Propietarios Corrientes 4924/26 y otro", 15/09/1995, *LL* 1997-D-861 (39.739-S).

inadmisible si no se indican los elementos y no se ofrecen las pruebas tendientes a demostrar la falsedad.
Admitido el requerimiento el juez suspenderá el pronunciamiento de la sentencia, para resolver el incidente juntamente con esta.
Será parte el oficial público que extendió el instrumento.

La falsedad de un documento debe necesariamente invocarse por la parte a quien se opone. En la práctica supone dos etapas sucesivas e inmediatas, primero se impugna la autenticidad del documento público que se trae al proceso, debiendo cumplir el acto en ocasión de contestar el traslado que se le confiere. El principio de preclusión impide hacerlo después de esa oportunidad, perdiendo también la facultad de plantear el incidente.

Efectuada la impugnación, comienza a correr el término (perentorio y fatal) para promover el incidente dentro del plazo de diez (10) días. Es decir, la impugnación constituye un acto procesal preparatorio cuyo contenido debe limitarse a la mera afirmación de la falsedad del/los documentos presentados; luego, en el escrito de iniciación del incidente, el impugnante debe fundar clara y concretamente aquella afirmación en los hechos y en el derecho, y ofrecer toda la prueba de que intente valerse.[2250]

La fundamentación clara y precisa del incidente es requisito de la pretensión. Es inadmisible la redargución de falsedad de un instrumento público si no se indican los elementos y pruebas tendientes a su demostración. La falta de prueba admite el rechazo *in limine* de incidentes que estatuye el artículo 179 del Código Procesal, que se aplica al tema específico. En el incidente son admisibles toda clase de pruebas incluso la testimonial. En el escrito de promoción del incidente y en el de su contestación, las partes deben indicar los documentos sobre los cuales ha de versar la pericia (art. 391, Cód. Proc.), y en la hipótesis de no mediar acuerdo sobre el particular el juez debe determinarlos (art. 393, Cod. cit.).

2250. La redargución de falsedad requiere la impugnación previa, que debería ser efectuada al contestar el traslado conferido de la documentación acompañada o cuando se lo exhibe para su reconocimiento, pues esas oportunidades son las más apropiadas para asegurar el derecho de defensa, y es a partir de entonces que corre el plazo previsto en el artículo 395 del Código Procesal (CSJN, "Dresdner Forfaitierungs Aktiengesellschaft c. Provincia de San Luis", 07/05/1998, LL 1998-E-56; DJ 1998-3-1175).

El incidente de redargución de falsedad no suspende la prosecución del proceso principal, sino el pronunciamiento de la sentencia, pues en esta se debe resolver la cuestión junto con las demás articulaciones. Además, requiere inexcusablemente la intervención –en carácter de litisconsorte pasivo necesario– del oficial público autorizante. Es una regla del debido proceso que se presenta por el alcance y efectos de la cosa juzgada. El proceso incidental debe tramitar en pieza separada (art. 175, Cód. Proc.).

En el supuesto de prosperar el incidente, la sentencia debe declarar la ineficacia probatoria del o de los documentos impugnados, sin perjuicio de disponer la remisión de los antecedentes a la justicia penal a fin de que se investigue acerca de la comisión y autoría de algún posible delito.[2251]

El artículo 395, que regula el trámite de la redargución de falsedad, es inaplicable en los procesos de ejecución, lo que resulta de interpretar que, por el lugar del código donde la institución se regula, es evidente que dicha norma se aplica exclusivamente al juicio ordinario o sumarísimo, es decir, a procesos de conocimiento contradictorios, que cuentan con mayor posibilidad de debate y prueba, que no tienen las ejecuciones, en las que en razón de la compulsión del título se restringe el ámbito cognoscitivo.

482.2 La redargución como pretensión autónoma

La coincidencia entre el incidente procesal y la pretensión punitiva contra el documento falso, es la intervención como parte del oficial público autorizante, porque no se puede declarar que el instrumento es fraudulento, con las consiguientes responsabilidades del fedatario, sin habérsele dado oportunidad de defensa y prueba. Así, se impone un litisconsorcio pasivo necesario, ligado forzosamente a la índole indivisible de la declaración de falsedad.

Lo que particulariza la redargución de falsedad como pretensión autónoma es el objeto y la prescripción de la acción. Lo primero es impugnar la sinceridad de lo afirmado por el escribano ante quien pasó el acto, mientras que la impugnación de este acto pone en duda la franqueza de los hechos manifestados por las partes otorgantes, como sería

2251. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, T. IV, pp. 458-460.

en una escrituración, por ejemplo, el pago del precio o entrega del dinero declarada por ellos u otras circunstancias que hacen al contrato en las que no intervino personalmente el fedatario. Por eso, cuando se pretende sostener que las cláusulas dispositivas, o sea las que son propias del negocio de que se trata, a través de dichas manifestaciones que hacen las partes y que no pasaron por ante el notario, sobre circunstancias o hechos que concretaron el negocio, no corresponde tachar de falsedad al instrumento sino iniciar la correspondiente acción de nulidad.[2252]

Es cierto que el problema suscitado en una causa judicial admite el incidente ya comentado, pero aquí no se trata de actuar ante una pretensión sostenida en una falsedad, sino de procurar anticiparse a que ella tenga efectos jurídicos, o en su caso, para que cesen los que comenzaron a producirse.

La nulidad es el objeto, y el fundamento son las causas propias de la imperfección del acto jurídico como el error, la violencia, dolo o simulación. Por eso, la autonomía que tiene la acción autónoma torna innecesario impugnar antes de demandar, o argüir de falso el instrumento público para desvirtuar las manifestaciones que hicieron las partes. Y, asimismo, a la par de tales diferencias de fondo, como contrapartida del distinto tipo de acciones de que se trata, hay fallos que sostuvieron que no es procedente la prueba testimonial para destruir o modificar los efectos de una escritura pública de compraventa, pues toda alteración de un contrato celebrado en la forma determinada por la ley no puede ser probada sino mediante otro instrumento de igual clase, limitación que no se aplica cuando la nulidad se sustenta en el fraude o la simulación.[2253]

482.3 El incidente de nulidad sin redargución de falsedad

El tema se circunscribe a las actuaciones judiciales que resultan instrumentos públicos como el expediente judicial y cada una de las actuaciones procesales que ella suscita (*v. gr.* cédulas, actas, mandamientos, etc.).

2252. Risolía, Marco, "Sobre la función notarial y a los efectos del artículo 1277 del Código Civil", *LL* 1977-D-408.

2253. CNCiv., Sala F, 19/12/1963, *JA* 1964-195; ídem, Sala C, *JA* 1976-109. En sentido coincidente en la aplicación de esas distinciones acerca de la admisión de la prueba, se juzgó que si lo que se cuestiona es el estado mental del poderdante y no su capacidad civil, no es uno de los supuestos amparados por la plena fe del instrumento público, ya que la declaración de que el otorgante está en su plena razón no es un hecho comprobado por el oficial público (Sala D, 14/11/1989, *ED* 139-130).

En estos supuestos se debe diferenciar la impugnación correspondiente, si es proveniente por nulidades procesales, no corresponde la redargución de falsedad; si, en cambio, la oposición se refiere al contenido impreso o manifestado, como se torna un caso de falsificación ideológica procede actuar en los términos del artículo 395 del Código Procesal.

Kielmanovich es claro al sostener que

> Las *notificaciones*, en lo que se refiere a su irregularidad, están sometidas a los mismos principios que rigen las nulidades en el proceso, de modo que corresponde que el pedido de nulidad tramite por incidente sin que necesariamente deba promoverse redargución de falsedad, salvo cuando se impugnen las manifestaciones vertidas en el instrumento por el oficial público.[2254] Ahora bien en el caso de la *notificación de la demanda*, se entiende que el solo incumplimiento de los recaudos legales permite inferir la existencia de un perjuicio, solución que se compadece con la tutela de la garantía constitucional de la defensa en juicio, cuya vigencia requiere que se confiera al litigante la oportunidad de ser oído y de ejercer sus derechos en la forma y con las solemnidades que establecen las leyes procesales; así, ante la omisión de dejar el aviso contemplado por el artículo 339 del Código Procesal. Es que cuando el acto viciado de nulidad es la *cédula de notificación del traslado de la demanda* debe considerarse que el demandado se ha encontrado impedido de especificar las defensas de las que se ha visto privado de oponer, toda vez que no tuvo efectivo conocimiento de la acción instaurada, más allá de que una exigencia contraria afectaría la garantía constitucional de la igualdad de las partes en el proceso, desde que, de ordinario, el plazo para deducir la nulidad es considerablemente más breve que el establecido para responder a la acción, sin perder de vista que, de no seguirse este criterio, se compelería al nulidicente a adelantar los términos de su contestación, otorgando así al demandante la oportunidad de mejorar su presentación originaria antes de cumplir con la nueva notificación.[2255]

2254. CNCiv., Sala E, 1996/09/16, "Di Pietro, Pascual c. Sawczuk, María", *LL* 1996-E-680 (39.158-S).

2255. Kielmanovich, Jorge, "El incidente de nulidad", *LL* 2007-B-920. Allí agrega la cuestión señalada al final respecto a que "No obstante, cabe destacar que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en el plenario 'Peirano', 12/08/1991 (*LL* 1991-E-316) parecería haber sentado la doctrina contraria, estableciendo que si se trata de un pedido de nulidad de la notificación del traslado de la demanda es aplicable la norma del artículo 172, apartado segundo del Código Procesal. Con respecto al citado plenario y sobre la base de una estricta interpretación de la doctrina que fija, hemos dicho antes de ahora y repetimos aquí, que la misma no importa establecer la carga de expresar las *defensas* de que se ha visto privado el demandado al promover el incidente, sino la de expresar 'el perjuicio'

Por ejemplo, las actas confeccionadas por los señores oficiales de justicia –designados por la Corte Suprema– en el ejercicio de sus funciones cumpliendo el diligenciamiento de mandatos judiciales y otorgados con las formalidades correspondientes, son instrumentos públicos, y hacen plena fe hasta que sean argüidas de falsedad, por acción civil o criminal, y solo en cada caso se las podrá anular, cuando el examen respectivo descubra alguna irregularidad tan importante como para persuadir al juez de su invalidez.[2256]

Por otra parte, hay que partir de la base de que un instrumento público hace plena fe, tanto entre partes como respecto de terceros, de la existencia material de los hechos que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo, o que han pasado en su presencia, de manera que para destruir su valor probatorio no basta la promoción de querella o redargución de falsedad.

La fe del instrumento subsiste hasta la declaración judicial de falsedad, o más concretamente, hasta que esa declaración resulte de sentencia firme. Así, hasta que ello no ocurra, la pretendida invalidez del poder esgrimido por la dirección de la letrada de la actora no afecta la regular constitución del proceso.[2257]

(sufrido del que derivare el interés en obtener la declaración), pues la referencia o remisión al apartado segundo en cuestión, supone admitir la subsistencia de la expresión 'en su caso' que dicha norma contiene, excepción que, precisamente, resultaría aplicable para el supuesto de tratarse de la nulidad de notificación de la demanda, aunque, debemos reconocer que la que nosotros prohijamos no es la que sigue la Cámara del Fuero. No obstante, como también dijimos antes, aun cuando la doctrina plenaria como regla sólo es susceptible de modificarse por medio de otro plenario, su obligatoriedad debe ceder ante la doctrina del más Alto tribunal de la Nación en razón de ser éste el intérprete final de la Constitución Nacional, el cual en la especie ha resuelto que la aplicación mecánica de un principio procesal fuera del ámbito que le es propio configura un ciego ritualismo incompatible con el debido proceso, así cuando se rechaza la solicitud de nulidad de la notificación de la demanda con fundamento en que no se expresaron las defensas que no pudieron oponerse, pues de tal modo se omite considerar que la demandada se vio razonablemente impedida de expresarlas dado que ignoraba el contenido de la demanda".

2256. CSJN, Fallos: 300:877, "Novogrudsky, César". Lo mismo sucede con el cargo, que al ser un acto procesal emanado del oficio judicial, y cumplido con los recaudos legales, reúne las características propias del instrumento público. Por ello, si en las constancias de aquel se ha incurrido en un error, dicha cuestión no es susceptible de ser discutida en el juicio, sino por la vía procedente de los arts. 992 y 993 del Código Civil (CNCiv., Sala A, "Conde, Daniel c. Lafuente, Isidoro", *LL* 1991-B-235; *DJ* 1991-1-975).

2257. CNCiv., Sala A, "Asociación Arg. de Aeronavegantes c. Braun, Francisco M.", 03/09/1997, *LL* 1998-A-208.

483. La prueba de cotejo

Cuando al proceso se acompaña un documento que se atribuye al requerido, puede reconocer o negar la firma; y si esta fuera de otra persona, podrá manifestar que no la conoce. En ambos casos se debe proceder a la prueba de cotejo que tramita como comprobación de documentos mediante prueba pericial.

Lo que se coteja es la firma no el contenido del documento, de manera que el marco de procedencia de esta prueba es restringido y se da únicamente cuando se trata de documentos privados.

El régimen se ensambla, parcialmente, con la regla del artículo 288 del Código Civil y Comercial, que impone la firma como condición esencial para existencia de todo acto bajo forma privada; y con el artículo 313 del mismo orden legal que exige reconocer si la firma que se atribuye es o no del requerido, y en caso de negarla, ordenar el juez el cotejo y comparación de la letra. O la comprobación con testigos que recuerden la inserción de las firmas en el instrumento privado.

Lo importante aquí es advertir que el alcance del reconocimiento de la firma se deberá restringir solo a ella desde el punto de vista intrínseco, pero con los recaudos que fuera menester para desconocer por falsas las partes del instrumento privado que hayan sido alteradas, sea por vía de una falsedad material, o por el carril de la falsedad ideológica, desde luego no se daría en este caso la intelectual dada la inexistencia del oficial público.

Surge entonces la diferencia, porque el cotejo se desplaza por otro más idóneo, como es el *incidente de adveración*, que, si bien no está regulado específicamente en el Código Procesal, permitiría un efecto similar al de redargución, distinguiendo las situaciones que deben contemplar ambos.[2258]

En su lugar, la prueba de cotejo es un sistema rápido que se restringe a comprobar la autenticidad de la firma del documento, a través de una pericia caligráfica. Como esta es una técnica de confrontación de letras, cabe aclarar que no se trata de medios de prueba distintos, sino de uno solo que no requiere, necesariamente, la ordenación directa y personal

2258. Rojas, Jorge, "Redargución y Adveración", *Revista Derecho Procesal, Prueba - II*, N° 2, Rubinzal-Culzoni, 2005, pp. 50-51.

del juez, pues la prueba pericial que se practica tendiente a determinar la autenticidad, comparando al instrumento o documento debitado con el indubitado, puede ser suficiente a los fines de formarse la convicción.

Una vez que se niega la firma o se desconoce la que a otro se atribuye, procede el mecanismo que se indica; empero la ley no excluye la posibilidad de obtener el reconocimiento por otros medios supletorios, como pueden ser testigos, presunciones, absolución de posiciones, informes, etc., aunque obviamente la fuerza probatorio es diferente,[2259] Cuando el que firma el documento es un tercero ajeno a las partes en litigio, se lo debe citar como testigo de reconocimiento.

Los documentos que han de servir de base para la pericia, deben indicarse en oportunidad de ofrecer la prueba (artículo 391 y 459, Código Procesal) y no al tiempo de practicar el desconocimiento, aunque con la reforma que introdujo la Ley N° 25488 al Código federal, actualmente los tiempos coincidan. El trabajo de comparación se realiza con el documento original.

Cuando es el juez quien selecciona los documentos para el cotejo, debe atenerse, como pauta prioritaria, a las firmas puestas en documentos públicos. Ello trasunta la máxima valoración que tales documentos merecen en orden a su fe y autenticidad. Es decir, tampoco cabe en el tema discrecionalidad jurisdiccional.

En aras de una más completa convicción, nada impide recurrir y valorar como base del cotejo, además de los documentos ofrecidos por los litigantes, las firmas estampadas en el proceso o en el cuerpo de escritura. En cambio, no es admisible atenerse solo a estos últimos si la parte ofreció documentación como indubitable; máxime cuando no solo no ha habido atención sobre esta, sino que ni siquiera se ha acudido a ella, para examinarla e incorporarla como material de convicción.[2260]

2259. Morello, Mario Augusto; Sosa, Gualberto Lucas y Berizonce, Roberto Omar, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación, op. cit.*, T. V-A, p. 441.

2260. C. Civ. y Com., Córdoba, 8ª Nom., "Banco Independencia Coop. Ltda. c. López, Guillermo M. y otra", 10/05/1996, *LLC* 1997-135. Asimismo, corresponde declarar la nulidad de la pericia caligráfica si el experto ha prescindido de realizar el cotejo respecto de la documentación ofrecida como indubitable por la parte –firma contenida en el original de una escritura pública– para atenerse sólo al cuerpo de escritura y a otras firmas obrantes en el expediente. Ello, toda vez que el tema no admite discrecionalidad;

483.1 Práctica de la prueba

El artículo 394 del Código Procesal especifica la diligencia probatoria.

> A falta de documentos indubitados, o siendo ellos insuficientes, el juez podrá ordenar que la persona a quien se atribuya la letra forme un cuerpo de escritura al dictado y a requerimiento del perito. Esta diligencia se cumplirá en el lugar que el juez designe y bajo apercibimiento de que si no compareciere o rehusare escribir, sin justificar impedimento legítimo, se tendrá por reconocido el documento.

La extensión de cuerpo de escritura es un procedimiento complementario de la pericia caligráfica, que se integra a la comprobación documental, pese a la redacción acordada que parece dejar este procedimiento solo cuando no hay coincidencia o no existen documentos indubitados.[2261]

La idea central de la norma apunta a la doctrina de los actos propios; por eso, si el demandado afirma la falsedad de un documento que se le atribuye, nadie mejor que él para aportar los medios más aptos para probarlo, ya que en caso de proponer prueba pericial caligráfica –la más apropiada al efecto–, queda en sus manos facilitar la formación de un cuerpo de escritura u ofrecer los documentos indubitados para el cotejo que en tales casos son menester. Poner ello a cargo del actor importaría elegir a la parte menos favorecida por la disponibilidad de los medios de prueba.

La extensión de cuerpo de escritura se realiza en el lugar y fecha que dispone el juez; habitualmente se ordena como audiencia y se celebra con las partes que concurran ante el experto designado al efecto. La formación del instrumento no es más que la consecución de un medio idóneo de cotejo para su utilización frente al elemento dubitado. Por ende, la inasistencia del actor a alguna de las audiencias señaladas a ese efecto

---

los expertos deben, ante todo, atenerse al material ofrecido por las partes como indubitable y, en caso de insuficiencia, recurrir al cuerpo de escritura (fallo anterior).

2261. Son documentos indubitados, a falta de acuerdo entre las partes sobre los que debieran ser objeto de confrontación: 1) Las firmas consignadas en documentos auténticos; 2) Los documentos privados reconocidos en juicio por la persona a quien se atribuya el que sea objeto de comprobación; 3) El impugnado, en la parte en que haya sido reconocido como cierto por el litigante a quien perjudique; 4) Las firmas registradas en establecimientos bancarios (art. 393, Código Procesal).

no posee utilidad bastante como para hacer presumir su intención de desistir de la solicitud de concurrencia al control de la producción de la prueba. En cambio, si la ausencia es de quien debe extender la prueba, se presumirá en su contra dando por reconocido al documento.[2262]

La deserción al acto de extensión del cuerpo de escritura tiene varias consecuencias. En algunos casos, debe calificarse como temeraria y maliciosa la conducta de quien negó haber suscrito los pagarés hipotecarios cuyos montos se habían reclamado por vía ejecutiva, si no desconoció haber firmado la escritura pública constitutiva de la hipoteca en la que consta la confección de tales títulos y el pago de algunos de ellos, máxime si se abrió la causa a prueba –con la dilación que ello implica– no habiendo el demandado asistido a la audiencia designada para formar cuerpo de escritura ni justificado su ausencia.[2263]

2262. La comparación de escrituras trata de detectar aquellas constantes para establecer la identidad, fundamentalmente en el espaciado, los movimientos iniciales y finales, el trazado de curvas y la tendencia a la interrupción. Para hacerlo el perito debe contar con la escritura a definir y con los modelos de comparación; los primeros deben hallarse en buen estado de conservación, esto es evitarse su alteración por nuevas huellas producto de perforados o dobleces; los últimos deben ser originales –no fotocopias– prefiriéndose el redactado contemporáneamente antes de la muestra extraída al efecto. De tornarse indispensable la obtención de muestras de escritura, habrá que cuidar volcarla en idéntico impreso y con instrumento análogo, siempre al dictado –no por copia– y tomando el recaudo de aumentar su extensión cuando se esté frente a un autor hábil y fecundo en variaciones. Sobre lo último aclara el autor que no puede admitirse sin reservas el adagio "mejor muchas muestras que pocas", pues la fatiga del escritor conspira contra la labor del perito. En cuanto a lo que puede esperar el juez del perito, se recalca el valor autónomo de este medio probatorio, por cuanto si el técnico atribuye en informe detallado la escritura de un documento a persona determinada poco importa que esta lo niegue. Por supuesto que no se pretende que el perito llegue en todos los casos a conclusiones categóricas, mas será común, sobre todo si el material escasea, que el dictamen se reduzca a una probabilidad; en tal caso habrá que abstenerse de evaluar en cifras el grado de tal probabilidad.
Tratándose de analizar escrituras a máquina, la tarea consiste en determinar el tipo de máquina con que debe relacionarse un texto, lo que resultará de su construcción, conmutación, caracteres, etc. Para ello el perito deberá interiorizarse acerca de los sistemas existentes y de esta forma reparando básicamente en las llamadas "letras-guía", podrá establecer si dos escrituras provienen de una misma máquina. Lo difícil es saber si una misma persona construyó los dos textos, aunque no lo será tanto establecer la diversa identidad del mecanógrafo (Schima, Konrad, "Posibilidades y límites del dictamen pericial de documentos", *LL*, 1979-B-1221).

2263. CNCiv., Sala E, "Beym, Marcelo A. c. Fridman, Victoria C.", 19/11/2002, *LL* 2003-A-343. Respecto a la producción probatoria, se ha dicho que, en el marco de una demanda por cobro de un saldo deudor de tarjeta de crédito, la ausencia del demandado

De todos modos, el juez puede considerar el desinterés en la producción del medio probatorio y tener a los documentos como pertenecientes a su puño y letra por no haber comparecido a la audiencia para formar cuerpo de escritura y no haber solicitado ni él ni otra persona, en calidad de gestor procesal, la suspensión de esta audiencia.

El resultado de la pericia es indivisible y tiene la misma fuerza contra aquellos que lo reconocen, que contra aquellos que los presentaren (artículo 1029, Código Civil).

483.2 Impugnación

Se puede impugnar de falsedad el informe, sosteniendo que no hay correspondencia entre las constancias documentales o antecedentes consultados y la respuesta emitida. En tal caso, procede ordenar la exhibición de los asientos contables o documentos y antecedentes en que se fundare la contestación, a los efectos del cotejo que efectuará el juez.[2264]

También, se advierte que la afectación emocional sufrida por el suscriptor como consecuencia de la solemnidad del acto de formación de cuerpo de escritura resulta argumento irrazonable como para justificar disimilitudes en las grafías bajo comparación que exceden las meras diferencias que pueden darse en la historia gráfica de una persona cuando el suscriptor es un letrado que admite que firmaba, a veces, 500 escritos en un solo día.[2265]

484. La exhibición de documentos

La prueba documental se agrega con los escritos constitutivos de la litis, que son: la demanda, la contestación, la reconvención y aquellos que se pueden agregar relacionados con los nuevos hechos que impone la contrademanda.

---

no torna abstracta la producción de prueba pericial caligráfica, ya que ante la imposibilidad de formar cuerpo de escritura, nada impide producir la mentada prueba a través del cotejo de firmas indubitadas que existen en los registros oficiales (CNCom., Sala D, "Banco Bansud c. C., C. J.", 19/08/2004, *DJ* 2004/11/24-977).

2264. CNCiv., Sala C, "H. C. c. de H., L. C.", 07/07/1983, *LL* 1984-A-486 (36.524-S).

2265. CSJN, Fallos: 320:326, "Valledor, Pedro F. c. Caja Nac. de Prev. para la Ind. Com. y Act. Civiles".

Si recordamos que el concepto de "documento" es comprensivo de toda representación del hecho a probar, puede ocurrir que haya documentos creados contemporáneamente con las circunstancias que originan el conflicto (*v. gr.* contrato), comúnmente llamados *declarativos*,[2266] y otros que no contengan más que la *representación* de las circunstancias en conflicto. Cada uno de ellos llega al proceso de maneras diferentes.

El principio imperante, antes que una carga es un deber, por eso cuando la prueba documental no se acompaña oportunamente, se pierde el derecho a traerlos con posterioridad. El artículo 387 del Código Procesal es muy contundente al respecto; claramente dice que "Las y los terceros en cuyo poder se encuentren documentos esenciales para la solución del litigio estarán obligados a exhibirlos".

Los instrumentos que se piden son los "esenciales" (*v. gr.* en una demanda por cumplimiento de contrato se debe acompañar el instrumento que contiene las estipulaciones acordadas), pero con una diferencia importante, como el recién señalado.

484.1 Documentos en poder de las partes

Los documentos que se quieren aplicar al proceso como prueba documental, se ofrecen y acompañan simultáneamente. Deben tratarse de piezas originales, y si no las poseen, hay que señalar el protocolo o archivo donde se hallen con el fin de requerir la prueba.

Como se trata de medios de verificación que se comprenden con la amplitud como se interpreta la prueba documental, no es posible interpretar por quien está obligado a su entrega, a que exista una causa de oposición basado en que nadie está obligado a probar contra sí mismo. Este supuesto, impone a las partes la carga de aportarlos con los escritos liminares.

Si en el curso del proceso fueran conocidas otras piezas de contenido esencial para resolver la controversia, el juez ordenará la exhibición de esos documentos, sin sustanciación alguna, fijando un plazo al requerido para su agregación.

2266. Sostiene Palacio que, atendiendo los efectos de la declaración, entre los documentos declarativos es pertinente diferenciar los *confesorios de los testimoniales*, según que respectivamente aquella sea o no contraria al interés de quien la emite (*Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. IV, p. 421).

Esta es una facultad que emerge del artículo 36, inciso 4, apartado c) del Código Procesal, que le permite al juez mandar que se agreguen documentos existentes en poder de las partes o de terceros.

484.2 Documentos en poder de la contraria

Si el instrumento estuviera en poder de una sola de las partes, y esta negara la existencia tras la intimación para que lo exhiba, quien invoca el título tiene que probar, tanto la confección como el contenido dispuesto; solo así puede conseguir que la negativa a presentarlo constituya una presunción contraria al que niega el aporte (art. 388, Cód. Proc.).

Si el documento tiene admisión y reconocimiento que lo hace verosímil, el requerimiento no es para una simple exhibición, ya que se debe agregar al pleito, salvo que existan causas suficientemente motivadas para oponerse a su incorporación. Ahora bien, si el emplazado argumenta una excusa para agregar el documento requerido, y se considera improcedente, no libera de responsabilidad a la parte, en la medida que es una carga que tiene en la colaboración probatoria. Esa oposición supone, además de la existencia del documento, una presunción en su contra.

De todos modos, a veces esta consecuencia beneficiosa para quien la obtiene no es tal cuando los documentos son imprescindibles para resolver el conflicto, en cuyo caso, el juez puede intimar su presentación y ordenar simultáneamente el secuestro y allanamiento de lugares en pos de localizarlos.

Se dice así que, la negativa del demandado ante la intimación cursada en los términos del artículo 388 no puede invalidar la exigencia prevista en el artículo 387, cuando la documentación requerida resulta de indudable importancia para la solución del litigio y su existencia es manifiestamente verosímil. En tal caso, debe regir la presunción establecida en el citado artículo 388,[2267] no obstante, es corriente afirmar que la presunción derivada de la falta de presentación de documentación contable en los términos del mencionado artículo es relativa, por cuanto es necesario que los dichos del deudor sean respaldados de alguna manera por otros medios de prueba.[2268]

2267. CNCom., Sala C, "Bellini, Gabriel y otro c. Lee, José L.", 26/05/1995, *LL* 1995-E-291.
2268. CNCom., Sala E, "Walas, Ricardo A. s/ inc. de rev. por Caswell Corp.", 20/02/2000, *LL* 2000-D-857 [42.829-S]; *DJ* 2000-3-74.

484.3 Documentos en poder de un tercero

Si quien tiene los documentos que se invocan como prueba es un tercero, el juez le requerirá que los acompañe. Esta orden judicial se concreta sin necesidad de que las partes lo pidan, y no tiene sustanciación.

También, ya interpuesta la demanda, los letrados patrocinantes

> ... podrán requerir directamente a entidades privadas, sin necesidad de previa petición judicial, mediante oficio en el que se transcribirá este artículo (art. 333, Cód. Proc.), el envío de la pertinente documentación o de su copia auténtica, la que deberá ser remitida directamente a la secretaría, con transcripción o copia del oficio.

El tercero se puede oponer a la entrega de la documentación cuando ella es de su propiedad exclusiva, o cuando la exhibición le pueda provocar un perjuicio cierto y concreto.

Es evidente que ante esta situación el Código no encuentra respuestas específicas, porque si bien es cierto que el artículo 36, inciso 4, apartado c) citado, faculta al juez a requerir documentos en poder de terceros, cuando estos no revisten la calidad de parte no se los puede más que intimar formalmente, pues no hay sanciones consecuentes. En los hechos, la intimación judicial puede motivar desobediencia como figura penal, pero en materia civil, la oposición no tiene consecuencias aunque admite la imposición de astreintes (medidas conminatorias) en los términos del artículo 37 párrafo segundo del código de rito.

485. El documento electrónico

La habitualidad del documento electrónico, entendiendo por tal al instrumento que comprende toda representación de actos o hechos con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento, archivo o transmisión, se ha convertido en un elemento natural del tráfico.

La forma de intervención deja de lado la necesidad física de contratar para admitir la virtualidad entre sujetos que se obligan a través de un sistema informático. Este, por su parte, debe asegurar la privacidad y autenticidad del documento electrónico que se genera, evitando que sea adulterado en cualquiera de sus partes.

El mecanismo previsto en el Código de fondo es la firma digital, que opera de manera idéntica a la rúbrica tradicional, porque implica el reconocimiento y validación, a los efectos legales, de cualquier transacción electrónica.

> La firma electrónica es tecnología neutral, en el sentido que las partes intervinientes en los contratos electrónicos pueden elegir el sistema que quieren usar para validar un acuerdo *online*. Muchas compañías están desarrollando sistemas basados en lapiceras y otras clases de tecnologías para facilitar contratos *online*. Asimismo, algunas compañías ya proporcionan productos con firmas digitales. Entre los requisitos se leen: a) Nadie se encuentra obligado a estar de acuerdo para usar o aceptar archivos electrónicos o firmas; b) Si un aviso debe, por escrito, ser provisto a un consumidor, una versión electrónica cumplirá con los requerimientos solamente si el consumidor ha consentido aceptar una versión electrónica y ha demostrado que puede acceder a la información en forma electrónica; c) Un Estado puede priorizar el Acta solamente cuando adoptare *the Uniform Electronic Transactions Act* ... o cuando promulgue una ley que es tecnológicamente neutral; y d) Esto no se aplica para la creación y ejecución de testamentos, sus cambios o adiciones, para adopciones, divorcios u otras cuestiones relacionadas a derecho de familia.[2269]

El valor probatorio surge del artículo 319 del CCyC, porque se considera un instrumento particular cuya autenticidad debe ser apreciada por el juez considerando para ello la congruencia entre lo sucedido y narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen.

2269. Agradecemos la información suministrada por el estudio jurídico de Estados Unidos: *McBride, Baker & Coles*.

Capítulo LXIII
Prueba informativa

486. Objeto de la prueba

La prueba informativa consiste en requerir a un tercero que tiene información registrada en archivos, libros contables, o demás asientos debidamente almacenados, que proporcione al proceso los datos con que allí cuenta. La procedencia queda limitada a los actos y hechos que resulten de la documentación, archivo o registro asentados por el informante, quien puede ser una oficina pública, escribano con registro y entidades privadas.

Por tanto es improcedente cuando se pide a quien no tiene las fuentes de información almacenadas, así como es ineficaz si el informante produce el informe sin tener en su poder los respaldos documentales, revelando información que podría facilitar mejor como testigo.

La finalidad es comprobar (ratificar) con la información disponible, que no se crea a los efectos de contestar el pedido de informe, sino que obra archivada con anterioridad, aquellos hechos concretos, claramente individualizados y controvertidos, que tornan admisible la prueba; con la aclaración de que es complementaria, cuyo valor probatorio se refleja en la medida de la información que proporciona.

Lo que en realidad se requiere es que se persiga ineludiblemente la constatación de un hecho previamente precisado. O sea, la dilucidación de uno de los hechos discutidos, y no una inquisición. Por eso, el pedido de informes no se puede presentar como si fuera un interrogatorio.

Recordemos que cuando se modificó la norma que acordó la actual redacción del artículo 396 del Código Procesal,[2270] uno de los integrantes

2270. Art. 396. "Los informes que se soliciten a las oficinas públicas, escribanos con registro y entidades privadas deberán versar sobre hechos concretos, claramente individualizados, controvertidos en el proceso. Procederán únicamente respecto de actos o hechos que resulten de la documentación, archivo o registros contables del informante. Asimismo, podrá requerirse a las oficinas públicas la remisión de expedientes, testimonios o certificados, relacionados con el juicio".

de la comisión redactora (Ayarragaray) así lo afirmó, pues como también se ha dicho, con esta prueba se debe intentar la constatación de los hechos y no, por el contrario, la averiguación de los mismos.[2271]

Con ello queremos expresar que, a veces, es una prueba directa y otras, puramente subsidiaria de aquellas que viene a integrar. Del primer orden son las que aportan instrumentos claros para verificar afirmaciones o pretensiones. En tal sentido, se ha dicho que, a los efectos de la prueba del lucro cesante, el medio más eficiente para acreditar la labor que llevaba a cabo la víctima es la prueba informativa y no la testimonial, pues los elementos probatorios deben acreditar el perjuicio sufrido, pudiendo el magistrado establecer como pauta para determinar su monto, las tareas que el damnificado desarrollaba.[2272]

Del tipo restante son las que integran un medio o lo completan con la información que proporcionan. Por ejemplo, si un escribano es citado a declarar como testigo, y en el curso de la declaración afirma poseer en sus registros información útil para la causa, se podrá requerir en ese acto en virtud del artículo 36, inciso 4, apartado c); o las partes plantearla como incorporación de documentos no conocidos con anterioridad (artículo 335, Código Procesal); o también, pedirla a través de la prueba de informes.

487. Diferencias con otros medios de prueba

Se diferencia de la *prueba documental*, pese a que el informe se materializa también en un instrumento por escrito, en que a él se llega previo requerimiento de parte interesada y posterior contestación de

2271. De Gregorio Lavié, Julio, *Código Procesal Civil y Comercial comentado*, Buenos Aires, Ediar, T. II, p. 447. Cfr. Sentís Melendo, Santiago, *El proceso civil: estudio de la reforma procesal argentina*, Buenos Aires, Ejea, 1957, p. 277.

2272. CNCiv., Sala L, "Mileo, Gerardo U. c. El Puente S. A.", 05/03/1999, *LL* 2000-B-877, *J. Agrup.*, caso 14856. Asimismo, tratándose de un juicio de impugnación de decisiones asamblearias, en el que se controvierte el contenido de la documentación contable de la sociedad, la prueba no puede quedar limitada a los registros de la sociedad demandada –salvo que sólo se le atribuyan errores en el traslado de datos de los libros a las cuentas y balances– pues el medio de acreditar deficiencias no puede ser limitado al análisis de los libros de la sociedad cuyos registros se cuestionan. En consecuencia, son admisibles los informes de terceros que realizaron operaciones con la sociedad (CNCom., Sala E, "Grinstein, Saúl c. Biotenk S. A.", 11/10/1996, *LL* 1997-D-441; *IMP.*, 1997-B-2592).

quien es informante, sin que sea aplicable ninguna de las reglas que gobiernan la prueba documental que exige la aportación directa del documento al proceso.

También se distingue de la *prueba testimonial*, toda vez que el informante es un intermediario entre el pedido y el informe que brinda, no tomando conocimiento de los datos que aporta sino hasta el momento que le es requerida la información, en cambio el testigo participa en el proceso aportando el conocimiento de los hechos que ha adquirido a través de sus sentidos. La prueba informativa se refiere a actos o hechos que resulten de la documentación, archivo o registros contables del informante, de modo que no es meramente sustitutiva de la prueba testimonial.

En realidad, lo que ha de verse es si el pedido de informes tiene autonomía como medio probatorio o es una herramienta que permite sustituir un mecanismo por otro, apoyado en el principio de la libertad de probar. Aclaremos que este debate fue despejado cuando se acordó la redacción del artículo 397 del Código Procesal,[2273] pero que aún persisten los interrogantes cuando se consigue ampliar con el sistema lo que de otro modo estará vedado.

Colombo había sostenido la calidad "sustitutiva" de la prueba de informes respecto del testimonio, en el sentido de que –en su criterio– era una versión dada por quien no es persona física, asentada en constancias instrumentales y el medio de comunicación a la jurisdicción es directamente por escrito. En cambio, dice que no es sucedánea de otro medio de prueba que corresponda a la índole de las afirmaciones o de los hechos, pero sí sustitutiva del medio propio, cuando existe imposibilidad física o jurídica de producirlo, no haciendo a su naturaleza la circunstancia de que se produzca por escrito.[2274]

Tampoco le da autonomía Devis Echandía, quien considera a la prueba de informes como una especie de la prueba documental, por lo que sería inapropiado reglarla como prueba separada, porque no se trata de un medio independiente, sino de una modalidad de varios de los otros medios probatorios (*v. gr.* cuando una autoridad informa

2273. El primer párrafo del art. 397 dice: "No será admisible el pedido de informes que manifiestamente tienda a sustituir o a ampliar otro medio de prueba que específicamente corresponda por ley o por la naturaleza de los hechos controvertidos".

2274. Colombo, Carlos, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, T. III, 1969, p. 463.

acerca de un hecho ocurrido en su despacho o expide una certificación de tal hecho, existe un testimonio oficial o bien un documento, si en cambio realiza un examen de los hechos y rinde el informe correspondiente se estará en presencia de una inspección).[2275] Apoya su argumentación Sentís Melendo, entre otros, quien sostiene que la prueba informativa es sustitutiva, influyendo en la naturaleza procesal del informe, la del medio al que reemplace.[2276]

Sin embargo la autonomía es indiscutible, pese a que la validez probatoria tiene implicancias y apoyos en otras fuentes de prueba. El parecido con el testimonio es circunstancial, porque ambos relatan sobre hechos pasados, pero el gobierno y control del informe es *a posteriori* de la producción mientras que el testimonio se confronta en el acto de ser prestado y con otras condiciones de admisión y procedencia. En consecuencia, tampoco se pueden considerar equivalentes el alegato sobre la idoneidad del testigo (art. 456, Cód. Proc.) y la impugnación al informe presentado (art. 403, Cód cit.).

El hecho de que se presente por escrito lo vuelve un documento público por accesión, pero la llegada al proceso es distinta. En efecto, sostiene Palacio que no puede constituir una especie de prueba documental, pues esta requiere la aportación del documento sea por quien intenta valerse de él o por otro a raíz de una orden de exhibición, en tanto que el informante solo se limita a transmitir al órgano judicial, el conocimiento que le deparan las constancias documentales que obran en su poder.[2277]

Finalmente advierte Giuntoli que la opinión de Alsina puede ser un punto de equilibrio (o desconcierto) porque a pesar de afirmar que la prueba por informes es autónoma, ha dado motivos a los sostenedores de la postura contraria para pensar que solo la consideró un trámite especial para allegar pruebas al proceso; al sostener que siendo independiente (porque no se le aplican las normas que gobiernan ninguno de los otros medios de prueba), en la práctica solo constituye una forma de hacer llegar al tribunal elementos de juicio.[2278]

2275. Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial, op. cit.*, T. II, p. 599.

2276. Sentís Melendo, Santiago, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio, op. cit.*, p. 260.

2277. Palacio, Lino Enrique, *Derecho procesal civil, op, cit.*, T. IV, pp. 665-667.

2278. Giuntoli, María Cristina, "Algunas precisiones sobre la naturaleza jurídica de la prueba de informes", *LL* 1979-D-154.

488. Requisitos de admisión

El pedido de informes debe reunir determinados requisitos:

a. Hechos concretos y claramente individualizados, para evitar informaciones generalizadas y/o relatos de hechos no documentados de terceros que implican declaraciones que deben recogerse como testimonio con todas las garantías de bilateralidad y control de ese medio probatorio en particular.
El informe que se requiere debe testear la reproducción de lo que está escrito en un archivo, registro, base de datos o toda documentación que signifique tener constancias relacionadas con el hecho, pero no realizadas en función del hecho (*v. gr.* liquidaciones de sueldos y jornales emergentes de una suspensión colectiva que deriva en despidos indirectos).

b. Hechos controvertidos, característica que hace al principio general de la prueba. Carecería de sentido producir informes sobre hechos inconducentes a la solución del pleito o litigio.
Aclara Castaños Zemborain que la mención a estos hechos no se debe coincidir como objeto de la prueba específica por cuanto:

> … no solo se desdibujaría la exigencia que se ha querido destacar, sino, lo que es peor, como consecuencia de ello, podría llegarse a que, llevados por predecibles impulsos hedonistas, incurriésemos en abusivas sustituciones. Así, intentar obtener interpretaciones respecto al alcance o sentido de los actos, averiguar relaciones entre causas y efectos, o cualquier otro tipo de opiniones científicas, profesionales o artísticas propias de la prueba pericial. O tal vez, mal interpretando el último párrafo de este artículo 396, lograr un certificado, expediente, testimonio, etc., que se hubiese omitido ofrecer en el tiempo regulado por los arts. 333 y 334 del Código citado.[2279]

c. Actos o hechos que resulten de la documentación, archivo o registros contables del informante. Si no tiene ese respaldo, es una mera opinión o estimación cuyo valor se reporta en los documentos, registros o constancia que aporta, pero no es prueba de informes.

2279. Castaños Zemborain, Víctor, "Prueba de informes. Su objeto y los sujetos informantes", *LL* 1994-C-929.

Por eso si el informe carece de los requisitos exigidos para su admisibilidad, se puede impugnar por la forma y contenido, y hasta por su condición informativa cuando lo que se comunica no se respalda con documentación, archivo o registro contable del informante. Este es el sentido de la prueba, de lo que sigue que en oportunidad de contestar el requerimiento se debe indicar la fuente y demás recaudos documentales tenidos a la vista. En consecuencia, frente a la manifestación del informante en el sentido de que carece de los datos requeridos en su propia fuente documental, la prueba en cuestión pierde todo sustento normativo por ausencia del supuesto fáctico que la justifica.[2280]

d. Es objetiva, porque el registro pertenece a un tercero que no reviste la calidad de parte. La imparcialidad del emisor se toma del hecho objetivo que produce con un informe que solo releva aquello que está registrado con anterioridad a los hechos de la causa. Si, por ejemplo, se pidiera a una asociación científica que dijera cuál es la técnica habitual en las intervenciones quirúrgicas, no podría informar sobre la base de la cuestionada en el juicio de que se trate, porque el informe es objetivo sin ponderaciones subjetivas. Es una remisión a los registros archivos, no una opinión. El informe se vuelve presente, pero trabaja con datos preexistentes que pueden vincularse o no en forma directa a los hechos de la causa (*v. gr.* registros contables del empleador en el juicio de despido que formula el trabajador contra el contratista, no contra quien lleva los libros, porque en su caso la prueba es pericial o documental).

   Es cierto que alguna doctrina y jurisprudencia han admitido cierto tipo de informes, aun cuando no se sustenten en documentación registrada, si versan sobre usos y costumbres conocidos de un modo uniforme por quienes participan de una actividad profesional determinada que los tienen como ciencia adquirida o uso inveterado.[2281]

2280. CNFed. Civil y Comercial, Sala I, "La Tandilense, Cía. de Seguros c. Transporte Automotor Nuevo Horizonte, S.A.", 13/05/1986, *LL* 1987-C-432.

2281. Castaños Zemborain, Victor, "Prueba de informes. Su objeto y los sujetos informantes", *op. cit.*, p. 930.

e. Su contestación es una carga pública. Los informes y/o expedientes solicitados deben ser contestados y/o remitidos, respectivamente, en forma inexcusable dentro de los diez (10) días hábiles si el informante es tanto una oficina pública cuanto si es una entidad privada, *salvo* que la providencia que lo haya ordenado hubiere fijado otro plazo en razón de la naturaleza del juicio o de circunstancias especiales. La prueba de informes importa para el requerido un deber de información inmediato, contra las que no tiene causa ninguna de oposición.
Está compelido a recibir el oficio y a responder el pedido dentro del plazo acordado, pudiendo dentro del quinto día plantear causas de reserva o secreto, por las que puede negar la producción informativa que se le solicita.
Las oficinas públicas y las entidades privadas no podrán establecer recaudos o requisitos para responder o recibir los oficios sin ley que los autorice, ni pueden imponer aranceles que no estuvieren legítimamente determinados.
Sucesivas reformas procesales unificaron en las medidas conminatorias la diferencia que tenía el código anterior respecto de las consecuencias de la demora imputable cuando se trataba de organismos públicos o entidades privadas. De alguna manera, la armonización concilia con la tradición jurisprudencial que ha sostenido que no se afecta principio constitucional alguno cuando se sanciona a una dependencia estatal, autónoma o autárquica.
Así se dijo que las sanciones impuestas al Banco de la Provincia de Buenos Aires, por su demora en contestar un pedido de informes, no afecta el "status" jurídico de raíz constitucional que ella tiene como institución autárquica de derecho público, ni limita las exenciones de que goza en virtud de la reserva efectuada en la Constitución Nacional, en tanto los privilegios no guardan relación con el comportamiento del banco respecto del cumplimiento de una carga pública como es responder un pedido judicial de informes.[2282]

2282. CSJN, Fallos: 313:164, "Cía. Financiera Saladillo c. Amur S.A.". Para encontrar justificada una demora, no hay que tener más que sentido común; por eso se afirmó que aunque las dificultades administrativas, que en el caso invoca el banco, pueden

En orden a las medidas conminatorias, hay que señalar que no están extendidas hacia cualquier tipo de entidad, porque en el supuesto del artículo 403 (impugnación por falsedad) solamente se aplican a la oficina privada.

El párrafo final del artículo 398 del Código Procesal tiende a resolver el problema de la demora en contestar pedidos de informes que resultan necesarios para concretar transferencias de dominios. Frente a la rémora, y cuando ella provenga de las entidades prestadoras del servicio de agua corriente o entidades municipales locales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, no será necesario practicar intimación al responde, ni librar nuevos oficios, porque habiendo transcurrido el plazo para contestar, se interpretará que no hay deuda pendiente que reclamar.

f. Reserva o secreto. Cuando el requerimiento de informes y/o la remisión de expediente fuera procedente, solo podrá ser negado si existiera justa causa de reserva o secreto, circunstancia que deberá ponerse en conocimiento del juzgado dentro de los cinco (5) días de recibido el pedido.

Por ejemplo, si el requerimiento formulado mediante un pedido de informes no se refiere a hechos concretos que se encuentran claramente individualizados, sino que lo que se quiere es una investigación interna a cargo del ente para determinar o individualizar esos hechos, consecuentemente, por no ajustarse el pedido a lo establecido en el artículo 396 del mismo Código, el organismo puede negarse a contestarlo.[2283]

La negativa a responder un pedido semejante justifica la resistencia, y admite plantear además de obstáculos de esencia, condiciones para hacerlo, como reclamar los gastos que pueda demandar. Si la interesada no quiere afrontarlos, ese

estimarse idóneas para excusar un cierto retraso en la contestación de los pedidos de informes en el juicio de alimentos, es obvio que no pueden justificar la anómala situación planteada en el "sub lite", en que después de más de un año de requerida la información, esta todavía no ha sido proporcionada en forma correcta por la entidad (CNCiv., Sala F, "P., S. c. C., H.", 11/07/1986, *LL* 1987-B-53; *DJ* 987-1-866).

2283. CNCiv., Sala G, "Industrias H. A. Barone, S.R.L. c. Leatta, Domingo S.", 01/09/1984, *LL* 1985-B-162; *DJ* 1985-1, 721.

pedido de gastos se considerará una negativa que, como se ha dicho, es legítima.

g. Es autónoma, por lo que no será admisible el pedido de informes que manifiestamente tiende a sustituir o ampliar otro medio de prueba (art. 397).

No obstante, a veces el informante puede interpretar la información que produce, cuando al hacerlo no responde a ningún conocimiento personal y consecuentemente, no se convierte en testigo. Aquí la prueba solo agrega una deducción de las constancias registrales.

El artículo 397 del código ritual reafirma la autonomía de la prueba de informes, cuando se refiera a actos o hechos que resulten de la documentación, archivo o registros contables del informante. Por ello, todo hecho en que el tercero intervino personalmente y no resulta de su archivo, documentación o registro, debe ser declarado en la audiencia respectiva como prueba de testigos, circunstancia que se produce bajo garantías de las que no cabe prescindir, sin comprometer los principios del debido proceso, como son la bilateralidad y la defensa en juicio.

Ahora bien, este control de la prueba debe hacerse de oficio al tiempo de resolver la prueba pertinente (art. 360, inc. 5, CPCCN), de modo tal que, de ordenarse el libramiento de oficios sin que la parte cuestione la procedencia de algunos, cualquier oposición posterior es tardía e inoportuna. Por eso se afirma que, aun cuando el medio probatorio no sea el idóneo para acreditar el daño, si la demandada no objetó el procedimiento, ni impugnó el resultado de tales informes, dicha circunstancia permite aceptar como correcto el valor otorgado.[2284]

489. Obligaciones del que ofrece la prueba

El pedido de informes tiene que fundarse en la necesidad de recopilar información que se encuentra archivada o registrada en asientos

2284. CNCiv., Sala E, "Arce, Hugo S. c. Los Lagartos Country Club y otros", 30/10/1985, *LL* 1986-B-100; *DJ*, 986-II-342; *ED* 117-561.

contables, la que se vincula con hechos concretos y controvertidos que se deben individualizar.

En la práctica la prueba se ha desinformalizado, teniendo como única limitación que no se pretenda mediante un artilugio técnico sustituir una prueba por otra; es decir, alterar el objeto específico de un medio (*v. gr.* pericia, testigos) por la facilidad del informe del tercero.

La iniciativa probatoria del juez, basada en el deber de esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de igualdad y defensa entre las partes (art. 36, inc. 4, CPCCN) le faculta a requerir la agregación o exhibición de documentos en manos de terceros, o en posesión de los litigantes; de lo que resulta que siendo potestad del tribunal exigir la presentación de prueba documental, no sería congruente pedirle a las partes que justifiquen la necesidad de requerir informes en iguales circunstancias.

La prueba se concreta con el libramiento de un oficio que debe confeccionar quien pide la prueba. Inclusive ha de firmarlo y encaminarlo sin necesidad de acreditar ante el juzgado más que el diligenciamiento oportuno.

La Ley N° 22434 oportunamente modificó el primer párrafo del artículo 400 del Código Procesal, estableciendo que

> Los pedidos de informes, testimonios y certificados, así como los de remisión de expedientes ordenados en el juicio, serán requeridos por medio de oficios firmados, sellados y diligenciados por el letrado patrocinante con transcripción de la resolución que los ordena...

Inclusive, un fallo plenario anterior de la ex Cámara Nacional de Paz había sentado el criterio que entre los oficios librados en los juicios donde intervienen abogados, se encuentran los ordenados requiriendo el envío de expedientes, debiendo en ese caso transcribirse la resolución que los ordena, ya que no era aplicable a los oficios dirigidos a los jueces la prevención que establecía el párrafo final del artículo 399.[2285] Agregándose que si por aludir en términos genéricos a las oficinas públicas, se entiende que el apartado segundo del artículo 396 se refiere a los expedientes administrativos, ello no quiere decir que haya excluido de la prueba informativa a los expedientes judiciales, ni los del artículo 400 autorizan a interpretar que se refiere a los primeros, cuando no

2285. CNPaz, en pleno, 15/06/1970, *LL* 139-147.

hace ninguna distinción al respecto, remitiéndose en general a los expedientes que tanto pueden ser de uno u otro carácter.

Esta lectura del Código se debe correlacionar con el artículo 131, que establece que la comunicación entre jueces se debe realizar mediante oficio, pero en parte alguna se dispone que estos deban ser suscriptos por los mismos magistrados requirentes, lo cual sugiere que ellos pueden ser firmados por los letrados patrocinantes conforme al artículo 400 (el requerimiento de expedientes se rige por los arts. 122, 370, 376 y 397, Cód. Proc.).

Ahora bien, esta interpretación fue generalmente resistida porque se aplicó el inciso 1 del artículo 38 del Código Procesal, también modificado por la Ley N° 22434, que establecía expresamente que "Las comunicaciones dirigidas al Presidente de la Nación, ministros y secretarios del Poder Ejecutivo y magistrados judiciales, serán firmadas por el juez". Por ello, se ha dicho que es evidente que lo dispuesto por el artículo 400 del Código citado debe ser correlacionado con la norma transcripta, según lo sostuviera doctrina autorizada aun antes de la reforma del Código Procesal (en el caso se resolvió que el oficio en cuestión debía ser firmado por el juez).[2286]

Alvarado Velloso y Palacio argumentan que los letrados patrocinantes, por lo tanto, se hallan habilitados para suscribir los oficios dirigidos a entidades privadas y a entidades públicas cuyos titulares no sean los funcionarios aludidos por el artículo 38 inciso 1 y normas similares.[2287] Pero actualmente el artículo 38 ha sido reformado, permitiendo al juez delegar numerosas facultades en el secretario, el prosecretario administrativo y el jefe de despacho. Sin embargo, entre ellas no se encuentra la firma de comunicaciones dirigidas al Presidente de la Nación, ministros y secretarios del Poder Ejecutivo y magistrados judiciales. Solo se refiere a "Comunicaciones" que son actos destinados a informar, requerir colaboración, o concretar el principio de cooperación en el Poder Judicial de la Nación. Es decir que, en la práctica cotidiana, se vincula con situaciones donde el interés de las partes es secundario, pues de otro modo podría darse el caso de

2286. CNCiv., "P., I. A. c. S., E. R.", 22/02/1983, *LL* 1983-C-396; *ED* 103-534.

2287. Alvarado Velloso, Adolfo y Palacio, Lino Enrique, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires/Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, T. VIII, 1994, p. 228.

formalizar la actividad, donde pesa más la carga de verificación que la formalidad intrínseca de su realización.

La explícita posibilidad de que el artículo 400 citado le otorga al letrado patrocinante para requerir informes y solicitar la remisión de expedientes ordenados en el juicio, se vincula con la producción de la prueba, y es obvio que a la parte que propone esa actividad le corresponde la carga de realizarla efectivamente. En todo caso, si el juez que recibe una petición de remitir un expediente interpreta que el pedido es improcedente, solamente podrá fundar la oposición en cuestiones de fondo, pero nunca en la formalidad como se implementa el acto.

En tal sentido, no se puede sostener que la comunicación entre magistrados sea una cuestión donde las formas se deban respetar, evitando que un abogado (letrado patrocinante) pueda dirigirse en forma directa al juez; porque de aceptar el planteo, el artículo 58 del Código Procesal sería pura declamación.

De este modo, la actual redacción parece clara sobre la facultad de los abogados para firmar los oficios donde se requieran expedientes a jueces de la misma jurisdicción (no de distinta jurisdicción, porque en este caso se aplica la Ley N° 22172, o el exhorto, de acuerdo con el art. 131, párr. 1, Cód. Proc.), en el sentido que la delegación en los funcionarios del juzgado lo es, sin perjuicio de las facultades que se acuerdan a los letrados respecto de las cédulas y oficios, y de lo que establezcan los convenios sobre comunicaciones entre magistrados de distintas jurisdicciones.[2288]

En cuanto al deber de informar el diligenciamiento, una vez que se ordena, quien pide la prueba debe: a) *Confeccionar, firmar y diligenciar los oficios dentro del plazo de prueba* rigiendo al respecto la regla general del artículo 384 primer párrafo del Código Procesal;[2289] b) *Acreditar ante el juzgado la entrega del oficio* a tenor de la constancia o recibo que expide el organismo, entidad o escribano requerido. Esto se debe cumplir dentro del plazo de cinco (5) días, pero no por lo dispuesto en el

2288. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *La firma de los oficios en la reforma procesal*, LL 2002-E-1252.

2289. Palacio afirma que el plazo para diligenciar es de cinco (5) días, usando a tal efecto lo dispuesto en materia de plazos para el libramiento y diligenciamiento de oficios y exhortos (art. 383, Cód. Proc.) (Cfr. *Derecho Procesal Civil*, T. IV, p. 669).

artículo 383 que está previsto para otra cosa[2290] sino para que la parte contraria pueda realizar el control de cumplimiento.

Cuando la prueba informativa tenga por único objeto acreditar el haber del juicio sucesorio, los oficios dirigidos a bancos, oficinas públicas o entidades privadas podrán ser presentados en forma directa por el profesional actuante sin que sea necesaria la previa solicitud al juez en aquel proceso.

Le cabe responsabilidad disciplinaria al abogado si en la redacción del requerimiento se apartare de lo establecido en la providencia que lo ordena o de las formas legales. A quien diligencia el oficio deberá entregársele recibo cuando presente el pedido de informes en la repartición correspondiente y los respondes de estas deberán remitirse en forma directa al tribunal interviniente en la causa con transcripción o copia del oficio que contestan (art. 400, párr. final, Cód. Proc.).

490. Deberes y derechos del informante. Compensación

Una vez que llega el pedido de informes, todos los requeridos (en orden a las posibilidades de selección que establece el artículo 396 mencionado) tienen cinco (5) días para negarse a contestar, pudiendo fundarse en causas justas de reserva, secreto o deber de confidencialidad. La oposición se debe hacer saber al juzgado por oficio que deberá ingresar dentro del plazo señalado contado desde la recepción del pedido.

Cabe sostener que la necesidad de hacer inversiones para cumplir con el requerimiento no es óbice ni impedimento para que se efectivice el informe, en cuanto la posibilidad de solicitar *compensación por los gastos extraordinarios* que provoque cumplir la diligencia, se pueden solicitar al presentar el informe (art. 401, Cód. Proc.). Este es un derecho de las entidades privadas que no sean parte en el proceso, no así de quienes cumplen funciones públicas.

2290. En el supuesto de que el requerimiento consistiese en la designación de audiencias o cualquier otra diligencia respecto de la cual se posibilita e contralor de la otra parte, la fecha designada deberá ser informada en el plazo de cinco días contados desde la notificación, por ministerio de la ley, de la providencia que la fijó (art. 383, parte pertinente, Cód. Proc.).

Sin embargo es una regla contradictoria, porque obligaría al particular a asumir un costo no previsto que, eventualmente, no podría recuperar si no advirtiera oportunamente del impacto económico que significa.[2291]

La entidad privada a la que se pide informes, debe acompañar al momento de su presentación, los elementos de juicio en que funde su pedido de compensación por los gastos extraordinarios, pues de lo contrario el juez carecería de bases fácticas para resolverlo. El traslado que se dispone a las partes permite al juez resolver oyendo a todos los interesados, y en su caso, a determinar la procedencia o no de los gastos, y de la cuantía correspondiente.[2292]

De todos modos, aun cuando la entidad privada que produjo el informe solicitado no justifique, a los efectos del pedido de compensación, los gastos extraordinarios en que ha incurrido, no puede negársele algún tipo de estipendio si la producción de aquel le exigió el despliegue de una actividad específica, ajena a las tareas desarrolladas habitualmente.

En los demás casos, la regla en la producción de informes es la gratuidad, salvo aquellas tasas o contribuciones que algunos organismos establecen como recaudos de admisión siempre que estén autorizados por la ley.

490.1 Deberes de las oficinas públicas

El concepto de oficinas públicas no es muy adecuado para saber cuándo puede una entidad oficial volcar informes tomados de sus archivos. El criterio amplio es considerar como tales al Estado nacional, provincial y municipal, empresas o sociedades del Estado, organismos autárquicos y descentralizados de cualquiera de ellos, incluyendo a

2291. Se ha dicho que si la entidad privada a la que se le solicitó el informe manifestó su costo altamente oneroso cuando ya había respondido parcialmente lo solicitado y el resto se encontraba en curso de producción, sus solicitantes no contaron con la posibilidad de desistir de tal prueba mediante la valoración oportuna de su costo (CNFed. Civ. y Com., Sala I, "Onor S.R.L. c. Sextans," 26/02/1998, *LL* 1998-C-40).

2292. A los efectos de fijar prudencialmente el importe correspondiente a la compensación de los gastos comprobados en que incurrió la entidad privada en la producción del informe solicitado, debe acudirse analógicamente al mecanismo previsto en el art. 165, párrafo tercero, del Código Procesal, atendiendo a razones de economía procesal y a que la doble instancia no constituye un requisito constitucional de la defensa en juicio (CNFed. Civ. y Com., Sala I, "Onor S. R. L. c. Sextans", *op. cit.*).

las entidades interestaduales nacionales o internacionales, así como a entidades bancarias oficiales, nacionales, provinciales o municipales (argumento artículo 407, Código Procesal). Para aceptar este temperamento es necesario coincidir representación del Estado con cualquier oficina con ocupaciones públicas.

El criterio restringido puede adoptar como organismo público diferenciado al que tiene autonomía funcional y autarquía financiera. Recursos propios, económicos y humanos; poder de decisión independiente, serían condiciones para diferenciar al macro organismo público de aquel que, particularmente, debe producir el informe.

Por tanto –dice Castaños Zemborain–:

> … antes de admitir la producción de una prueba de informes, el juez debería examinar en cada caso, si la técnica de delegación descentralizante utilizada, ha generado, independientemente de la calificación empleada en la ley de su creación, un ente con la suficiente personería como para poder distinguirse del Estado nacional, Provincial o de la Municipalidad. Como ello, es francamente imposible, bendito sea, entonces, el legislador que mantuvo el concepto de *oficina pública*.[2293]

Ahora bien, instalados como reparticiones,[2294] la autonomía de ellas impide requerir informes cuando es la misma entidad la que se encuentra en juicio. Por ejemplo, si el demandado es el Poder Ejecutivo nacional - Ministerio de Economía, no podría requerir que se pidan informes a quien se encuentra bajo su dependencia (en su caso, debiera ser ofrecido como prueba documental), siendo posible encaminarlo si el ente es un organismo autárquico (*v. gr.* Agencia Federal de Ingresos Públicos –AFIP–).

490.2 Deberes de las entidades privadas

El deber de informar es propio y consustancial con la naturaleza de la prueba; la cuestión que suscitan es que una entidad privada puede quedar restringida a una simple organización, o a una compleja

2293. Castaños Zemborain, Victor, "Prueba de informes. Su objeto y los sujetos informantes", *op. cit.*, p. 931.

2294. Rivas, Adolfo Armando, "Algunas reflexiones acerca de la prueba de informes en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", *Revista de Estudios Procesales*, N° 27, Rosario, Rubinzal-Culzoni, p. 56.

empresa. El archivo en estas pueden ser simples memorias de trabajo o el asentamiento de actas de reunión de directorio.

La diferencia no es baladí, porque puede ocurrir que cuando lo que quiere conocerse no fue percibido por los sentidos de una persona física determinada y consecuentemente registrado en su memoria, sino por los mandatarios, factores, dependientes, empleados, etc., de una organización de trabajo, que no han sido precisamente individualizados, pero que luego fueron asentados en la documentación, archivos, o registros contables, se trate o no de una persona jurídica, la única manera de conocer lo acontecido es recurriendo a la prueba de informes.[2295]

490.3 Deberes de los escribanos con registro

El que puede informar sobre hechos controvertidos del proceso que se indicaran claramente en el oficio es el escribano con registro. Por supuesto que no es un permiso excepcional para convertir al notario en un testigo que declara por escrito fuera de la sede del tribunal, sino de acoplar los archivos que tiene con los de toda oficina pública.

Es decir, el informe es sobre los registros de escrituras, y no sobre el contenido de ellas, toda vez que el acta protocolizada representa aquello que se declara ante el funcionario y que él tiene ante su vista. La prueba es el documento, no el informe verbal; por eso, el informe consiste en volcar el asiento registrado y no en dar interpretaciones sobre los hechos.

En razón de ello, si un acta se compone del informe que hace un arquitecto relevando los daños que a una finca le produce la construcción en un predio lindero, no cabe confundir a la persona que perita con la del informante. Ello así, toda vez que el escribano se limita a transcribir –de los registros o archivos a los que tenga acceso– lo requerido con fidelidad, sin importar si los datos son verdaderos o falsos, ni hacer ningún estudio científico de ninguna naturaleza ni evaluación alguna. Por el contrario, lo que se le pide al perito es casualmente que ilustre al juez a través de la ciencia del conocimiento que obra en un objeto (que podría ser en algún caso el mismo registro), más allá de su simple expresión externa. Está claro que el informe está limitado exclusivamente a las cuestiones para las que está destinado: transferir de

2295. Giuntoli, María Cristina, "Algunas precisiones sobre la naturaleza jurídica de la prueba de informes", *op. cit.*, p. 154.

manera indirecta el conocimiento de un documento, registro o fuente de entidades públicas, privadas o escribanos de registro.

491. El requerimiento de expedientes

El Código Procesal no es muy preciso cuando reglamenta las formas de obtención de partes de un expediente o de la totalidad de él. El artículo 370, en lo pertinente, dice que "... si se requiere el testimonio de documentos, se mencionarán los archivos o registros donde se encuentren". Disposición inserta en las normas generales sobre prueba que, interpretamos, se relacionan con el deber de acompañar la prueba documental al tiempo de presentar la demanda, contestarla o reconvenir.

Enseguida, el artículo 396 sostiene que "... podrá requerirse a las oficinas públicas la remisión de expedientes, testimonios o certificados, relacionados con el juicio". Y el artículo 397 aclara que

> Cuando el requerimiento fuere procedente, el informe o remisión del expediente solo podrá ser negado si existiere justa causa de reserva o de secreto, circunstancia que deberá ponerse en conocimiento del juzgado dentro del quinto día de recibido el oficio.

El marco general lo brinda el artículo 376 en estos términos:

> Cuando la prueba consistiere en constancias de otros expedientes judiciales no terminados, la parte agregará los testimonios o certificados de las piezas pertinentes, sin perjuicio de la facultad del juez de requerir dichas constancias o los expedientes, en oportunidad de encontrarse el expediente en estado de dictar sentencia.

Actualmente con la simplificación realizada por la Ley N° 25488 respecto a ofrecer la prueba en un solo momento, la cuestión que vamos a presentar deviene abstracta; pero en la provincia de Buenos Aires, y en los lugares donde se reglamenta el ofrecimiento de la prueba en un tiempo diferente al de acompañar la documental, el problema es este.

Los expedientes judiciales y administrativos son documentos públicos, y como tales tienen que ser ofrecidos conjuntamente con toda la documental. La prueba informativa es el medio que trae al proceso el cuerpo físico del expediente o las partes que del mismo se necesiten, pero no funciona con autonomía como para diferir el cumplimiento y oportunidad de traer el proceso una prueba documental.

Otra cosa es el trámite, el que se realiza con la confección a cargo de la parte del oficio (con la duda explicada respecto a quién debe firmar la comunicación del requerimiento). Pues recién con la toma de conocimiento es posible deducir oposiciones.

En el caso del artículo 376 referido, cuando se trata de los mismos hechos, aunque planteados por otras personas en causas judiciales que se encuentran en trámite, la prueba que aquí se produce se puede aplicar en otro proceso permitiendo complementar la que tiene producción donde se requiere.

Las "constancias de otros expedientes judiciales no terminados" no es una prueba en sí misma, porque en definitiva lo que se pretende hacer valer son los medios actuados en otra causa, de manera que para admitir su incorporación es necesario que no afecten el derecho de control y de contraprueba que tiene la parte a quien se opone.

De otro modo, podría darse el caso de pruebas adquiridas por vías ilegítimas, en cuyo caso el valor probatorio va a depender de la mayor o menor amplitud que se hubiera acordado al derecho de contradicción.

492. Caducidad automática de la prueba

El instituto de la caducidad supone la extinción del derecho del que se es titular en forma automática, sin necesidad de acuse o petición de la contraria o declaración judicial en ese sentido, por lo cual no cumplida la diligencia dentro del plazo fijado por la ley para ello, el derecho se extingue en forma automática.

El artículo 402 la contempla para la prueba en estudio. Por ello, su producción caduca, si vencido el plazo que tiene la entidad pública o privada para responder, la parte interesada no solicita la reiteración del oficio dentro del quinto día hábil, contado a partir del primer día de nota siguiente al vencimiento del plazo legal señalado para su contestación. Esto significa que transcurrido aquel término, el juez tiene que denegar sin sustanciación alguna la producción del informe. De allí que deben diferenciarse las sanciones de las que pueden ser pasibles las entidades que no contestan los requerimientos en tiempo debido, con la conducta procesal de las partes.

De todos modos, la aplicación del instituto debe juzgarse teniendo presente que es principio recibido que las formas procesales son

una garantía contra la arbitrariedad, pero en manera alguna un obstáculo para la averiguación de la verdad, objetivo último de la acción judicial para restablecer el imperio de la justicia.

493. Impugnación del informe

Para considerar el valor probatorio del informe hay que distinguir la persona de quien emana y el contenido de la contestación. En consecuencia, mayor eficacia probatoria tendrá, en cuanto a fuerza de convicción, el informe brindado por una entidad pública si además está acompañado de documentos expedidos por funcionarios competentes, pues en principio valen como instrumentos públicos.

El informe acompañado al expediente es un medio probatorio que deberá ser valorado por el magistrado junto con los demás medios y conforme las reglas de la sana crítica y máximas de experiencia. Si las partes entienden que el informe no es completo o ajustado a los hechos a que ha de referirse pueden pedir que sean aclarados solicitando una ampliación.

Ahora bien, si lo consideran falso, requerirán la exhibición de los asientos contables o de los documentos y antecedentes en que se fundare la contestación.[2296] La impugnación debe fundarse dentro del quinto día de notificada *ministerio legis* la providencia que ordena la agregación del informe.

En consecuencia, la falta de cuestionamiento de las partes en punto a la veracidad de la afirmación de la entidad, o de los datos aportados, importa el consentimiento de su contenido, máxime cuando de la propia normativa procesal resulta que se puede solicitar la exhibición de los asientos y demás documentación para verificar la realidad del aserto.

De similar contenido al artículo 398 párrafo segundo, se establece la aplicación de astreintes a la entidad privada que, sin causa

2296. El art. 403 del Código Procesal rige este tema con los términos siguientes: "Sin perjuicio de la facultad de la otra parte de formular las peticiones tendientes a que los informes sean completos y ajustados a los hechos a que han de referirse, en caso de impugnación por falsedad, se requerirá la exhibición de los asientos contables o de los documentos y antecedentes en que se fundare la contestación. La impugnación sólo podrá ser formulada dentro del quinto día de notificada por ministerio de la Ley la providencia que ordena la agregación del informe. Cuando, sin causa justificada, la entidad privada no cumpliere el requerimiento, los jueces y tribunales podrán imponer sanciones conminatorias, en los términos del art. 37 y a favor de la parte que ofreció la prueba".

justificada, deja de cumplir con las aclaraciones que se le pide. Las sanciones conminatorias según el régimen previsto en el Código Procesal en su artículo 37, no eran susceptibles de ser aplicadas respecto a terceros. Luego, la Ley N° 22434 admitió que ellos pudieran verse afectados por este tipo de medidas, pero solo en los casos que la ley lo establezca, que –dentro de nuestro actual ordenamiento ritual– se limitan, en principio, a lo prescripto en los artículos 403 y 329 del Código Procesal.

Capítulo LXIV
Prueba de confesión

494. Generalidades

La confesión es una de las modalidades probatorias más difíciles de conciliar en varios aspectos. Primero para admitir que no es un medio de prueba sino un resultado conseguido tras la declaración; por eso, el segundo problema que tiene que resolver es si forma parte del elenco de las pruebas testimoniales; luego advienen interrogantes sobre aquello que se puede confesar y lo que, siendo confesado, carece de eficacia probatoria; enseguida aparece otra cuestión, asentada sobre la intención de confesar y la expresión voluntaria de esa manifestación; es decir que se deben tratar muchos aspectos antes de abordar el medio de prueba en sí, a sabiendas de que se afirma desde el inicio que la confesión no es un medio probatorio.

Para nosotros la confesión es una prueba objetiva que se toma del resultado logrado de la declaración espontánea o provocada de alguien que admite sin forzamientos y por su propia voluntad (es decir, sin que medien apremios ilegales, ardid o engaño) la comisión o responsabilidad sobre hechos pasados que le son propios.

El *animus confitendi* es esencial para el resultado probatorio, porque quien confiesa debe saber sobre los efectos desfavorables que tiene para él dicha admisión.

Es cierto que calificada doctrina entiende que la intención de confesar no es relevante porque:

> … al margen de que la finalidad intencional que determina la confesión, en la medida que pertenece al fuero íntimo del declarante es insusceptible o de muy difícil comprobación, no existen razones válidas para exigir a aquel una voluntad genérica que requiere todo acto procesal. Es por lo tanto intrascendente la conciencia que tenga el declarante acerca de los efectos que puede producir su confesión, ya que tales efectos, como el de todos

los actos procesales de parte, solo se configuran a través del acto decisorio que valora y eventualmente acoge la correspondiente declaración.[2297]

Sin embargo, omitir en la valoración del acto la intención expresa de confesar voluntariamente, podría significar el uso abusivo de *cámaras ocultas*, el engaño solapado atrás de una conducta que persigue, en realidad, una declaración espontánea, u otras maquinaciones fraudulentas que vician el consentimiento prestado.

495. El *animus confitendi*

Si partimos de la base de que la confesión como prueba vale como resultado que se considera después de apreciar la declaración, para ello es necesario que la misma declaración sea válida. De este modo al requisito de la intención de confesar se agrega el conocimiento que importa renunciar al derecho material derivado del hecho confesado.[2298]

La polémica se plantea cuando el *animus* se establece como formando parte de una relación jurídica, donde la voluntad tiene que expresarse con intención deliberada y sin vicios que la afecten (error, dolo, violencia, fraude, simulación, apariencia, etc.). De este modo, algunos piensan que la voluntad consciente de declarar es suficiente,[2299] porque si fuera bilateral o negociada, tiene que intervenir la buena fe de la otra parte, lo que no ocurre al ser el acto unilateral y voluntario.

Pero relegar la *bona fides* solo es factible cuando la confesión es espontánea y dada por expreso a sabiendas del acto que formaliza. No puede ser cuando intervienen en la toma de la confesión factores externos que inciden en la libertad para disponer de los derechos privados, toda vez que la renuncia consciente y deliberada de producir un determinado efecto jurídico, no tolera sorpresas inconciliables con la legalidad de la prueba.

Para nosotros el *animus confitendi* es necesario para que la confesión valga como prueba, a sabiendas de que la figura de la "confesión ficta" supone una conclusión contraria, porque desde la omisión de

2297. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. IV, p. 494.

2298. Lessona, Carlos, *Teoría General de la prueba en derecho civil, op. cit.*, p. 559; cfr. Palacio, Lino Enrique, ídem.

2299. Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial, op. cit.*, T. I, p. 600.

actuar quedan reconocidos hechos personales que sustentan la versión de la contraparte. De todos modos esto es un efecto, y no el producto de una declaración expresa, que tiene inclusive, el reparo legal del artículo 258 del Código Civil y Comercial, según el cual: "Simple acto lícito. El simple acto lícito es la acción voluntaria no prohibida por la ley, de la que resulta alguna adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas".

Además del artículo 262 que exige para la manifestación de la voluntad que los actos se exterioricen oralmente, por escrito, por signos inequívocos o por la ejecución de un hecho material.

En materia procesal el juego de ficciones del litigio no convierte en manifestación voluntaria aquello que surge como efecto de una carga de expedirse, de modo tal que, en todo caso, la confesión no es tal sino mera admisión de hechos y eventual reconocimiento de derechos.

Además, como el valor probatorio es casi el de una prueba legal o tasada, despojar el elemento "intencionalidad" y "conocimiento" es de sumo riesgo para el debido proceso, pues podría quedar adquirida una prueba ilegítimamente lograda, al conjuro de actos externos que no benefician la regla o estándar de buena fe procesal.

Finalmente, conviene diferenciar la confesión en juicio del reconocimiento que, por medio de sus alegaciones, puede hacer un litigante respecto a hechos que favorecen al contrario; en estos casos, se habla de allanamiento cuando notificada la demanda el accionado se somete a ella sin condiciones. Esta actitud no supone confesar la razón que se afirma, sino dejar de controvertir aceptando finalizar el conflicto sin otra alegación que cumplir con las pretensiones formuladas. Cuando se *reconocen* hechos, no hay confesión,[2300] sino *admisión* que es susceptible de sustituir la necesidad de prueba; además es una decisión voluntaria a diferencia de la confesión judicial que es provocada mediante la prueba de absolución de posiciones.

Para Carnelutti el reconocimiento es una especie dentro del género "confesión", aclarando que puede existir confesión sin reconocimiento, pero no a la inversa;[2301] afirmación que tiene opuestos, si se

2300. El art. 733 del CCCN establece: "Reconocimiento de la obligación. El reconocimiento consiste en una manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la que el deudor admite estar obligado al cumplimiento de una prestación".

2301. Carnelutti, Francesco, *La prueba civil, op. cit.*, p. 136.

considera que la confesión no se puede asimilar a un reconocimiento de derechos desde que solo convalida hechos.

Finalmente, es atinada la reflexión de Palacio cuando señala que

> … el análisis de las diferencias entre las instituciones reviste interés práctico, porque puede ocurrir que, por vía de la confesión judicial, las partes persigan la creación de una obligación inexistente con la finalidad de perjudicar a un tercero. En tal hipótesis bajo la faz procesal de una confesión se oculta una verdadera convención, y cabe incluso la posibilidad de que el juez, comprobada la existencia del fraude, prescinda de aquella como elemento probatorio.[2302]

496. Modalidades de la confesión

La confesión es un acto jurídico que se puede suscitar *fuera del proceso* o *dentro de él*. Este punto de partida es el más importante porque muestra la inexactitud de aplicar sinonimias entre ellos, desde que no es confesión toda declaración que se presta en las condiciones antes vistas dentro de un litigio, sino que lo es cuando la manifestación sucede en un proceso concreto a consecuencia de actuar un medio de prueba específico (absolución de posiciones). Inclusive, pese a que ocurra en un proceso, la confesión deviene extrajudicial cuando se utiliza para un juicio distinto.

La absolución de posiciones se ofrece con toda la prueba al tiempo de instaurar la demanda, o de proceder a su contestación o reconvención. Para plantearla en segunda instancia los hechos deben ser diferentes a los considerados por la sentencia, es decir que no necesitan vincularse con hechos nuevos o anteriores, porque es suficiente que se trate de circunstancias distintas pero con incidencia en la conducencia de la prueba.

De todos modos, la prueba en segunda instancia es de interpretación restrictiva, y por eso, es inadmisible cuando ella bien pudo ser producida en primera instancia con la debida diligencia de la parte proponente.

2302. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. IV, p. 498.

496.1 Confesión judicial y extrajudicial

Entre confesión judicial y extrajudicial el punto de referencia no es el proceso en sí, sino otras diferencias. Ellas, siguiendo a Pañuccio,[2303] son:

a. *En cuanto al interés del destinatario*, en la confesión judicial este interés es determinado y actual, mientras que en la extrajudicial es indeterminado y eventual. Cuando se produce la confesión judicial existe un proceso abierto en el cual se producirán sus efectos; en cambio al efectuarse la confesión extrajudicial no se sabe si será o no utilizada en un proceso ulterior, proceso que no solo puede no producirse, sino que incluso confían las partes que no se inicie.
b. *La confesión judicial debe producirse, so pena de nulidad, con cumplimiento de determinadas formalidades,* entre ellas la prestación de juramento; la confesión extrajudicial no requiere en nuestro derecho formalidad externa alguna, pudiendo ser oral o escrita.
c. *La confesión judicial se verifica normalmente a instancia de una parte y con la presencia, real o posible, de esta*. Al contrario de lo que ocurre en el derecho italiano, donde tiene un tratamiento privilegiado la llamada confesión recepticia dirigida al interesado o a su representante, en el derecho positivo español carece de importancia legislativa que la confesión extrajudicial se efectúe estando presente el interesado en ella o en su ausencia, pudiendo ser bilateral o unilateral.
d. *La confesión judicial desplegará plena eficacia en el curso del proceso concreto en que se produce*; la confesión extrajudicial extiende su eficacia a cualesquiera procesos sucesivos que pudieran formularse en torno a los hechos confesados.
e. *La confesión judicial produce siempre prueba plena contra su autor*; la confesión extrajudicial normalmente es de libre apreciación por los jueces, salvo que se trate de una confesión bilateral, en cuyo caso la eficacia privilegiada no deriva de la confesión, sino del acuerdo de voluntades.

2303. Albaladejo, Manuel y Díaz Alabart, Silvia, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Madrid, Edersa, vol. 2, 2005, T. XVI, comentario a los arts. 1214 a 1253 a cargo de Manuel Serra Domínguez, p. 654 y ss.

f. *La confesión judicial solo excepcionalmente es rectificable*; la confesión extrajudicial unilateral puede ser libremente rectificada en los términos y con los límites que estudiaremos en su momento.
g. Por último, mientras la *impugnación* excepcional de la confesión judicial debe efectuarse precisamente en el mismo proceso en que se realizó, y, únicamente por error de hecho, la impugnación de la confesión extrajudicial puede efectuarse independientemente del proceso.

El artículo 425 del Código Procesal presenta como *confesión extrajudicial*, a la: "... hecha fuera de juicio, por escrito o verbalmente, frente a la parte contraria o a quien la represente, obliga en el juicio siempre que esté acreditada por los medios de prueba establecidos por la ley". Excluye la testimonial, cuando no hubiere principio de prueba por escrito, y agrega que la confesión hecha fuera de juicio a un tercero constituirá fuente de presunción simple.

Esta es otra variable para trazar distinciones. La confesión es *judicial* cuando se realiza ante juez competente y en ocasión de una actividad procesal específica; mientras que resulta *extrajudicial* cuando se presta fuera del marco litigioso, y se reproduce verbalmente ante otros (por ejemplo, en una conversación), o por escrito a través de una misiva, un testamento, o cualquier otro documento que se pueda hacer valer como medio de prueba.

La confesión extrajudicial es una fuente probatoria que, como tal, preexiste al conflicto y obliga a verificar su existencia. Como resulta de los principios generales, la demostración del hecho o del documento no elimina el deber judicial de controlar que la confesión se haya prestado en forma clara y categórica, a sabiendas de ofrecer a otro una situación favorable a su posición y adversa para él.

Inmediatamente, efectuado dicho análisis y obtenida la respectiva convicción, se debe valorar si esa expresión configura o no una confesión, es decir, si fue hecha en forma expresa, consciente y libre; si versó sobre hechos personales o que pudiera tener conocimiento; si era capaz para hacerlo; y si contaba con libertad para disponer sobre el derecho.[2304]

2304. Parra Quijano, Jairo, *Tratado de la prueba judicial - La confesión*, Bogotá, Librería del Profesional, T. II, 3ª ed., 1994, p. 197.

Por eso, la Corte ha dicho que resulta particularmente objetable la eficacia probatoria asignada a una confesión extrajudicial, si mediante ella se admitió un determinado estado de familia sin tener en cuenta que, por vincularse tal estado a derechos indisponibles, se encuentra sujeto a una regulación de orden público, ajena al ámbito de la autonomía de la voluntad individual.[2305]

Igual sucede con el alcance de la retractación, donde no existen diferencias con los efectos de la confesión prestada en juicio. En efecto, pretender volver sobre el hecho confesado extrajudicialmente es una forma de conducta contradictoria. La inatacabilidad del acto anterior no es producto de la regla general de la inadmisibilidad de volver sobre los propios actos, sino de la regla específica de la confesión extrajudicial.

La confesión judicial y la extrajudicial se diferencian por el lugar en que se prestan. Lugar significa existencia o no de ámbito jurisdiccional, el cual atañe a la esfera del concepto jurídico.

La confesión efectuada *fuera del proceso* se puede obtener, en los términos que el Código reconoce, mediante estas posibilidades: cuando se expresa por escrito; al darse frente a terceros, emitiendo o no prueba documental; al otorgar a su oponente en forma verbal frente a testigos, o cuando se ofrece al contrario por escrito.

Se excluye expresamente el valor probatorio de la confesión extrajudicial cuando se pretende probar por testigos y no existe principio de prueba por escrito; o cuando es celebrada ante terceros, en cuyo caso, si bien no pierde toda eficacia, sirve únicamente como presunción simple.

Estas modalidades deben acreditarse para tener eficacia probatoria; la jurisprudencia ha reconocido múltiples expresiones para su demostración.[2306]

2305. CSJN, Fallos, 314:180, "Ramírez, Ramón Elieser c/ Sucesores de Gerónimo Juan Francisco Frontin".

2306. Así se ha dicho que, si bien es cierto que, a despecho de su autenticidad extrínseca, las actas policiales de choques de vehículos no tienen mayor eficacia probatoria, ese principio no es aplicable cuando se trata de un acta labrada por la Provincia de Buenos Aires, descriptiva y circunstanciada que ostenta las firmas de los partícipes y fue levantada en presencia del funcionario autorizado, todo lo cual la erige en idóneo material de prueba. Además, por tratarse de manifestaciones vertidas y firmadas por ambos partícipes del siniestro ante la autoridad policial correspondiente, el mismo día que acaeciera el evento, tiene el valor probatorio de una confesión extrajudicial en los términos del art. 425 del Código Procesal, y reviste los alcances de una verdadera plena prueba, que sólo podrá ser desvirtuada en el supuesto que se demuestre

Cuando la confesión se presta en otro proceso, pero con las mismas partes, el valor probatorio es idéntico y se extiende al que se aplica. En este aspecto se afirma que, si el juicio en que se verificó la confesión tuvo lugar entre las mismas partes que aquel en que se invoca, no puede dudarse el valor probatorio, porque se trata de un reconocimiento hecho en la misma persona en presencia de un testigo de cuya idoneidad no puede dudarse, como lo es la autoridad judicial misma.[2307]

La declaración espontánea, efectuada ante una dependencia policial que se registra en un acta que conserva la autoridad, es un medio auténtico de confesión extrajudicial que se puede incorporar al proceso mediante la invocación de documentos en poder de terceros.

496.2 Espontánea o provocada

La confesión es *espontánea* cuando se declara voluntariamente en cualquier lugar y circunstancia; y *provocada* si es producto de la actividad judicial lograda en tal sentido.

Esta división acuerda que mientras la primera se presta fuera del marco litigioso (confesión extrajudicial) opera casi como una "disculpa social"; mientras que la confesión prestada en juicio es una renuncia consciente al derecho de probar.[2308]

El Código Procesal no recepta la confesión espontánea aunque sus efectos se espejan con la admisión de hechos (art. 356, inc. 1) y con el reconocimiento de derechos (art. 733, CCyC); en cuanto la *provocada* surge a raíz de una petición formulada por la parte contraria y mediante respuestas dadas a un conjunto de proposiciones afirmativas denominado "pliego de posiciones".[2309]

La confesión espontánea se lleva al proceso como prueba documental, pues para que ella sea posible es necesario tener el testimonio escrito (art. 916, CC) de la expresión sincera, voluntaria y posible del

---

fehacientemente que aquellas fueron prestadas por error u otro vicio de los que anulan el consentimiento o describen situaciones que no fueron efectivamente las que hubieran formulado los denunciantes en esa oportunidad (CNCiv., Sala M, "González, Nora M. c. Pinto, Alvaro J.", 15/10/1997, *LL* 1997-F-953, [40.060-S]).

2307. CNCom., Sala B, "Oliva de Rimoldi, Norma D. c. Napolitano, Antonio y otro", 16/09/1986, *LL* 1987-D-631, (37.701-S).

2308. Parra Quijano, Jairo, *Tratado de la prueba judicial - La confesión*, *op. cit.*, p. 193.

2309. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. V, p. 504.

acto que se quiere aplicar. El concepto de documento se debe leer con la amplitud que tiene toda prueba documentada.

496.3 Expresa o tácita

La confesión debe provenir de quien tenga calidad de parte actora o demandada, sin importar la existencia de litisconsorcio. Con esta relación, la confesión judicial puede ser *expresa* cuando importa el reconocimiento de la verdad de los hechos contenidos en el pliego de posiciones que la contraria le formula. Y es *tácita* (*ficta confessio*) cuando se infiere de los efectos procesales que produce el incumplimiento de alguna carga como son: a) no comparecer a la audiencia para absolver posiciones pese a estar debidamente notificado; b) la negativa a contestar por considerar que la posición es impertinente, oposición después rechazada en la sentencia; c) las respuestas evasivas; d) la falsedad del certificado médico presentado para justificar la inasistencia a la sede del órgano judicial a fin de prestar declaración;[2310] e) la inasistencia a la audiencia por estar fuera del país sin haberlo comunicado al tribunal (art. 421 párr. final, CPCCN).

Para Rivera Morales, la confesión ficta es inconstitucional en cuanto permite sentenciar ateniéndose a la "confesión del demandando" sin necesidad de otra prueba, y basándose en las presunciones y efectos consiguientes. Dice el profesor venezolano que no excusa al tribunal el hecho de estar regulada la ficción como legal, pues resulta una manera de traer forzada la confesión y hacerla efectiva como una sanción procesal, lo que desvirtúa la naturaleza misma de la confesión:

> En toda norma legal hay un supuesto de hecho y un efecto de derecho que solo se produce cuando en el proceso se establecen concretamente los hechos que en forma abstracta ha previsto el supuesto normativo. De modo que si los hechos probados en el proceso no pueden ser subsumidos en el supuesto normativo de la norma, la consecuencia jurídica no debe producirse. Esta premisa debe aplicarse en los casos de confesión ficta, puesto que tal presunción legal es solo un medio de prueba de entre los varios permitidos por la ley. La *confesión ficta no obliga al juez a fallar a favor del demandante*.[2311]

2310. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T.V, p. 505.

2311. Rivera Morales, Rodrigo, *Las pruebas en el derecho venezolano*, San Cristóbal, Editorial Jurídica Rincón, 4ª ed., 2006, p. 165 y ss.

496.4 Verbal o escrita

La confesión judicial es verbal. Cuando ella se presta ante juez competente, tiene la característica de ser una declaración de parte que relata con sus afirmaciones una versión sobre los hechos pasados, que le causan perjuicio. Por tanto, la confesión no es más que la declaración relativa a la existencia de un hecho emitido con el fin de procurar un medio de prueba de esta existencia; de manera que teniendo esta fisonomía, no puede aplicarse más que a hechos litigiosos que benefician o perjudican por su propia indivisibilidad. Es decir, se confiesa para obtener un efecto previsto, pero no se puede aprovechar la declaración en lo que es favorable y desecharlo en lo que perjudica.

El artículo 404 del Código Procesal condiciona el ámbito de la confesión a los aspectos concernientes a la cuestión que se ventila, destacando así, el marco de aplicación. Pero no tiene en cuenta que la prueba es indivisible y que los hechos pueden ser distintos, o ser unas consecuencias de otros sin estar todos involucrados en la "cuestión judicial".

La confesión escrita, en cambio, puede resultar producto de una declaración expresamente volcada para que produzca efectos jurídicos. Si ella se contiene en un diario íntimo, el carácter confidencial del mismo le quita carácter de confesión, desde que no está hecha para generar consecuencias, sino como un acto impulsado por sentimientos de confidencialidad y reserva, que convierte al hecho en un medio de prueba documental.

497. Características y efectos de la confesión judicial

El contenido de la confesión supedita el alcance que tiene con relación a los hechos admitidos y reconocidos. Se llama *simple* a la declaración voluntaria, judicial o extrajudicial, que sin condición ni reserva alguna acepta como realizados por él los hechos que le perjudican (*v. gr.* confieso que iba a excesiva velocidad cuando ocurrió el accidente). Cuando al acto se le agrega una explicación justificante, se denomina *calificada* porque agrega en la admisión un motivo que atenúa el efecto (*v. gr.* iba a excesiva velocidad pero no hay señales indicativas de cuál es el límite de kilómetros por hora, es decir, no hubo dolo ni culpa,

a todo evento, hay negligencia). Es *compleja* cuando al hecho reconocido se le agregan otros distintos e individuales para ser considerados (*v. gr.* "iba a excesiva velocidad pero no lo sabía porque no hay carteles señalizadores, además el embestido cruzó el semáforo en rojo y por ello no pude impedir la colisión").

El carácter de la confesión y el contenido que porta alcanzan a los efectos que produce, para saber si la admisión se toma completa o se puede dividir. Afirma Palacio que

> … la confesión es divisible cuando quien propuso la prueba puede hacer valer la declaración en cuanto a los hechos desfavorables a quien la emite, incumbiendo a este último la carga de probar los hechos a su favor. Es, por el contrario, indivisible, cuando la parte interesada en la producción de la prueba debe aceptar la declaración de la parte contraria en su integridad, es decir tanto en lo que la favorece cuanto en lo que la perjudica.[2312]

En este tema aparecen cuatro tendencias diferentes:

a. *Sistema de la divisibilidad plena*. Permite tomar lo que beneficia y descartar lo que perjudica. Criterio inaplicable en nuestro sistema judicial a tenor del principio que sostiene que cada posición importará para el ponente el reconocimiento del hecho a que se refiere (artículo 411 segundo párrafo, Código Procesal).
b. *Sistema de la indivisibilidad absoluta*. Opuesto al anterior, la adquisición de la prueba se toma como se presenta, y tanto beneficia a una y otra parte. Ello equivale a sostener que, aun cuando el acto se interpreta en favor de quien lo hace, no se puede aprovechar fragmentariamente tomando lo que es útil y descartando lo desfavorable.

   El Código Procesal asume la cuestión sobre la base del reconocimiento y la admisión, es decir, aplicando el principio general de la indivisibilidad. Esto se acentúa cuando la aceptación del hecho es pura y simple; pero le asigna carácter divisible cuando la acción, además de confesar, introduce aclaraciones que modifican el hecho o pretenden innovar sobre el mismo.

   Con este encuadre, quien confiesa la producción del hecho constitutivo de la relación procesal, sin hacer adiciones a lo argumentado por su oponente, y aceptando las cosas tal como

2312. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. IV, p. 506.

se presentan (como si fuera una suerte de allanamiento total e incondicionado) hace indivisible el acto. Por ejemplo: a la posición que dice "jure como cierto que embistió con su vehículo al peatón, actor de autos", si se contesta: "es cierto", el hecho queda reconocido y limita la producción probatoria.

c. *Sistema de la indivisibilidad relativa*. Coincidente con el principio de apreciación de la prueba conforme las reglas de la sana crítica. Trabaja de acuerdo con los hechos, haciendo indivisible la confesión simple y calificada y divisible a las complejas. Por ejemplo, la confesión será divisible cuando los hechos impeditivos, modificativos o extintivos que se introducen al responder, sean perfectamente independientes, de manera que se pueda conservar lo útil (teniéndolo por probado) y derivar a la prueba correspondiente lo demás. De igual manera, será divisible la confesión cuando se refiera a hechos inverosímiles (*v. gr.* "es cierto, contraté los servicios del arquitecto, pero la casa que me hizo no fue de mi agrado"), o vaya en contra de presunciones legales.
d. *Sistema de la libertad del juez para determinar cuándo es o no divisible*. Deja en manos de la discrecionalidad judicial el problema de separar la confesión o tomarla en toda su expresión y alcance.

497.1 El sistema de la divisibilidad o indivisibilidad en el Código Procesal

El artículo 424 del Código Procesal establece que

> En caso de duda, la confesión deberá interpretarse en favor de quien la hace. La confesión es indivisible, salvo cuando: 1. El confesante invocare hechos impeditivos, modificativos o extintivos, o absolutamente separables, independientes unos de otros. 2. Las circunstancias calificativas expuestas por quien confiesa fueren contrarias a una presunción legal o inverosímiles. 3. Las modalidades del caso hicieren procedente la divisibilidad.

La regla general es la indivisibilidad relativa; cuando hay hechos complejos aparece la discrecionalidad judicial que, por su amplitud genera confusiones que solamente se resuelven individualmente. Por tanto, si bien es cierto que la confesión es indivisible, también lo es que este principio sufre diversas excepciones según el contenido de

la confesión de que se trate. En este sentido, la confesión compleja es siempre divisible, de manera tal que sobre la confesante pesa la carga de probar los hechos añadidos al principal.

Obsérvese entonces el funcionamiento general en nuestro sistema:

El inciso 1 establece como primera excepción al principio de la indivisibilidad la de que "el confesante invoque hechos impeditivos, modificativos o extintivos, o absolutamente separables, independientes uno de otros".

Por ejemplo, si a la posición que dice: "jure como cierto que recibió dinero del actor", se contesta: "es cierto, pero lo devolví"; el hecho originario de la relación jurídica está probado, pero la innovación agregada tiende a decir que no debe porque ha pagado. En este caso la confesión es divisible, en la medida que una parte de las circunstancias fácticas ya no se deben probar, mientras que el hecho impeditivo agregado es producto de actividad probatoria.

Si la respuesta hubiera sido: "es cierto, recibí dinero pero no en calidad de préstamo sino de donación", sucede un hecho modificativo, porque la relación jurídica se ha reconocido, debiendo probarse la calificación o configuración jurídica.

Ahora bien, en todos los casos el Código Procesal pretende que la confesión no se vuelva en contra de quien la realiza, aun cuando la naturaleza jurídica de la misma exige que quien la concreta sepa que dicho *animus confitendi* supone darle a su oponente una prueba que lo favorecerá. Sin embargo, la confesión ficta no posee carácter decisivo para la solución de la litis, si del resto de las pruebas y circunstancias de la causa no surgen elementos que la corroboran.[2313]

Vale decir que si la respuesta a la posición no esclarece el hecho que se plantea, la confesión no se puede dividir, es decir, tomar los elementos ponderables y desechar los otros. Entre otros supuestos, se advierte que el reconocimiento de los instrumentos privados es indivisible (art. 1029, CC) y constituye una suerte de confesión que participa de las

2313. Con igual alcance se dice que las preguntas insertas en la absolución de posiciones deben ser apreciadas no sólo en relación con las respuestas dadas por el absolvente, sino también a la luz de la integralidad del pliego, vinculándolas con el conjunto de la prueba producida en la litis (CNFed. Civ. y Com., Sala III, "Ramos, Juan J. c. LR3 Radio Belgrano y otros", 30/04/1998, *LL* 1998-F-18, *DJ* 1998-3-893).

características de indivisibilidad de la misma.[2314] Asimismo, la confesión es calificada, si el hecho agregado en punto a que el reclamo se formuló después que finalizó la obra y no durante la construcción no puede separarse del hecho principal. Y en tales condiciones es indivisible, debiendo aceptarse la declaración de la parte contraria en su totalidad,[2315] que no sería igual en el caso de que, aceptada la construcción se asignen vicios redhibitorios que fundamentan el incumplimiento de pago.

En este caso, el principio de la indivisibilidad excluye las declaraciones que sin configurar hechos impeditivos, modificativos o extintivos, prácticamente constituyen la proposición de pretensiones que se deducen por el confesante frente a la parte interesada en que se produzca la confesión.[2316]

497.2 *Contra se pronuntatio*

La indivisibilidad de la confesión lleva a que se tomen solamente los hechos alegados y controvertidos por las partes, de modo que resulte desfavorable para el confesante y en beneficio de la contraria (*contra se pronuntatio*).

Esta es una de las principales características que lleva a cuestionar la eficacia probatoria de la prueba de confesión, porque en realidad solo tiene espacio útil para la espontánea, mientras que la provocada suele actuar con engorrosas posiciones que se ponen a reconocimiento de la parte, sin que exista en el declarante el deber de decir verdad, pese al juramento prestado al inicio de la actuación. De allí resulta que la admisión es solo fruto del equívoco, el cual beneficia al contrario en perjuicio del declarante.

Esta es una historia muy antigua, tanto que ya De la Colina había dicho que la absolución de posiciones "es un torneo más o menos a propósito para lucir la insidia de los abogados y la suspicacia del absolvente, para descubrir y hacer que brille la verdad".[2317]

2314. CNCiv., Sala D, "Banco de la Provincia de Buenos Aires c. Alchouron, S. E. M., suc.", 22/02/1984, *LL* 1984-B-385.

2315. SC Buenos Aires, "Mace, Soc. en Com. por Accs. c. Gómez Destrade, Carlos y otro", 14/06/1979, *DJBA*, 117:427.

2316. Parra Quijano, Jairo, *Tratado de la prueba judicial - La confesión, op. cit.*, T. II, p. 163.

2317. De la Colina, Salvador, *Derecho y legislación procesal. Materia civil y comercial*, Buenos Aires, J. Lajouane y Cía., 1916, T. II, p. 70.

Chiappini, acompañando en la afirmación a Alvarado Velloso, sostiene que la prueba de absolución de posiciones debiera derogarse.

> En efecto, resulta inconstitucional pues *nadie está obligado a declarar contra sí mismo* –artículo 18 de la Constitución nacional–, que no distingue entre el proceso civil y el penal. Y ni hablar si en el proceso civil se exige que el absolvente preste juramento. Cierto es que la contraria puede dispensar del prurito (no así si se trata de testigos); o que si se omitió por descuido se carecen de consecuencias. Y no es que la inactividad convalide una nulidad, semejante teoría es anómala: los actos nulos siempre lo serán. Ocurre que por no censurar en término, surge una imposibilidad de declarar la ineficacia procesal, lo cual es otra cosa. Entretanto, aun para los que conciben la absolución de posiciones en sede civil, autorizada doctrina halla que es inconstitucional se las tenga por absueltas en rebeldía. Opinión que, convengamos, sobrecoge si es que aplicada derechamente permite que el absolvente jamás acuda a la audiencia. Total, ¿para qué? En suma, la absolución de posiciones, y para colmo en tantas instancias, debiera defenestrarse de los códigos procesales civiles y comerciales. Sería una de las tantas maneras de aligerar el farragoso procedimiento.[2318]

Alvarado Velloso, al explicar esta prueba, sostiene que

> … es el medio procedimental que tiene una parte procesal para lograr la declaración en juicio de su contraria y beneficiarse eventualmente con una confesión de ella. La confesión concebida como medio de prueba es institución típica del método inquisitivo de enjuiciamiento y, por ello, divorciada del sistema constitucional que asegura la garantía del debido proceso que debe presentarse solo como acusatorio o dispositivo. Han sido los procesalistas penales –que no los procesalistas civiles– quienes descubrieron ese desfase y, con mucho esfuerzo doctrinal, han logrado revertir ese estado de cosas: ahora, aun en algunos países que continúan ejercitando el sistema inquisitivo, la declaración de la parte procesal es derecho y no carga de ella. Por tanto, nadie puede provocarla. En otras palabras: al igual de lo que ocurre en el sistema acusatorio, el interesado declara si quiere y, por ende, su silencio no puede generar siquiera indicio en su contra. Pero en materia de pleitos sobre pretensiones no penales, el problema continúa. Advierta el lector, en primer término, que la Constitución Nacional Argentina como tantas otras garantiza expresamente que nadie puede ser obligado a declarar en contra de sí mismo.

2318. Chiappini, Julio, "La citación para absolver posiciones que omite apercibimientos", *LLC* 2005 (octubre), 965.

> Para la total comprensión del problema que aquí muestro he de decir que es obvio que, dado el tiempo en el cual se sancionó tal Constitución, la voz obligado allí utilizada ostenta un contenido con mayores connotaciones que las que pueden ser extraídas de su significado técnico de constreñir una conducta haciendo fuerza sobre personas o cosas para lograrla. Así, es comprensiva también de las ideas que encierran los conceptos de deber (su incumplimiento genera una sanción) y de carga la inactividad genera efectos contrarios al interés del incumpliente).
> De allí que el que nadie pueda ser obligado [...] implica que no haya constricción ni sanción ni aplicación de apercibimiento alguno por incumplimiento de deber, obligación o carga. He recordado esto pues la citación para absolver posiciones que se hace a una parte en proceso en el cual se controvierte una pretensión no penal se efectúa siempre con el expreso apercibimiento de tenerla por confesa –a tenor de las posiciones redactadas y presentadas por su contrario– a quien no concurra sin justa causa a la audiencia señalada al efecto. De la misma forma –y si el aceptar declarar o negarse a ello es innegable derecho de la parte y no obligación, deber o carga– se fuerza inconstitucionalmente la declaración del absolvente con la sanción que los códigos le imponen a su silencio en la audiencia respectiva: tenerlo por confeso acerca de todos los hechos contenidos en el respectivo pliego de posiciones.[2319]

497.3 La presunción de inocencia no se aplica en el proceso civil

Frente a la opinión de la doctrina que sostiene la inconstitucionalidad de la prueba de absolución de posiciones, daremos una interpretación contraria. En efecto, tradicionalmente la presunción de inocencia trabaja como presupuesto de los procesos penales. Toda persona es inocente mientras la culpa no se demuestre. En caso de duda se debe estar a favor del imputado. Estas reglas evolucionaron hasta transformarse en garantías básicas del derecho de defensa en juicio, como lo testimonia, entre muchos otros ejemplos, el artículo 18 de la Constitución Nacional Argentina.

Por ello, la inocencia no es una presunción que beneficia al procesado en los casos de inseguridad sobre la autoría o culpabilidad de un hecho delictual; es un derecho constitucional que tiene base en el dere-

2319. Alvarado Velloso, Adolfo, *La prueba judicial, op. cit.*, pp. 64-65.

cho de defensa; y una garantía contra la arbitrariedad judicial que, sin prueba o con duda razonable, condena sin atender el principio.

De todas maneras, suele utilizarse la expresión "presunción de inocencia" en los tratados internacionales y en algunos códigos, quizás más por tradición que por una exacta precisión lingüista.[2320]

a. Antecedentes

En sus orígenes, la inocencia se tomó como un estado de pureza absoluta; la lectura fue ideológica: se afirma que las personas al nacer llegan al mundo inocentes, y ese estado pervive en su existencia hasta la muerte cuando, en el sentimiento cristiano, se llega al purgatorio para redimir los pecados que lo han tornado culpable por sus actos impuros.

La aplicación al proceso penal de esta idea se transmite con igual intensidad: solo la sentencia judicial puede variar el estado de inocencia. Y por eso, cuando el juez "absuelve", declara y confirma dicho estado de inocencia; mientras que la "condena" es constitutiva, pues a partir de ella nace un estado jurídico nuevo.

También suele considerarse a la presunción de inocencia como un factor determinante para la carga de la prueba en el proceso penal. La regla *in dubio pro reo* supone para el juzgador la imposibilidad de condenar cuando no tiene plena convicción sobre los hechos y sus responsables; por otro lado, cuando la duda razonable (típica expresión del derecho anglosajón) se elimina con la obtención de pruebas suficientemente persuasivas para demostrar la culpabilidad, el principio deja de regir por haberse superado el estado de incertidumbre o inseguridad.[2321]

2320. Nosotros preferimos hablar de "estado de inocencia" porque parece difícil explicar que una persona se presume inocente cuando se la tiene anticipadamente culpable (por ejemplo cuando se le dicta el procesamiento –que es un juicio de probabilidad incriminante–) aplicándole una medida cautelar como la prisión preventiva. Pareciera una autocontradicción (Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 1999, p. 227).

2321. En el caso "Suárez Rosero", la Corte Interamericana dijo que, en el principio de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar no punitiva.

Cuando el principio de inocencia se lo hace jugar en el terreno del proceso cobra singular relieve el sistema de apreciación de la prueba. Es evidente que la libre apreciación tiene un marco de discrecionalidad mayor a la prueba legal o tasada; e inclusive, la sana crítica, como modalidad, contrae una especie de pesos y contrapesos, dando fuerza a unas pruebas sobre otras, teniendo presente que, en materia penal, no se puede condenar con la duda posible.

El derecho a la presunción de inocencia, dice Picó I Junoy, despliega su virtualidad, fundamentalmente, en el campo procesal, con influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba. Desde este punto de vista, el derecho a la presunción de inocencia significa que toda condena debe ir precedida siempre de una actividad probatoria, impidiendo la condena sin pruebas. Además, indica que las pruebas tenidas en cuenta para fundar la decisión de condena han de merecer tal concepto jurídico y ser constitucionalmente legítimas. Denota, asimismo, que la carga de la actividad probatoria pesa sobre los acusadores y que no existe nunca carga del acusado sobre la prueba de su inocencia.[2322]

b. Aplicación y extensión del principio

La presunción de inocencia trabaja en dos sectores conectados. Uno se encuentra en el campo de las "garantías procesales" de base constitucional, convirtiendo al precepto en una suerte de reaseguro contra la arbitrariedad judicial. El otro aspecto se ubica en la aplicación práctica que tiene, sea como una pauta de interpretación general; o con una visión más restringida, acotada a la apreciación y valoración de la prueba habida en el proceso.

La primera visión es genérica: *nadie puede ser condenado sin ser oído, ni sentenciado sin prueba corroborante de los cargos imputados*. La prueba es un trabajo del que acusa y el imputado puede descansar, en principio, en la garantía de inocencia.

La segunda perspectiva, en cambio, se instala en las *posibilidades jurisdiccionales*; vale decir, ¿cómo aplica el juez el principio a la hora de sentenciar?, ¿si no hay prueba suficiente, puede condenar? y en su caso,

2322. Picó i Junoy, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, Bosch, 1997, p. 155.

¿es igual la valoración de la prueba en todo tipo de procesos, al punto que la inocencia sea una garantía aplicable a toda materia de conflictos?

Es cierto que este principio se aplica, también, en procesos no penales (faltas, contravenciones, indisciplinas, etc.), de cuyo resultado pudiera surgir una sanción. Pero también lo es que el problema mayor consiste en determinar si puede extender su alcance a todos los procesos, casi como una regla para el "debido proceso".

Para esclarecer el punto, se interpreta que el principio de inocencia tiene una triple identidad, a saber: como *derecho fundamental*, beneficia al ciudadano que no puede ser condenado sino a través de un proceso regular donde se demuestre su culpabilidad; como *garantía procesal*, implica que la persona no sea tratada como culpable durante el desarrollo del proceso penal porque debe presumirse inocente, al excluir la inversa presunción de culpabilidad criminal; y como presunción *iuris tantum*, exige que el juez solo condene cuando se haya destruido esa presunción en base a las pruebas procesales aportadas por la acusación que consideren al individuo responsable de una infracción penal.

c. La garantía procesal de inocencia

Observemos el primer aspecto, antes citado. El principio de inocencia es, como dijimos, un derecho del imputado, pero nunca una franquicia para su exculpación. Esto significa que la producción probatoria y el sistema de apreciación que tengan los jueces integran en conjunto el principio de razonabilidad que se espera de toda decisión judicial.

De este modo, no se puede condenar sin prueba fehaciente, ni obligar al juez a extremar su certidumbre por aplicación del mentado principio. El justo medio entre inocencia presunta y valoración probatoria en el proceso penal se encuentra en este lugar: no existe principio o presupuesto constitucional o procesal, respectivamente, que obligue a practicar la prueba con formas determinadas, pues en definitiva, la apreciación se realiza sobre el conjunto del material reunido, *con independencia de la aportación*, y ello es lo que origina el resultado favorable o adverso para el imputado.

La particularidad esencial está en que, si el acusador no tiene pruebas, y el encartado usa la falta de ellas como argumentos defensivos, la sentencia debe priorizar el principio de inocencia. Mientras

que si la prueba acumulada es de ambas partes, el origen de aportación no tiene incidencia práctica en la determinación de las responsabilidades penales.

Por tanto, la actividad probatoria tiene tanta importancia para la consagración efectiva del derecho de defensa. En este aspecto debemos considerar cómo se ha practicado u obtenido la prueba; si el imputado tuvo posibilidades reales y concretas de control sobre la producción y, en su caso, de contradecirlas; cuál es la prueba principal de la que se toma la imputabilidad; la legalidad de los medios probatorios y, en suma, el control sobre la razonabilidad decisoria.

d. La confesión y el principio de inocencia

Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, establece en uno de sus párrafos el artículo 18 de la Constitución Nacional. Por ello, la confesión prestada por el imputado no puede desvirtuar el principio de inocencia, sin importar si el acto fue voluntario. Esta garantía preserva el derecho de defensa y afianza el temperamento por el cual la prueba de los delitos debe provenir de la acusación.

La amplitud con que se entiende en otras latitudes el derecho a negarse a declarar no está consagrado como garantía constitucional en el derecho interno, por cuanto resulta suficiente, a los fines previstos en la disposición fundamental, la simple oposición del imputado a prestar ese acto.[2323]

También se encuentra recogido en el artículo 14.3 apartado g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, constituyendo una suerte de regla para la corrección procesal que anula el enjuiciamiento si la condena se sostiene en la confesión del inculpado. Inclusive, pese a las diferencias en el tipo de procesamiento, aplica el principio la quinta enmienda de la Constitución de Estados Unidos de América, cuando proclama que ninguna persona podrá ser obligada, en una

2323. La Corte Suprema de Justicia de la Nación afirma que, el juramento entraña, en verdad, una coacción moral que invalida los dichos expuestos en esa forma, pues no hay dudas que exigir juramento al imputado a quien se va a interrogar, constituye una manera de obligarle a declarar en su contra [...]. La declaración de quien es juzgado por delitos, faltas o contravenciones, debe emanar de la libre voluntad del encausado, quien no debe verse siquiera enfrentado con un problema de conciencia, cual sería colocarlo en la disyuntiva de faltar a su juramento o decir la verdad (Fallos, 281:177).

causa criminal, a testificar en su contra. Extendiendo el principio de inocencia no solo a los testimonios que, eventualmente, produzcan una directa incriminación, sino también, a las pruebas logradas por declaraciones del imputado en las etapas previas a la acusación fiscal.

Las reglas de Miranda (1966), tal como se conocen los derechos del imputado a permanecer callado y a tener un abogado que lo asista durante el interrogatorio, refieren a las ilegalidades mencionadas en la fase preliminar (investigación, propiamente dicha).

e. La autoincriminación

La confesión del detenido preventivamente por la autoridad policial ante el funcionario instructor no puede utilizarse como prueba del delito. Varias veces se ha destacado este principio, pero vale reiterarlo: el principio de inocencia solo puede desvirtuarlo un juicio de culpabilidad plenamente acreditado con pruebas obtenidas legítimamente.

Parece superado el tiempo en que la policía podía tomar declaración indagatoria, pero no los problemas que ocasionan los efectos de los denominados testimonios *espontáneos*, toda vez que, aun sin considerarlos "confesión" se les atribuye valor indiciario.

No puede soslayarse que la protección constitucional prevista repara en la persona detenida, antes que en la demorada para averiguar antecedentes o para tenerla como testigo. De igual modo, tiene otra faceta, cual resulta de observar la posibilidad de declarar como una facultad, y como tal, disponible y renunciable por el imputado.

Este último aspecto, entonces, permite deducir que la declaración prestada voluntariamente puede ser válida si no fue transgredida la libertad de la persona y tuvo oportunidad fehaciente de conocer las consecuencias del acto efectuado.

La diferencia es cualitativa, porque admitir la renuncia del imputado no supone tolerar la autoincriminación, sino el ejercicio de un derecho que es absolutamente disponible, aunque ello no elimina la carga de probar por todos los medios posibles la autoría del encartado.

f. La presunción de inocencia ante la prueba de cargo

Otra faceta que tiene la presunción pretende esclarecer la armonía existente entre principio de inocencia, derecho de defensa y acumulación

de pruebas necesarias para la incriminación, las que requieren, inevitablemente, la colaboración del presunto responsable del delito.

Si ella (la colaboración) no es voluntaria, cabe preguntarse ¿son válidos los cargos? ¿Se destruye la presunción de inocencia por la falta de cooperación?

Las respuestas oscilan entre varias situaciones posibles: i) Las pruebas corporales; ii) Violación del domicilio; iii) Apertura y revelación de documentos privados; iv) Afectaciones al derecho de intimidad.

i. Las pruebas corporales

Referimos a las pruebas obtenidas a través de test diversos (sangre, alcohol, voz, huellas dactilares, entre otras) en las que la negativa del imputado a someterse a ellas presume en su contra. El consentimiento no es esencial, pero la obtención de la prueba no puede ser coactiva, lo cual puede llevar a cierta contradicción o peligro con el derecho de defensa. No deben quedar dudas respecto a la plena libertad del individuo para someterse a las inspecciones de su cuerpo.

La opinión prevaleciente en doctrina es que se trata de pruebas preconstituidas que se documentan en la etapa de investigación y que, en el plenario, adquieren el carácter de pruebas periciales o técnicas.

De todos modos, para que eliminen el principio de inocencia, cada una de las requisas logradas, como la actividad misma, deben contar con el control de la parte y su defensa.

ii. Violación de domicilio

Otro párrafo del mentado artículo 18, constitucional, expresa que "... el domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación".

El principio no es absoluto pues la orden judicial competente autoriza superar esta valla. El problema aparece cuando se ingresa al domicilio sin este salvoconducto y para dar legalidad al hecho se argumenta la ausencia de reparos del requisado.

Un procedimiento con estas características es ilegítimo y viola la garantía en estudio. La ilegalidad se transmite a todos los efectos

resultantes del acto; elementos secuestrados, declaraciones obtenidas de los moradores de la vivienda, pierden todo valor probatorio.[2324]

La medida que autoriza el allanamiento debe tener las condiciones siguientes:

a. emitida por juez competente;
b. fundamentada.

La orden se agota en el cumplimiento y no extiende su vigencia autorizando nuevas requisas si ellas fuesen necesarias.

De igual modo, el funcionario que la practica no tiene delegación jurisdiccional, por lo que carece de facultades para ampliar las órdenes recibidas. Sin embargo, si al ingresar en el domicilio se encuentran elementos probatorios vinculados a otras causas en investigación se permite el secuestro.

Otra variante de excepción a la regla se encuentra en los casos de "persecución" de un delincuente, porque allí se puede ingresar al domicilio con la finalidad de aprehenderlo, siempre que el acto sea continuo. Es decir, que la necesidad del allanamiento surja a consecuencia del ocultamiento del individuo que persigue la autoridad policial.

iii. Apertura y revelación de documentos privados

La inviolabilidad dispuesta constitucionalmente para el domicilio, se extiende a los papeles privados y la correspondencia epistolar.

Si del acto de allanamiento se encuentran cartas o documentos de propiedad del imputado, la garantía se aplica a ellos para reafirmar el derecho a la privacidad e intimidad sin que ninguno pueda alterarlos. Solamente el juez puede ordenar el secuestro de esos elementos y proceder a su lectura.

De esta primera parte se puede colegir que el principio de inocencia trasciende el mero concepto de "presunción favorable" para convertirse en una auténtica garantía procesal.

Sus principales características serían:

a. Nadie puede ser arbitrariamente detenido sin explicar con fundamentos la causa de ello.

2324. La Corte Suprema, en el caso "Fato" (Fallos, 311:836), donde se practicó un allanamiento sin orden judicial, al que pretendió dársele validez alegando el consentimiento del procesado, sostuvo que esa autorización relevaba a la policía de su obligación de requerir la pertinente orden judicial.

b. Nadie puede ser detenido indefinidamente sin ser oído.
c. No puede haber condena cuando hay dudas razonables, pues priva en la causa el principio *in dubio pro reo*.
d. La falta de colaboración probatoria del imputado no elimina ni compensa la presunción de inocencia con la presunción de culpa o responsabilidad, pero son pautas que se estiman en la apreciación conjunta de la prueba.

g. La presunción de inocencia en procesos no penales

La segunda propuesta que hace el principio es proyectarse a todos los procesos, de manera que los presupuestos indicados en los puntos precedentes debieran ser analizados en igual consideración. No obstante, antes de llegar a esta conclusión, es preciso anotar algunas precisiones de nombre y otras que son metodológicas.

En efecto, cuando se habla de "acusación en materia penal" se debe comprender que la actuación judicial consecuente estará definida por la naturaleza de la infracción y por el grado de rigor de la pena en que se incurre.

Una acusación puede constituir una imputación en materia penal aunque la infracción no tenga carácter penal de conformidad con la legislación nacional: Por ejemplo: a) las acusaciones en materia penal se refieren a todas las infracciones castigadas con penas que supongan una grave privación de libertad. La prisión es siempre una grave prohibición de libertad. La expulsión del país mediante un decreto administrativo también constituye una grave mengua, que exige la garantía de un juicio penal imparcial; b) las sanciones adoptadas por órganos disciplinarios no constituyen acusaciones en materia penal cuando la pena impuesta consiste solo en una amonestación o advertencia; c) la "determinación de los derechos y obligaciones de carácter civil" se define según el carácter de los derechos de que se trate. Los derechos y obligaciones de carácter civil abarcan todas las actuaciones que influyen decisivamente sobre los derechos y obligaciones privados, incluidas las actuaciones ante tribunales administrativos: d) los derechos y obligaciones de carácter civil se pueden determinar en diversos procedimientos, incluidos los juicios de quiebra; el trámite de internamiento de una persona en una institución psiquiátrica, las solicitudes de indemnización

formuladas contra las autoridades nacionales, los derechos y obligaciones contractuales; los permisos de conducir; las cuestiones relativas a la familia; las prestaciones del seguro médico; los litigios laborales; los litigios por concentración parcelaria; los procesos por calumnias; las demandas por lesiones; las cuestiones relativas a la calificación profesional y a los derechos laborales; el derecho de propiedad y el alcance y la propiedad de las patentes, así como otros procedimientos en los que una persona tenga el derecho de comparecer y aportar pruebas.

Además, el concepto de procedimientos relativos a los derechos y obligaciones de carácter civil no requiere que ambas partes sean personas privadas; por lo tanto, ese concepto abarca las audiencias realizadas ante órganos administrativos, en las que una de las partes es una autoridad pública y la otra una persona privada.[2325]

Si uno tiene en cuenta estas definiciones, evidentemente el uso de la presunción adquiere connotaciones distintas, como veremos más adelante.

h. La presunción de inocencia trabaja con la carga de la prueba

El prolegómeno de fallos dictados por el Tribunal Constitucional español no es sobreabundante, porque refleja criterios que se repiten en nuestras jurisdicciones latinoamericanas.

De ellos van surgiendo elementos que caracterizan y definen el uso de la presunción de inocencia en procesos no penales, reservando su aplicación, en este primer espacio, para los procesos sancionadores.

En efecto, la guía o puntal del precepto está en armonizar la regla con la carga de la prueba: si el resultado perseguido es una sanción, se debe probar la culpa o responsabilidad por quien imputa la falta.

La segunda regla, ya comentada, estaría en la cooperación del imputado en la producción probatoria, habiéndose llegado a la conclusión de que no está obligado, aunque sufre por ello una presunción en su contra.

La siguiente mensura la da la valoración de ambos, puestos en armonía: la prueba del actor y la falta de colaboración del encartado que

2325. La Comisión de Derechos Humanos de la OEA, en la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, estableció algunas de estas identificaciones y características, en el 45º período de sesiones, como tema 10.D del programa provisional.

sufre así una presunción desfavorable no son suficientes para sancionar si no hay otras pruebas corroborantes.[2326]

i. El principio de inocencia en el proceso civil

Llegados a esta instancia la problemática refleja el sentido que debe acordarse al estado de inocencia en procesos civiles, porque leído en forma plana, sin sutilezas ni aclaraciones, la regla sería: *quien demanda debe probar*.

Este es precisamente, el principio del *onus probandi* vigente en el artículo 377 del Código Procesal, el cual ha tenido numerosas variables para torcer, desviar o encausar dicha regla, según cómo se mire la aplicación de cada término. Clásicamente, la carga de la prueba se postuló como una regla de confirmación que tenía quien invocaba un derecho en su favor: el actor debía probar su pretensión, y el demandado sus defensas.

Esta orientación, de alguna manera, soportaría el uso del principio de inocencia en el proceso civil, porque solamente debe probar quien afirma, pudiendo el demandado descansar en la simple negativa (art. 356, cód. cit.).

Sin embargo, esta forma en apariencia equitativa, en la práctica portaba una dureza rígida y extrema. Las partes otorgaban a la verificación una ejercicio interesado, donde no había cooperación entre ellas ni solidaridad hacia el órgano que debía captar los hechos y sus verdades. Colofón de esta característica era la imposibilidad de probar actos que no fueran aportados por ambas partes, o que siendo manifestado por solo una de ellas, la otra quitaba toda posibilidad para

2326. El TC español repite en varias ocasiones su doctrina sobre el derecho a la presunción de inocencia, concebida como regla de juicio que, en esta vertiente y en sede constitucional, entraña el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica (desde la STC 31/1981, de 28 de julio, SSTC 33/2000, de 14 de febrero, 109/2002, de 6 de mayo, entre otras) que toda sentencia condenatoria: a) debe expresar las pruebas en que se sustenta la declaración de responsabilidad penal; b) tal sustento ha de venir dado por verdaderos actos de prueba conformes a la ley y a la Constitución; c) estos han de ser practicados normalmente en el acto del juicio oral, salvo las excepciones constitucionalmente admisibles; d) las pruebas han de ser valoradas por los Tribunales con sometimiento a las reglas de la lógica y la experiencia, y e) la sentencia debe encontrarse debidamente motivada. También ha declarado constantemente que la prueba de cargo ha de estar referida a los elementos esenciales del delito objeto de condena, tanto de naturaleza objetiva como subjetiva (STC 252/1994, del 19 de septiembre; 35/1995, del 6 de febrero; 68/2001, del 17 de marzo, y 222/2001, del 5 de noviembre).

demostrar y, ante la falta de colaboración, era sumamente difícil alcanzar el objetivo de certidumbre.

Con este emplazamiento final, que no es definitivo ni aparece totalmente consagrado, la prueba en el proceso aligeró el principio rotundo de la máxima "el que afirma debe probar", precepto que para algunos era la base donde asentaba la presunción de inocencia en el proceso civil. De este modo, el llamado "garantismo" puso en duda que la verdad sea un objeto del proceso, el cual solo se conforma con la certidumbre.

Siendo así, el precepto por el cual "quien alega debe confirmar lo que dice", no podría sufrir resignaciones con acciones tales como la fijación de los hechos probatorios (art. 360.3, CPCCN), la indicación de los medios de prueba (art. 360.5 cód. cit.), el tiempo para hacerlo (art. 367, cód. cit.), la determinación oficiosa de prueba a producir (art. 452, cód. cit.), o la producción de medidas para mejor proveer.[2327]

2327. Omar A. Benabentos, en la ponencia presentada en las jornadas del Instituto Panamericano de Derecho Procesal (Arequipa, Perú, octubre de 2005) sistematiza los argumentos garantistas por lo cual sostiene que el principio de inocencia es aplicable en el proceso civil. Allí desarrolla que "... por lo pronto la grotesca antinomia que reflejan las *distintas* potestades probatorias otorgadas a los jueces –según se trate de procesos civiles y penales– nos deja perplejos [...]. Propongo que juntos reflexionemos y nos indaguemos sobre los siguientes cuestionamientos: ¿Si la agresión de los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal es la que –supuestamente– debe protegerse con mayor celo, (asumiendo que es el *ilícito penal* el que provoca mayor "alarma social") cómo se entiende la "tendencia" a *recortar los poderes de investigación y prueba* del órgano jurisdiccional penal? ¿Cómo se explica que se *prohíba* al juez penal investigar y probar *de oficio* y, de suyo, alterar la carga de la prueba y a la par, se le genere al juez civil –hasta en simples cuestiones de índole patrimonial– el *deber* de probar *oficiosamente* para esclarecer la verdad de los hechos o variar la carga probatoria de forma libre? ¿Será más *importante* para el poder judicial civil comprobar si el demandado le debe al actor efectivamente una suma de dinero o acreditar en un proceso penal que el imputado es autor de un delito aberrante, por ejemplo, la violación o el homicidio de una víctima? ¿Resultan más *trascendentes* los conflictos civiles que los conflictos penales para que se justifique que el Estado, en representación de la sociedad, esté más interesado en llegar a la "verdad real" en el ámbito civil, *autorizando* pruebas de oficio o alteración de las reglas de la carga de probar en los primeros, pero *prohibiéndolas* en los segundos? ¿Cómo se ha caído en la *esquizofrenia* científica de vetar en el campo procesal penal poderes probatorios a los jueces y, a la par, ampliarlos cada vez más en el proceso civil? Pues bien, quienes postulan un *derecho procesal civil autoritario, con jueces inquisidores y buscadores de la verdad real* es obvio que no pueden dar una respuesta *coherente* a las flagrantes contradicciones que vengo señalando. Luce directamente exótico que a los jueces penales *no se los quiera investigando y probando de oficio (y tampoco alterando el régimen de la carga de la prueba)* y a los jueces civiles –a la par– se les imponga el deber de

Además, se argumenta que la orientación jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que el estado de inocencia es aplicable a todo tipo de procesos. Para ello se tiene en cuenta el modo como trabajan los principios *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, y non bis in idem*.

Nosotros hemos dicho que la unidad llega desde la justicia transnacional, y se afinca en la noción de "debido proceso", el cual se amplía hacia todo tipo de procesos (derecho a un proceso con todas las garantías) ofreciendo una cobertura necesaria en varios frentes: el derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un tribunal competente, independiente e imparcial, y un número no taxativo de garantías procesales que se consideran esenciales para un juicio justo.

En efecto, siguiendo el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre terrorismo y derechos humanos (OEA/ser.L/V/2.116, doc. 5 rev. 1, del 22 de octubre de 2002) se establece que *las normas y principios consagrados en las protecciones mencionadas, son relevantes no solo para los procesos penales, sino también,* mutatis mutandi, *para otros procedimientos a través de los cuales se determinen los derechos y obligaciones de carácter civil, laboral, fiscal y de otra índole.*

Sin embargo, la desenvoltura que hace el garantismo para llegar a una conclusión tan simplista no repara que la aplicación extensiva solamente se refiere a los presupuestos necesarios para el debido proceso, encontrando que el principio de inocencia solamente es aplicable en los procesos sancionatorios.

De todos modos, es un problema de lecturas y de la filosofía cómo se adopte una estructura gnoseológica para el proceso civil.

El garantismo sostiene que no deben existir diferencias entre el proceso penal y el proceso civil respecto a las facultades o poderes de los jueces. Mientras en el primero se persigue que si juzga no investigue (principio acusatorio), en el segundo no se concibe la iniciativa probatoria del juez porque se cree que con ello se vulnera el principio dispositivo, según el cual "quien afirma debe probar".

Pero esta distinción no es tan evidente como se la expone, en la medida en que la justicia no quiere jueces desinteresados que vean

investigar y probar oficiosamente o se admita que varíen las reglas de la carga de la prueba establecidas por las leyes procesales".

al proceso como una simple confrontación de intereses particulares donde su actividad sea únicamente decir el derecho aplicable.

Tampoco supone que la iniciativa probatoria ponga en crisis el principio de igualdad, porque la producción de prueba de oficio sirve al proceso y no al interés individual de quien recién con la obtención encontrará o no un beneficio.

Inclusive, esta eventual ventaja es conjetural, toda vez que rige el principio de la libertad en la apreciación total de la prueba que se reflejará al tiempo de dictar sentencia.

j. Las potestades del juez y el principio de inocencia

Es cierto que en el principio de inocencia confluye una idea común, donde se pretende evitar la condena irrazonable o arbitraria. Solo la confirmación de los cargos e imputaciones a través de la reunión de prueba permitirán fundar una sentencia.

Es el mismo criterio que inspira otro principio: la carga de la prueba; según el cual, si alguien pretende un pronunciamiento favorable para sus intereses, deberá demostrar al juez la razón y el derecho que le asiste.

La diferencia entre la prueba civil y la penal no existe, porque la producción es la misma y rige en ambos casos el principio de adquisición, según el cual la prueba que llega al proceso es de él y no de las partes.

La distancia puede estar en el sistema de apreciación, y en los grados de certeza que se exigen. Por ejemplo, es diferente la regla de la íntima convicción para condenar respecto a la sana crítica.

Observemos algunos temas puntuales: en el caso "Raia" (Fallos, 292:561), la Corte Suprema debió analizar la situación de una mujer absuelta del delito de bigamia en primera instancia, porque no estaba probado el estado civil por la fiscalía. La Cámara revocó la absolución manifestando que correspondía a la acusada probar la inexistencia del primer matrimonio. Luego, el Alto Tribunal sostuvo que la carga probatoria era del que acusa y no de quien se defiende.

Tiempo después, en la causa "Acosta" (Fallos, 295:782) la Cámara condenó a un imputado por contrabando, sosteniendo que no había demostrado su falta de responsabilidad, toda vez que en los delitos de esta naturaleza "el inculpado debe demostrar fehacientemente su inocencia". La Corte revocó esta resolución estableciendo el principio

de que "la culpabilidad debe ser establecida con arreglo a las pruebas producidas". El principio de inocencia implica que en todos los casos debe haber prueba de la culpabilidad.

En el año 1993 se resolvió el caso "Karakolis, Dionisio", donde se expresó que

> Las restricciones de los derechos individuales impuestas durante el proceso, son de interpretación y aplicación restrictiva, cuidando de no desnaturalizar la garantía del artículo 18 de la Constitución según la cual todas las personas gozan del estado de inocencia hasta tanto una sentencia final y dictada con autoridad de cosa juzgada no la destruya declarando su responsabilidad penal.

Como se observa, el principio de inocencia trabaja como un límite judicial. No se admite que la demostración de culpa o responsabilidad llegue y se confirme con la prueba del imputado. En caso de duda no hay condena. Es así, un principio cardinal que se implanta como regla del debido proceso actuando bajo la consigna de la seguridad jurídica.

Pero esta conclusión no es igual en los procesos no penales.[2328]

2328. Concluyen Boretto y Della Savia que en el ámbito penal nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, toda vez que –sobre la base del respeto a la dignidad y libertad del hombre en cuanto tal– toda persona es inocente hasta tanto se acredite en juicio, en forma indubitable, su responsabilidad. En nuestro humilde parecer, y en tanto y en cuanto están en juego los intereses generales de la comunidad que resguardan sobremanera la libertad individual y la dignidad humana, estas últimas vienen a poner límites a los medios susceptibles de utilizarse para averiguar la verdad de los hechos en el proceso penal; quedando descartado de plano todo mecanismo tendiente a obtener –en forma compulsiva– la confesión del sujeto imputado. Distinta es la cuestión en el ámbito del proceso civil, campo en el cual se controvierte –fundamentalmente– acerca de derechos patrimoniales que solo miran el interés individual de su titular, sin que estén de por medio valores excelsos como son la vida y la libertad, lo cual es propio del derecho penal. Por tal motivo, estimamos que en el proceso civil –aunque con una excepción– no tiene plena vigencia la garantía del art. 18 de nuestra Ley Fundamental –la cual faculta a mentir o guardar silencio– primando el deber procesal de probidad y lealtad emanado del principio de moralidad procesal. De esta manera, y por las razones expuestas precedentemente, en la esfera procesal civil predomina el principio dispositivo, según el cual se confía a las partes tanto el impulso de la función jurisdiccional como la aportación de los elementos de juicio indispensables para formar la convicción del juez acerca de la verdad de los hechos alegados; por el contrario, en el proceso penal prima el principio inquisitivo en cuya virtud se convierte al juez en el director del proceso, a la vez que se concentra en sus manos –de manera primordial– la actividad probatoria, sin que puedan víctima y victimario disponer del objeto del proceso. Así por ejemplo, si un hecho es afirmado por el demandante en el proceso

Se dijo hace mucho tiempo que si bien la carga de la prueba con perspectiva civilista no funciona en la esfera penal –instructoria– donde el principio de la verdad material u objetiva hace que el juez disponga de facultades para suplir la inercia de las partes, no es menos cierto que en la verdadera faz del juzgamiento, cuando el debate encuentra su plenitud, la iniciativa corresponde a los sujetos esenciales del proceso, que se encuentran ahora en igualdad de derecho. Por ello, llegado al plenario, la carga de la prueba debe –como regla– gravitar sobre las partes, carga que de no conseguir su objetivo se traduciría en que las alegaciones de parte no podrían ser tomadas en cuenta como base para la decisión.[2329]

Esta diversidad suele confundir, a veces, al intérprete, y sostener que no es posible pensar en una potestad judicial diferente según el proceso sea civil o penal. Lo que sucede es que, cuando la prueba se ha producido desaparece el problema de la carga de la prueba y se origina la adquisición por el juez. No cabe detenerse a indagar a quién correspondía probar, sino apreciar esas pruebas acorde con la sana crítica. Es indiferente establecer el sujeto que tenía que acreditar los hechos, si ellos han quedado acreditados; el instrumento de convicción está en el proceso y su único destinatario es el órgano que debe hacer justicia.

Por eso, aun con la certeza de que la carga de la prueba consiste en un imperativo del propio interés del que la soporta, y por consecuencia hace que quien no desee salir derrotado en un pleito deba acompañarle al juez las pruebas que sustenten sus pretensiones; también es cierto que el *onus probandi* es el imperativo que pesa sobre uno de los litigantes de suministrar la demostración de un hecho controvertido, mediante su propia actividad, si quiere evitar la pérdida del proceso.

Es decir, que se trata de la conducta impuesta a uno o a ambos litigantes para que acrediten la verdad de sus afirmaciones y

civil, y es a la vez expresamente admitido por el demandado, ya no es objeto de prueba, quedando vedado al juez el esclarecimiento de la verdad del mismo, debiéndolo tener por cierto. Todo lo contrario ocurre en el proceso penal, al punto tal que, aun en el supuesto de que el imputado confesara su autoría delictual, el órgano jurisdiccional debería igualmente investigar y arbitrar los medios probatorios necesarios para llegar a la certeza de que realmente tal hecho tuvo como autor material al confesante" (Boretto, Mauricio y Della Savia, Beatriz, "Acerca de la constitucionalidad de la absolución de posiciones como medio probatorio en el proceso civil", *LL* Gran Cuyo 2001, p. 581).

2329. CNFed. Crim. y Correc., Sala II, "Martínez de Perón, María E. y otros", 02/07/1981, *LL* 1981-D-101; *ED* 94-707.

para el juez implica que debe resolver la duda acerca de un hecho determinado en sentido desfavorable a la parte que tiene interés en afirmarlo y no lo hace.

Las facultades instructorias acordadas a los jueces no están destinadas a sustituir la actividad probatoria que incumbe a las partes y que estas deben desarrollar de conformidad con las reglas relativas a la distribución de la carga de la prueba.

Su objetivo consiste en despejar las dudas con que tropiece el convencimiento del juez en aquellos supuestos en que la prueba producida por las partes no sea lo suficientemente esclarecedora.

En tal sentido se comprende, entre múltiples situaciones, porque se afirma que, si bien la declaración de rebeldía no altera la sustancia de las reglas de la distribución de la carga de la prueba, sería injusto que esta circunstancia redundase en perjuicio de la parte diligente y beneficiase a quien no cooperó con el esclarecimiento de la verdad, máxime que el artículo 60 del Código Procesal agrega en su segundo párrafo que "en caso de duda" la rebeldía declarada y firme constituirá presunción de verdad de los hechos lícitos afirmados por quien obtuvo la declaración.

O cuando en procesos sociales se expresa que en virtud de la inversión de la carga de la prueba que rige en materia laboral se impone al empresario que ha negado el vínculo la acreditación de la inexistencia del contrato de trabajo o que los servicios prestados no eran laborales, pues la prueba del contrato no reconoce limitaciones articuladas por el derecho común ni incorpora restricciones específicas, sino por el contrario, agrega instrumentos probatorios que le son propios tales como las presunciones o la interpretación más favorable al trabajador en caso de duda.[2330]

Inclusive, si evitamos formalizar con principios inaplicables al proceso civil las reglas de la prueba, comprenderemos mejor la famosa solidaridad o colaboración probatoria. Por ejemplo, se dice que, en materia de responsabilidad médica, el juez puede recurrir con carácter excepcional al *favor probationes* o la teoría de las cargas probatorias dinámicas, si comprueba en un caso puntual que la aplicación rígida de

2330. CNCom ., Sala A, "O., J. C. c. El Cabildo Cía. Argentina de Seguros Generales", 09/11/2001, *LL* 2001-F-857; *DJ* 2001-3-1037.

los principios de distribución de la carga de la prueba devienen ostensiblemente injustos o inicuos.[2331]

k. La prueba en los procesos transnacionales

Es importante señalar que en los procesos transnacionales rige el principio del contradictorio, en el cual se respeta el derecho de defensa de las partes, siendo este principio uno de los fundamentos de las normas reglamentarias del Sistema Interamericano, en lo que atañe a la oportunidad en que debe ofrecerse la prueba con el fin de que haya igualdad entre las partes.[2332]

Lo importante estriba en ver la dimensión que tiene el alcance, porque cuando se avala que la Corte Interamericana sostiene que el principio de inocencia es aplicable a todo tipo de procesos, se puede incurrir en una apreciación errónea que no atiende las circunstancias donde se expresa esa afirmación.

La Corte ha señalado anteriormente, en cuanto a la recepción y la valoración de la prueba, que los procedimientos que se siguen ante ella no están sujetos a las mismas formalidades que las actuaciones judiciales internas y que la incorporación de determinados elementos al acervo probatorio debe ser efectuada prestando particular atención a las circunstancias del caso concreto, y teniendo presentes los límites trazados por el respeto a la seguridad jurídica y al equilibrio procesal de las partes.

Además, la Corte ha tenido en cuenta que la jurisprudencia internacional, al considerar que los tribunales internacionales tienen la potestad de apreciar y valorar las pruebas según las reglas de la sana crítica, ha evitado siempre adoptar una rígida determinación del *quantum* de la prueba necesaria para fundar un fallo.

2331. CNCiv., Sala D, "A. F., M. E. c. S., C. D. y otro", 29/08/2002, *RCyS*, 2002, 443. Con nota de Calvo Costa, Carlos Alberto. O también cuando se afirma que si la responsabilidad profesional se funda en la culpa, esta debe ser, en principio, probada por el actor. Ello sin perjuicio de que el juez tenga en cuenta la importancia de las presunciones judiciales y del concepto de carga probatoria dinámica –cuya aplicación es excepcional– que hace recaer la carga de la prueba en cabeza de aquel que se encuentra en mejor situación para probar (CNCiv., Sala D, 1996/02/28, "G., F. M. y otro c. Centro Médico Lacroze y otros", *LL* 1996-D-451, con nota de Roberto A. Vázquez Ferreyra).

2332. Cfr. caso de "los Hermanos Gómez Paquiyauri", 08/07/2004, Serie C N 110, párr. 40; "Caso 19 Comerciantes", sentencia 05/07/2004, Serie C N 109, párr. 64; y Caso "Molina Theissen. Reparaciones" (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 03/07/2004. Serie C N 108, párr. 21.

Este criterio es especialmente válido en relación con los tribunales internacionales de derechos humanos, los cuales disponen, para efectos de la determinación de la responsabilidad internacional de un Estado por violación de derechos de la persona, de una amplia flexibilidad en la valoración de la prueba rendida ante ellos sobre los hechos pertinentes, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia.[2333]

Tal observación es suficiente para marcar el alcance y basta para cerrar con él la conclusión de este tema: *El principio de inocencia no es aplicable a los procesos civiles.*

498. Sujetos de la confesión

Solo pueden confesar en el proceso quienes sean "justas partes". De allí que no pueden absolver entre sí los litigantes que estén dentro de un litisconsorcio, salvo que defiendan derechos individuales y opuestos. Por eso, no procede traer como testigo al litisconsorte, pues siendo parte, tiene intereses comprometidos que le quitan imparcialidad y objetividad.[2334]

2333. Caso de "los Hermanos Gómez Paquiyauri", párr. 41; Caso 19 "Comerciantes", párr. 65; y Caso "Molina Theissen. Reparaciones", párr. 23.

2334. Esta teoría es sostenida por la mayor parte de la doctrina y se apoya en que es admisible el pedido de posiciones entre litisconsortes que sustentan derechos distintos, fundándose en que el litisconsorcio no implica necesariamente una alianza de intereses y se configura por lo tanto, incluso en el supuesto de que los distintos sujetos que lo integran asuman recíprocamente actitudes contradictorias por lo que debe distinguirse si sustentan o no derechos distintos o contradictorios pues sólo en el primer caso es admisible; asimismo Colombo sostiene que cuando los demandados aducen derechos o defensas distintas, pueden exigirse recíprocamente absolución de posiciones (Colombo, Carlos, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, op. cit.*, T. III, p. 543). En el mismo sentido se ha dicho que cuando hay entre los litisconsortes una situación de enfrentamiento, cuando controvierten la participación en los hechos que integran la litis, debe considerarse procedente que sean llamados a absolver posiciones. Las críticas que se hacen a esta teoría se fundan en el principio de que la absolución de posiciones sólo puede ser exigida a la parte contraria; y en cuanto al valor que reviste dicha prueba que en definitiva trastoca el modo de apreciación de la prueba confesional, que es la "máxima prueba legal" y que es producida por litisconsortes su valor es relativo y su mérito debe apreciarse restrictivamente.
Otras teorías permiten la declaración entre litisconsortes por medio de las preguntas recíprocas o interrogaciones. Esta posición expuesta por Alberto Bueres y Ricardo Heindenreich, tratando de allanar las críticas a las teorías anteriores, sostiene que en la oportunidad dispuesta por el art. 415 del Cód. Procesal pueden los litisconsortes declarar por medio de las preguntas recíprocas o interrogaciones; como así también cuando el art. 438 *in fine* del Código Procesal faculta a las partes a formularse recí-

De todos modos, la confesión de un litisconsorte no afecta al otro, aun cuando estuvieren en el proceso actuando en calidad necesaria (art. 89, CCCPN). En todo caso, el valor de ella se estimará conforme a las reglas de la sana crítica.[2335]

El sustituto procesal y los terceros que intervienen en cualquiera de las modalidades previstas (voluntaria o forzosa) adquieren también la calidad de partes y pueden absolver posiciones.[2336]

---

procamente las preguntas que estimaren convenientes y en el art. 448 que posibilita decretar el careo entre los testigos y las partes (cfr. "La declaración de un litisconsorte a requerimiento del otro", *ED* 34-951). Es decir que, para ellos, nada hay que se oponga para adoptar en la declaración de los litisconsortes entre sí, la forma de preguntas recíprocas o interrogaciones, entendida como medio de prueba autónomo, lo que posibilitaría también el abandono de las formas del testimonio y de la confesión.
Finalmente aparece la tesis que niega toda forma de declaración entre litisconsortes. Dice Guahnon que también la teoría que rechaza toda forma de declaración entre litisconsortes en cuanto sostiene que el demandado no tiene derecho de recabar prueba confesional de sus afines, lo que también acontece para el actor respecto de aquellos ubicados en posición similar; ni tampoco en ambos casos puede hacerse uso del testimonio como medio probatorio. Esta teoría está abandonada por completo en nuestra jurisprudencia (Guahnon, Silvia, "La declaración de un litisconsorte a requerimiento de otro", *LL* 1993-B-1081).

2335. Sin embargo, se ha dicho que el principio general conforme al cual la confesión de un litisconsorte no obliga a los demás, no juega cuando ella proviene del codemandado conductor del vehículo involucrado que lo guiaba como dependiente (CNCiv., Sala B, "Empresa Bernardino Rivadavia, S.A. c. Rey, Osvaldo", 20/11/1989, *LL* 1990-C-463). Asimismo se ha indicado que en el seguro de responsabilidad civil, la confesión de la parte demandada resulta suficiente para acreditar su existencia e incluso, para obviar la exigencia del principio de prueba por escrito. Sin embargo, ha de procederse con extrema cautela cuando se trate de la confesión del demandado principal en tanto asegurado, pues su interés, en el caso concreto, puede estar enfrentado con el de la aseguradora (CNCiv., Sala B, "Olea de Barrera, María y otros c. Alonso, Raúl O.", 03/10/1996, *LL* 1997-F-970, *J. Agrup.*, caso 12.120).
La confesión o la admisión de un hecho común formulado por uno de los litisconsortes no perjudica al otro, desde que la confesión y el juramento de un litisconsorte surte efecto respecto de él, pero no puede influir en la sentencia en cuanto a los restantes, si la circunstancia a que se refiere no está probada con relación a estos (CNCiv., Sala F, "Prado, Eduardo R. c. Siegh, Salvador y otro", 14/03/1979, *JA* 979-IV-361). En consecuencia, los hechos confesados tienen repercusión común, pero la confesión de uno solo puede tener el valor de un indicio. Por tanto, si uno solo de los litisconsortes niega un hecho reconocido por los demás, hace necesario que este sea comprobado fehacientemente (CNCiv., Sala D, "A. G. I. S. A. c. Kaiser, Alberto J.", 24/02/1997, *LL* 1998-D-483).

2336. Aclara Palacio que en la hipótesis de la intervención voluntaria cabe formular una distinción que atienda a la calidad procesal del interviniente, pues mientras el tercero adhesivo litisconsorcial goza al respecto de una facultad amplia, el tercero adhesivo simple puede requerir absolución de posiciones en la medida en que esta prueba

Podrán, asimismo, ser citados a absolver posiciones: 1) los representantes de los incapaces por los hechos en que hayan intervenido personalmente en ese carácter; 2) los apoderados, por hechos realizados en nombre de sus mandantes, estando vigente el mandato; y por hechos anteriores cuando estuvieren sus representados fuera del lugar en que se sigue el juicio, siempre que el apoderado tuviese facultades para ello y la parte contraria lo consienta y 3) los representantes legales de las personas jurídicas, sociedades o entidades colectivas, que tuvieren facultad para obligarlas (art. 405, Cód. Proc.).

498.1 La declaración de hechos propios a través de representantes

El principio que reclama la declaración confesional de quien es parte en el proceso se vincula con la capacidad para estar en juicio, de modo tal que cuando ella no se tiene, la representación legal conferida asume el deber de comparecimiento y declaración. El límite de ello es que el representante declare sobre hechos donde su representado hubiera intervenido personalmente estando él en ejercicio del mandato.

Si la representación hubiere cesado, no puede absolver, aunque puede ser citado como testigo por los hechos pasados que fueran propios. En el supuesto de menores emancipados, debe tenerse en cuenta que ellos han extinguido la patria potestad, y que, al mismo tiempo, los habilitados no tienen ni precisan de un representante legal, careciendo de sentido requerir la intervención promiscua a que se refiere el artículo 59 del Código Civil. Vale decir, entonces, que el ministerio pupilar no es parte cuando el menor emancipado interviene en juicio requiriendo la autorización prevista en el artículo 135 del código citado.

La citación para absolver posiciones se dirige a la parte que se ha presentado, siendo indiferente que la cédula o acta notarial de comunicación se informe al representado o al representante.

---

no contradiga la postura principal asumida por la parte principal (art. 91, Cód. Proc.). Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. IV, p. 513.

498.2 La declaración por hechos anteriores al otorgamiento de mandato

La regla común es citar al apoderado para que absuelva posiciones por los hechos de su mandante estando vigente el apoderamiento. Si el emplazamiento versa sobre hechos anteriores al mandato, la citación es posible siempre que: i) tenga facultades suficientes; ii) el mandante se encuentre fuera del lugar donde el juicio se sustancia, y iii) que la contraparte (ponente) acepte la declaración del representante.

Las facultades para absolver tienen que surgir del propio instrumento de representación; si ellas no figuran podrá igualmente absolver si quien pide la prueba convalida, expresa o tácitamente, la declaración. En forma expresa cuando se libre cédula de notificación al apoderado;[2337] de otro modo, cuando se consiente por no mediar en el acto alguna oposición.

Si el mandante se encuentra a más de trescientos kilómetros (300 km) del asiento del juzgado donde se debe llevar a cabo la audiencia, aunque sea en forma accidental, podrá absolver el apoderado. Esta, en cambio, es inadmisible en el supuesto que, encontrándose la prueba pendiente de producción (es decir fijada la respectiva audiencia), la parte se hubiese ausentado del país sin poner ese hecho en conocimiento del juez (art. 421 CPCCN) salvo, naturalmente, que verificada esa comunicación la parte contraria pida la citación del mandatario y este tenga poderes suficientes.[2338]

498.3 Absolución del representante legal de la persona jurídica

Se trata de representantes legales debidamente autorizados en el mandato, y en los términos que le hubiera autorizado el estatuto

2337. Cuando la parte contraria a quien pide la absolución de posiciones es una persona jurídica y la citación para concurrir a la audiencia se dirige a una persona física, se sobreentiende –tácitamente, pero de modo forzoso– que lo que se solicita es la absolución de posición de la persona jurídica a través de esa otra persona, obrando en calidad de representante de aquella. Porque de ningún modo es concebible recepcionar la declaración de terceros a títulos de absolución de posiciones (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 8ª Nominación de Córdoba, 1987/03/04, "Viñedos Argentinos c. Gines Gilabert, Andrés", *LL online*).

2338. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. IV, p. 516.

social. Es decir, no basta con un poder general de actuación en juicio si quien va a absolver posiciones no tiene facultades para obligar a la persona jurídica. Esto manda a confrontar la facultad estatutaria o contractual que permita al representante realizar actos de gestión y de disposición que, de no estar expresamente indicados, faculta a resistir la declaración y a peticionar los efectos consecuentes de dicha imprevisión.

Tratándose de una persona jurídica –sociedad comercial– el absolvente deberá ser su "representante", más propiamente el órgano social con facultades para ello, lo que tiende precisamente a evitar que se haga ilusoria la confesión. A diferencia del mandato común, al representante legal de una persona jurídica no le es suficiente agregar en la audiencia el poder que lo faculta, si no muestra también el acta del directorio o la cláusula de representación que tenga el estatuto social.

La primera cuestión a diferenciar sucede entre la persona del representante y el órgano de una persona jurídica. En efecto, en el terreno del derecho privado, la representación supone una neta y absoluta separación entre las dos esferas jurídicas del representante y del representado, de tal forma que haga aparecer posible, al menos abstractamente, que el negocio produzca sus efectos en persona de quien lo realiza.

Esta separación no permite absolver posiciones al ente ideal sino a su representante, que es un apoderado especial que puede o no ser parte del órgano. Una clara diferencia entre quienes actúan en calidad de representantes societarios de la persona jurídica y quienes resultan seleccionados para absolver posiciones en su nombre está en los instrumentos necesarios para cumplir la gestión; vale decir, una cosa es la representación en juicio para absolver posiciones en todos los supuestos de personas de existencia ideal, y otra la calidad del individuo como directivo o no de la empresa. O dicho en otros términos, una cosa es al mandato y otra la representación.

El requisito ineludible es la facultad para obligar a la persona jurídica con el eventual reconocimiento que surja de la prueba de confesión. Jofré sostuvo que la obligación de absolver posiciones es del dueño del pleito, y recién después de su apoderado; pero esto solamente cuando aquel es-

tuviera fuera del lugar en que se sigue el juicio y con la condición de que el apoderado esté facultado para ello y lo consienta la parte contraria.[2339]

La Ley de Sociedades Comerciales abandonó el criterio que reputaba a los directores como mandatarios del órgano de Gobierno de la persona jurídica y ha plasmado en un conjunto de disposiciones, la forma en que la persona jurídica expresa su voluntad y que constituye, sencillamente, un mecanismo técnico-jurídico a fin de que la manifestación de la voluntad de una persona física sea imputable a una persona jurídica; es decir, se atribuye "la declaración de voluntad de determinadas personas o sus conductas a la persona colectiva, como si esta última actuare *per se*, o sea actuando la persona colectiva por medio de sus órganos".

Según Fornieles:

> … las consecuencias de esta concepción "organicista" son importantes y pueden resumirse en las siguientes: 1) Las personas jurídicas actúan, esto es, realizan actos jurídicos a través de personas físicas, atribuyendo a sus distintos órganos funciones que, en definitiva, realizan personas físicas. Así entonces, los órganos de gobierno y los de gestión terminan siempre concretando sus decisiones mediante las personas físicas a quienes la ley, mediante determinadas disposiciones, faculta o habilita a realizarlas en representación de la sociedad; 2) la ley de sociedades contiene normas específicas referidas a la representación de las sociedades anónimas y, por tanto, serán ellas las que habrán de tenerse en cuenta por sobre las del mandato, no siendo aplicable a las mismas la denominada representación voluntaria.[2340]

Martorell, habitualmente claro y preciso, vuelve a esa diferencia entre "representación" y "administración" de las sociedades, sosteniendo que se configura por el hecho de que mientras esta última se refiere a la gestión ordinaria de los negocios empresarios, efectuada conforme a las directivas adoptadas por los socios en las reuniones sociales o asambleas, la representación –en cambio– es la facultad de obligar a la persona ideal frente a terceros, dentro de la órbita delimitada por el objeto social.

Por eso, volviendo a la cuestión de la prueba confesional, parece sencillo decir que por las personas jurídicas de existencia posible

2339. Jofré, Tomas, *Manual de Procedimiento Civil y Penal*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1922, T. III, p. 135.

2340. Fornieles, Francisco, "La representación de las sociedades anónimas para la absolución de posiciones", *LL* 2004-B-1134.

actúan sus representantes, pero hay dos cuestiones que resulta prioritario no olvidar; la primera surge del reconocimiento que en las sociedades comerciales de cierta envergadura, su diversidad operativa impone una división de tareas y de responsabilidades que es incompatible con la posibilidad de que cualquiera de sus representantes legales tenga un conocimiento detallado de todos los hechos vinculados con su actividad; y la segunda está dada por la falta de precisión que rodea al término "representante", en torno a la cual surgen la mayor parte de los interrogantes procesales.[2341] A su vez, desde una óptica exclusivamente procesal, resulta necesario conciliar la norma según la cual es natural que absuelva posiciones aquel que inviste la representación directa de la persona jurídica, sociedad o entidad, con la necesidad de que el acto fuera cumplido por el que conocía los hechos, máxime si había tenido intervención directa en los mismos.

El inconveniente práctico que se quiere resolver es el conocimiento de los hechos que tiene el representante legal y la capacidad de obligar con sus manifestaciones, ambas con el fin de no perder la utilidad de la prueba. Esta es la clave, por lo cual las personas de existencia ideal (privada o pública, pero no estatal) pueden delegar representación societaria en la persona que posee ambos criterios.

Empero –dice Martorell–, hay que destacar que la facultad de reemplazo o elección establecida por el artículo 406 del Código Procesal no es absoluta, ya que el propio legislador se empeñó –a través de la reforma de la Ley N° 22434– en fijarle un límite insalvable, que condiciona la sustitución al ámbito específico de la "representación legal"; esto es, al núcleo de sujetos que cuenten con facultades suficientes, conforme al estatuto o contrato social, para comprometer a la persona jurídica, hallándose autorizados para realizar actos de gestión y de disposición. De este modo, se debe descartar expresamente la posibilidad de que absuelva posiciones válidamente por una persona jurídica un simple mandatario convencional, o aun el abogado o procurador de la empresa nombrado gerente exclusivamente para este fin, aunque cuente con poder para el acto de marras, e inclusive los altos funcionarios de la entidad que no cumplan los requisitos detallados en el

2341. Martorell, Ernesto Eduardo, "La absolución de posiciones por las sociedades comerciales (Problemática que plantea el artículo 406 del Código de Procedimientos)", *LL* 1985-E-829.

párrafo anterior, ya que si hubiera sido la intención del legislador así lo habría establecido, tal como ocurre en el procedimiento laboral por acción del artículo 87 de la Ley N° 18345.[2342]

Por último se debe hacer hincapié en el hecho de que, aunque el representante legal de la empresa no haya sido partícipe directo del hecho contenido en la posición, no por ello se lo dejará de considerar un hecho personal, porque aquel pudo y debió informarse por la vía de comunicación jerárquica establecida por el órgano que integra, y que tanto esta imposición como otras de similar estrictez resultan no solo las que más se adecuan para el logro de una solución científicamente aceptable, sino que son el único modo de evitar que se violen los elementales principios éticos que deben servir de marco a todo proceso, y que a través de actuaciones inescrupulosas se termine por hacer imposible la producción de este tipo de prueba cuando deban absolver posiciones las sociedades.

De todos modos, conviene advertir que el abogado, aun sin haber participado en forma directa en los hechos que se plantean en la posición, puede declarar y confesar lo que corresponda, cuando previamente estuviera debidamente informado por sus representados de los hechos que motivan el proceso.[2343]

499. Elección del absolvente

Al ofrecer la prueba de absolución de posiciones, se puede indicar con nombre y apellido al representante legal de la persona, sociedad o entidad colectiva. Tal facultad no trae mayores inconvenientes cuando se trata de empresas en las que el ponente conoce el rol desempeñado por quien pretende sea el que responda sus planteos, pero no es razonable dejar en manos del mismo tal elección, cuando quien deba absolver elige otro representante. En estos casos, antes que una verdadera oposición –como señala el artículo 406, Código Procesal– hay una

2342. Ibídem, p. 830.

2343. Por eso se ha dicho que es admisible la confesión ficta del representante legal de la sociedad, aunque no recayese sobre hechos de su actuación personal, si versa sobre hechos controvertidos en la litis, de los cuales debía necesariamente tener conocimiento en aquella calidad, a través de las mismas fuentes de información de las que se extrajeron las alegaciones vertidas al contestar la demanda (CNCiv., Sala F, "Argos, Cía. de Seguros c. Empresa de Transportes Ideal San Justo", 28/06/1977, *LL* 1979-D-619 [35.314-S]).

selección del obligado por la persona jurídica, siempre que reúna los requisitos siguientes:

1. Alegare que el elegido por el ponente aquel no intervino personalmente o no tuvo conocimiento directo de los hechos; como los tiene el representante discernido;
2. Indicare, en el mismo escrito, el nombre del representante que absolverá posiciones, y
3. Dejare constancia que dicho representante ha quedado notificado de la audiencia a cuyo efecto éste suscribirá también el escrito.

El juez, sin sustanciación alguna, dispondrá que absuelva posiciones el propuesto. No habiéndose formulado oportunamente dicha oposición o hecha la opción, en su caso, si el absolvente manifestare en la audiencia que ignora los hechos, se tendrá por confesa a la parte que representa (art. 406, cód. cit.).

La elección del absolvente para cumplir la absolución de posiciones se realiza al tiempo de ofrecer la prueba. La designación se debe oponer dentro del quinto día de haber recibido la cédula que notifica la audiencia de confesión. Recuérdese que en el régimen actual, la audiencia coincide con la del artículo 360, de modo tal que la cédula de notificación que informa solo la celebración del acto preliminar no inicia el tiempo de impugnación, sino recién cuando el oferente de la prueba cumpla con la carga de notificar el emplazamiento con su apercibimiento en caso de incomparecencia.

Hay dos corrientes sobre los efectos que tiene la oposición. Cuando ella no se realiza y absuelve quien conoce los hechos pero no en forma directa, porque no le son personales y conoce de oídas, algunos sostienen que corresponde desechar la prueba sin otra consecuencia, porque el conocimiento indirecto sobre hechos no personales no puede ser admitido como confesión.[2344]

Otros, en cambio, afirman que haya habido o no oposición, para cumplir con la prueba confesional la persona debe seleccionar al representante legal que intervino personalmente o que tuvo conocimiento directo de los hechos. Si luego declara no saber sobre lo que se plantea para

2344. CNCiv., Sala C, "Vallejos, Darío I. c. De los Constituyentes S.A. de Transportes", 03/02/1998, *LL* 1998-D-111; *RCyS* 1999-889.

que reconozca, corresponde aplicar el párrafo final del artículo 406, que indica que la manifestación del absolvente que desconoce los hechos supondrá tenerlo por confeso al tiempo de dictar sentencia.

Por tanto, dice Palacio, siempre que el representante propuesto por la parte interesada tenga mandato suficiente para obligar a la persona jurídica, sociedad o entidad colectiva de que se trate, y las respectivas facultades encuadren en los términos del estatuto o contrato social, el ponente no puede objetar la opción ni el juez desestimarla. Es obvio, por lo demás, que el efecto previsto por el apartado final del artículo 406 opera tanto en el caso de que el absolvente propuesto manifieste ignorar los hechos en cuanto el que no comparezca a la audiencia designada, o compareciendo, rehúse responder o lo haga de una manera evasiva (art. 417 CPCCN).[2345]

500. Absolución de posiciones

La citación para absolver posiciones es el nombre técnico de cómo se practica la confesión judicial. Las crisis humanas que el proceso ventila representan una colisión con intereses encontrados. Los enfrentamientos pueden tener múltiples explicaciones (escasez de los bienes de la vida; sometimiento de los débiles; ley del más fuerte; miserias del hombre; etc.), pero la búsqueda de respuestas, por lo común, se orienta desde el concepto de lucha (bilateralidad y contradicción del proceso ordinario), donde perviven resabios de la habilidad grecorromana para utilizar el arte de la oratoria.

Consecuente natural es el ocultamiento de la verdad; cada pretensión de partes constituye una versión "acomodada" de los hechos. En suma, la difícil misión del medio de prueba presente consiste en perseguir que se reconozca o admita como cierta la versión que una parte le atribuye a la otra, logrando así el cumplimiento de la máxima "a confesión de parte relevo de prueba". No obstante, la prueba superior que importa considerar a la confesión como la *probatio probatissima* está en franco retroceso y ha desvalorizado el alcance que tuvo en sus orígenes, cuando fue considerado en el marco de un proceso menos técnico pero mucho más severo con las actitudes morales.

2345. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. IV, pp. 519-520.

Hoy día, antes que un problema de constitucionalidad, el de la absolución de posiciones es un conflicto de eficacia, especialmente cuando la jurisprudencia dominante relega el valor de las ficciones eludiendo que se sobrepongan sobre la realidad. Esto sucede en particular respecto a la confesión ficta, pues a diferencia de lo que ocurre con la confesión judicial expresa que constituye plena prueba, autoriza a formular un juicio de valor adecuado a la ponderación conjunta de la prueba, como unidad integrada.

Además, la confesión prestada en juicio tiene una práctica demasiado ritualista que permite eludir con facilidad el reconocimiento de la verdad que se pretende por el oponente (ponente). En los hechos, basta con declarar a todo que no es cierto (negativas del absolvente), porque no hay sanción alguna para quien vulnera la promesa o juramento de decir verdad.

500.1 El juramento en la práctica de la prueba

Las posiciones se formularán bajo juramento de decir verdad y deberán versar sobre aspectos concernientes a la cuestión que se ventila (art. 404, Cód. Proc.).

La redacción ofrecida no solo es imprecisa, sino que engaña con la fórmula del juramento para decir verdad, así como la relación a las "cuestiones ventiladas", que es una frase carente de estilo y rigurosidad técnica.

Esto se afirma porque el juramento y la confesión en juicio son dos instituciones radicalmente distintas, que tienen un origen histórico diverso, descansan en fundamentos dispares y tienen un valor y eficacia contrarios. No debe extrañar, por consiguiente, que tanto en el *Code Civil* francés como en el *Codice Civile* italiano se regulen como medios de prueba diversos.

La explicación auténtica de la unificación de ambas instituciones parece surgir de autores y leyes antiguas que atendían como dos medios de prueba tan similares que terminaron confundiéndose, hasta llegar a usar el juramento como una cuestión formal que acompaña a la confesión que se presta, derivando así que el elemento demostrativo en juicio no es el juramento, sino la confesión.

Si bien es cierto que entre juramento y confesión judicial existen claras semejanzas, la principal de las cuales es la relativa a los sujetos,

las diferencias existentes entre ambos son tan esenciales que impiden cualquier equiparación. Hay dos tipos de juramento, el *decisorio* y el *estimatorio*. El primero se aplica al llamamiento que hace una de las partes a la otra para que se decida un conflicto entre ellos bajo la fórmula del juramento; se trata de concentrar el fallo a la declaración jurada que dé la parte a quien lo defiere, dejando la causa con un acuerdo de cosa juzgada y como si fuera una transacción.

El juramento estimatorio se usa para darle un valor a la cosa en controversia o para atribuir un precio al daño reclamado. Mientras el juramento decisorio encuentra su fundamento remoto en el *iusiurandum voluntarium* del derecho romano y en el juramento germánico (Eid) la confesión en juicio empalma con la *confessio apud iudicem* del derecho romano. Incluso el Título XI, de la Partida III estudiaba minuciosamente las diversas especies de "jura"; mientras el Título XIII regulaba la *conocencia* en términos distintos a los señalados.

En suma, en el juramento *estimatorio* la ley defiere al acreedor la facultad de estimar en dinero el derecho demandado y, en el juramento *decisorio*, llamado también, deferido por la ley o *supletorio*, se faculta al juez para pedir el juramento a una de las partes, a fin de suplir una prueba que por renuencia de la parte contraria no pudo ser practicada

La evolución del derecho ha suprimido el juramento. Si la fuerza del juramento fue tomada de convicciones religiosas, que tiempo después llevó a las sanciones por perjurio, se comprende de dónde llega la regla que tiene al juramento como pauta legal y no de perjuicio. Pero como en esta etapa también se usaba la prueba de confesión, que podía prestarse sin juramento, el caso inverso era impensable, porque era la causa misma de la acción.

En la práctica actual la declaración se presta bajo juramento (en caso de personas que admitan una fe religiosa) o promesa de decir verdad (principio de moralidad procesal, que supone actuar con lealtad, probidad y buena fe con su oponente), y en caso alguno supone afectar el principio constitucional según el cual nadie está obligado a declarar contra sí mismo (art. 18, CN), el que solo rige en materia penal. Por tanto, formular una posición bajo juramento o promesa de decir verdad debe asentarse sobre el deber de las partes de actuar con lealtad, probidad y buena fe.

500.2 Notificación de la audiencia

El que deba declarar será citado por cédula, bajo apercibimiento de que si dejare de comparecer sin justa causa será tenido por confeso en los términos del artículo 417 del Código Procesal. La notificación debe llegar con tres días hábiles de anticipación por lo menos. En casos de urgencia debidamente justificada ese plazo podrá ser reducido por el juez, mediante resolución que en su parte pertinente se transcribirá en la cédula; en este supuesto la anticipación en su diligenciamiento no podrá ser inferior a un día.

La parte que actúa por derecho propio será notificada en el domicilio constituido. Quien lo haga con patrocinio letrado debe recibir la notificación en su domicilio real. En ambos casos, el acto de comunicación se cumple con la persona que se encuentre. Esto es así, toda vez que la ley no exige que la citación para absolver posiciones se verifique personalmente con la persona del citado, bastando que la diligencia de notificación, en ausencia del interesado, se entienda con persona de la casa, conforme la norma general del artículo 141 del Código Procesal.

No procede citar por edictos para la absolución de posiciones, porque la modalidad está prevista para personas ausentes o con domicilio desconocido. Si ello sucediera en el curso del proceso, la parte contraria podrá plantear la rebeldía y notificarlo en los términos del artículo 59, párrafo segundo; mientras que, de estar ausentes con anterioridad a la traba de la litis, la notificación se practica en el despacho del defensor oficial.

Esta comunicación se concreta aunque el domicilio real esté fuera de la jurisdicción del juzgado, correspondiendo diligenciar en el último denunciado en el expediente, que subsiste mientras no se denuncie otro.

Si la notificación debiendo hacerse en el domicilio real se realiza en el constituido y por ello la parte no concurre, la parte que se equivocó no puede requerir los efectos de la incomparecencia, a pesar de estar presente el abogado de la parte; pero esta no podrá articular pedido alguno de negligencia probatoria, porque sería como aprovecharse de un error procesal intrascendente.

Del mismo modo, si existe error de notificación pero ambas partes concurren a la audiencia preliminar (art. 360) es facultad del juez tomar la absolución de posiciones, evitando nulidades de eventual planteo posterior.

La comunicación de la audiencia es formal pero no tiene a la cédula como única fuente pues tras la reforma introducida por la Ley N° 25488 se permite cumplir a través de otros medios fehacientes como: a) acta notarial; b) telegrama con copia certificada y aviso de entrega; o c) carta documento con aviso de entrega.

Ahora bien, la notificación de la audiencia efectuada sin la debida antelación, esto es en un tiempo menor al de tres días, no es suficiente para provocar el efecto de la confesión ficta. Algunas veces, la notificación practicada en el mínimo intervalo puede provocar contradicciones con otros términos más amplios, como ocurre con el derecho de oposición previsto en el artículo 406 que es de cinco días, habiéndose resuelto que ambos plazos deben conjugarse dando preferencia al plazo mayor y suspendiendo la audiencia de absolución de posiciones.[2346]

Cabe recordar que para la citación a absolver posiciones no rige el procedimiento de la "notificación bajo responsabilidad de la actora", que es exclusivo de la notificación del traslado de la demanda sobre la base del texto del tercer párrafo del artículo 339 del Código Procesal.

500.3 Notificación y apercibimiento

Toda notificación de la audiencia de absolución de posiciones debe informar que la ausencia injustificada será considerada una confesión sobre los hechos personales, teniendo en cuenta las circunstancias de la causa y las demás pruebas producidas. En la cédula bastará indicar que la notificación se practica bajo apercibimiento de lo dispuesto por el artículo 417, que podrá incluirse en el texto del acto de comunicación.

Sin embargo, esta conclusión no es pacífica debiendo resolver varias situaciones posibles: a) que se omita el apercibimiento; b) que se indique pero sin transcribir el artículo 417; c) que la cédula no contenga el apercibimiento y el citado no concurra, etc.

Chiappini sostiene que si el citado comparece y declara, el defecto de la cédula queda purgado y se subsana la nulidad, por convalidación. En cambio, si la cédula no transcribe el apercibimiento y el citado no concurre, se interpreta que no procede la confesional ficta.

> … respecto a esta doctrina queda pendiente si lo inconducente de la notificación debe ser postulado por la parte ausente o el juez puede obrar

2346. CNCiv., Sala F, "La Rural, Cía. de Seguros c. Rojo, Osvaldo", 08/02/1978, *RED* 12-653, sum. 1.

> hasta de oficio. No menos resbaladizo es el problema si la confesión ficta, que deriva de una presunción, que es una confesión tácita (genera un silencio eventualmente comprometedor: artículo 919 del Código Civil), en la sentencia gravita de oficio o bien solo "si el interesado lo pidiese".[2347]

La tesitura que pareciera más dogmática exige siempre el apercibimiento ya que la parte debe conocer con certeza cuál es la gravedad ante la ausencia, y si no concurre no se puede tener a las posiciones como absueltas en rebeldía. En este sentido se pronuncia Vénica cuando dice que

> A diferencia de los apercibimientos en general, en el caso del artículo 222 [Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Córdoba] las consecuencias que acarrea el incumplimiento de la citación deben estar transcriptas en la misma cédula. Si son omitidas la notificación no surte efectos, de modo que no se produce la confesión ficta.[2348]

500.4 Reserva del pliego. Incomparecencia

El artículo 410 del Código Procesal dice:

> La parte que pusiese las posiciones podrá reservarlas hasta la audiencia en que deba tener lugar la declaración, limitándose a pedir la citación del absolvente. El pliego deberá ser entregado en secretaría media hora antes de la fijada para la audiencia, en sobre cerrado al que se le pondrá cargo. Si la parte que pidió las posiciones no compareciere sin justa causa a la audiencia, ni hubiese dejado pliego, y compareciese el citado, perderá el derecho de exigirlas.

Cada parte tiene la carga de someterse a la absolución de posiciones que la otra parte le pida, cuya ausencia al acto no puede favorecerla, por la simple razón de haber negado los hechos contenidos en el pliego, con anterioridad.

De esa manera se estaría liberando a cada parte de una carga procesal explícita; se configuraría un elemento de inutilidad de la prueba confesional y quedaría consagrada una situación favorable para la parte que, mediando una negativa genérica, se sustrae a las consecuencias de la prueba de que se trata.

2347. Chiappini, Julio, "La citación para absolver posiciones que omite apercibimientos", *LLC* 2005 (octubre), 965.

2348. Vénica, Oscar Hugo, *Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Córdoba*, Córdoba, Lerner, T. II, 1998, p. 376.

Por eso, la absolución de posiciones es un medio de prueba disponible para las partes y sujetas a su albedrío mientras cumplan con las formalidades necesarias para su cumplimiento. El pliego de posiciones es la manifestación escrita de las posiciones que la parte ponente exige que el absolvente reconozca como cierto. Sin embargo su agregación no es contemporánea con el ofrecimiento de la prueba sino hasta media hora antes de la celebración de la audiencia.

Este pliego consagra, a nuestro entender, una de las proyecciones más elocuentes del ritualismo estéril e inútil que tiene nuestro código. Basta observar el cumplimiento de la prueba para ver la inoficiosidad que importa, donde parece importar, únicamente, la zancadilla al contrario para que confiese por error aquello que es producto de un "es cierto" involuntario, antes que una meditación razonada de lo que se está diciendo.

Inclusive, el mismo sistema reconoce la precariedad de la prueba cuando relativiza la confesión provocada sometiéndola a las demás circunstancias de la causa y otras pruebas producidas (art. 417, Cód. Proc.).

¿Qué sentido tiene acompañar un pliego de posiciones en un proceso que se pretende oral? ¿Para qué agregar documentación a la audiencia cuando todo se puede cumplir, en presencia del juez, con medios técnicos más precisos y eficaces que el relevamiento por escrito que supone el acta judicial?

Obsérvese la inconsistencia de esta prueba, cuando la eficacia probatoria depende más del formalismo que de la voluntad espontáneamente declarada. Por eso, se afirma que no presentado el pliego de absolución de posiciones, la incomparecencia del demandado a la audiencia no produce su confesión ficta, pues no corresponde, en ausencia de pliego, tener por reconocidos los hechos aducidos en la demanda.[2349]

En nuestra opinión, la prueba de confesión debiera sustanciarse totalmente en forma oral, con la presencia del juez dirigiendo y controlando, y sin necesidad de tener escritos donde asentar preguntas o respuestas (cfr. art. 125, incs. 5 y 6, CPCCN). De todas formas, la

2349. CNCiv., Sala B, "F., B. G. D. c. F., M. E.", 18/11/1997, *LL* 1998-C-47. Asimismo, se observa que pese al principio general que rige la confesión ficta, la inasistencia del presidente de la asociación demandada a la audiencia en la que debía absolver posiciones, no es suficiente para tener por absuelto íntegramente el pliego si en el mismo las posiciones no siempre atañen a "puntos controvertidos que se refieren a la actuación personal del absolvente", como lo exige el art. 411 del Cód. Proc. (CNCiv., Sala A, "Salvo, Norberto y otro c. Club Atlético Huracán", 20/10/1981, *LL* 1982-C-148).

tendencia es a eliminar la absolución de posiciones como medio de prueba, prefiriéndose el libre interrogatorio entre las partes.

Tantas son las formalidades que hasta la propia dimensión normativa queda anulada o reelaborada por las aplicaciones de costumbre judicial. Ellas son de tenor diverso; primero, porque la ley adjetiva no obliga al ponente a concurrir a la audiencia fijada para recibir la confesión de su contraria, bastando con que agregue oportunamente el pliego de posiciones. En segundo lugar, porque continúa exigiéndose que el pliego se presente con media hora de anticipación a la fijada para la audiencia, con el fin de evitar la sustitución del mismo cuando se advierte la incomparecencia del absolvente.

Hoy día, si el absolvente fue debidamente citado a la audiencia de posiciones, habiéndose dejado oportunamente el pliego respectivo, la circunstancia de que no se haya labrado acta con la constancia de la incomparecencia del citado no impide el cumplimiento del apercibimiento decretado en el artículo 417 *in fine* ya citado.

La media hora de anticipación con que debe entregarse el pliego de posiciones en secretaría debe computarse desde la hora fijada y no cuando se llamó efectivamente a la audiencia.

En tercer lugar, porque es improcedente la formulación de posiciones a viva voz, teniéndose especialmente en cuenta que la norma vigente sustituyó expresamente la costumbre anterior que no contenía la exigencia de la previa presentación del pliego, procurando evitar la preparación de dos pliegos distintos, uno para el caso de que compareciera el absolvente y otro para el supuesto de que no lo haga.

Es tan grande el ritualismo procesal de esta materia que si el pliego de posiciones se encuentra intercalado en el expediente sin foliatura, se considera que no integra el mismo, y en tales condiciones se ha dicho que debe prescindirse de esa prueba, a menos que se demore la causa hasta que una investigación sanee el vicio formal.[2350]

Finalmente, el sobre y el escrito que lo acompaña deben tener inserto el cargo respectivo, de modo tal que si el pliego se deja en se-

2350. CNCom., Sala D, "Diner's Club Argentina S. A. c. Klein, Edgardo A.", 09/04/1984, *LL* 1984-D-138; *DJ* 984-6-199.

cretaría después de la media hora que establece el artículo 410, no corresponde hacer efectivo al apercibimiento del artículo 417.[2351]

501. Caducidad de la prueba

Las formalidades se exacerban al quedar establecido un supuesto de caducidad automática de la prueba de confesión, que ocurre cuando se omite agregar el pliego, el ponente no concurre a la audiencia, y el absolvente plantea la pérdida del medio ofrecido.

Es decir, que se deben dar tres situaciones continuas: a) que falte la incorporación oportuna del pliego de posiciones; circunstancia que puede convalidar la parte beneficiada con la omisión cuando se pretenda agregar en el preciso momento de comenzar la audiencia. No hay que soslayar que la agregación anterior obedece a que se pretende evitar el aprovechamiento de la ausencia; b) que el ponente no comparezca, de modo tal que esa ausencia unida a la falta de pliego determine la imposibilidad de practicar la prueba. En caso de existencia de pliego la ausencia no invalida la práctica probatoria (cfr. párr. 1 del art. 412, Cód. Proc.), debiendo quedar el control de la prueba en el juez; y c) que el absolvente concurra a la audiencia, quien podrá solicitar la pérdida automática por caducidad.

502. Las formas de la prueba de absolución de posiciones

El ritualismo exasperante de la absolución de posiciones se revela en la suma de requerimientos que tiene para cumplir con sus formalidades.

502.1 Forma de las posiciones

La primera es que deben ser presentadas por escrito, aunque se pueden modificar en el orden, ampliarlas en el desarrollo de la audiencia o sustituirlas en esa oportunidad. El pliego debe comenzar

2351. CNCiv., Sala F, "Libertad Cía. de Seguros c. Microómnibus Ciudad de Buenos Aires -Línea 59- y otro", 19/12/1978, *LL* 1980-A-648, (35.455-S).

señalando que ellas se formularán bajo juramento o promesa de decir verdad (*para que jure y diga como cierto que...*).

Deben ser *claras* y *concretas*, que significa que la pregunta debe ser directa y sin subterfugios, de manera que el absolvente sepa que se trata de un hecho personal sobre el cual debe saber lo ocurrido, y que el ponente está reconociendo como tal al formular la posición.

Este es un precepto imperativo del cual emerge la carga de poner posiciones de modo coherente con la propia volición jurídica y de aceptar el efecto de lo afirmado en ellas, pero su asimilación con la confesión solo procede cuando se trata de una posición cuyo significado no deje lugar a dudas, y no cuando la posición es equívoca y sin relación con el tema medular del pleito.

No contendrán más de un hecho, el que ha de estar vinculado con la cuestión sometida a litigio, y ser *controvertido*, porque de otro modo es un hecho que no necesita de prueba por no estar afirmado, o en caso contrario, por encontrarse consentido. No obstante, es común admitir afirmaciones no controvertidas pero conducentes hacia una finalidad probatoria, porque a pesar de la sacramentalidad con que la prueba actúa, no se pierde de vista que la actuación personal del absolvente puede llevar a posibles esclarecimientos.

Serán *redactadas en forma afirmativa* porque la pregunta supone al mismo tiempo, el reconocimiento que hace el ponente sobre aquello que afirma como posición. Además, se justifica este requisito fácilmente, si se tiene en cuenta que, debiendo ser las respuestas del absolvente afirmativas o negativas, no existe otra manera de obtener ese resultado sino a través de la utilización de proposiciones asertivas.[2352]

El juez podrá modificar de oficio y sin recurso alguno, el orden y los términos de las posiciones propuestas por las partes, sin alterar su sentido. Podrá asimismo, eliminar las que fuesen manifiestamente inútiles (art. 411, CPCCN). Cuando se presenta el pliego de posiciones no hay mínimo ni máximo de posiciones a formular, admitiéndose ampliaciones y aclaraciones sucesivas a la audiencia; pero lo que no puede hacerse es extender irrazonablemente el cuestionario llevando las posiciones a una práctica abusiva del proceso. De darse esta situación, la prudencia del juez consiste en dirigir la audiencia llevándola

2352. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. IV, p. 523.

hacia la persecución de la verdad, y tornando en algún momento de la misma un acto de inquisición en un interrogatorio cruzado tal como lo permite el artículo 415 del orden adjetivo.

Finalmente, el pliego debe llevar la firma de la parte que propone la prueba y de su letrado patrocinante, siendo una nulidad relativa cuando falta una de ellas, o se corrige en la audiencia.

502.2 Forma de las contestaciones

El absolvente *responderá por sí mismo de palabra* dice el artículo 412 del Código Procesal, significando que el reconocimiento o la negación se dirige directamente al juez y en *presencia del ponente*, cuando se encuentra presente.

No puede valerse de consejos ni de borradores, pero asiste a la audiencia con el letrado o representante legal en la causa, quien puede interrumpir la declaración indicando que no conteste por ser una posición impertinente (art. 414, Cód. Proc.).

Tampoco puede utilizar *borradores*, pero el juez puede permitirle consultar *anotaciones, apuntes, nombres que no recuerda, cifras u operaciones contables*, u otro tipo de requerimientos especiales, cuando así lo estime procedente o lo aconsejaren circunstancias especiales.

No se interrumpirá el acto por falta de dichos elementos, a cuyo efecto el absolvente deberá concurrir a la audiencia munido de ellos. Es decir que, cuando necesite utilizar esos documentos de ayuda memoria, deberá tenerlos en la audiencia, porque en caso contrario, la misma no se suspende.

Si fuere el ponente quien pretende aplicar la absolución de posiciones para el reconocimiento de documentación acompañada oportunamente al expediente, es necesario que haga constar expresamente esa circunstancia en el acto de notificación.

En este aspecto, se afirma que si los documentos acompañados por la accionante no han sido cuestionados en su autenticidad por la contraria deben tenerse por ciertos, pero tratándose de contratos y convenios celebrados por ella y terceros y no ser los demandados firmantes de los mismos, aquella circunstancia no implica el reconocimiento de la existencia real y sincera del acto, la que objetada aun de manera genérica

debe ser probada por quien intenta valerse de los mismos, por constituirse en el medio idóneo para dar sustento a la pretensión.[2353]

502.3 Contenido de las contestaciones

Si las posiciones se refieren a hechos personales, las contestaciones deberán ser afirmativas o negativas (art. 413, párr. 1, Cód. Proc.). La presentación sugiere otra lectura, relacionada con la posibilidad de poner posiciones sobre hechos que el absolvente conozca aunque no sean personales.

El sistema tiene en el artículo 404 el objeto de la prueba en los aspectos concernientes a la cuestión que se ventila; el artículo 405, 406, 407 y 411 se refieren a la posibilidad de confesar hechos controvertidos que se refieran a la *actuación personal del absolvente*. Entre ambos aparece una duda ¿se puede absolver sobre hechos de conocimiento personal del absolvente? En su caso ¿no se afecta el derecho de terceros?

El artículo 413 parece indicar que existe la posibilidad de referir posiciones a hechos de otra naturaleza que no sean exclusivamente personales, aunque debe conocer los hechos por las mismas circunstancias que lo involucran. Sin embargo, habría diferencias entre confesar y absolver posiciones. Mientras la primera tiene el compromiso de aportar una prueba para el contrario, mediante el *animus confitendi*, la segunda no puede significar plena prueba sino una fuente indiciaria que se debe complementar con la regla del artículo 417 (circunstancias de la causa y demás pruebas ofrecidas).

En consecuencia, la expresión "hechos personales del absolvente" de los artículos 411 y 417 del Código Procesal comprenden tanto los hechos cumplidos por el propio absolvente como los pasados en su presencia y aquellos acerca de los cuales ha tomado conocimiento y que

2353. C. 1ª. Civ. y Com. Mar del Plata, Sala I, "T., C. B. c. Bolsa de Comercio de Mar del Plata", 01/07/1999, *LLBA* 2000-54. De igual modo, son actos de reconocimiento en prueba confesional, la impresión digital puesta por el trabajador en los recibos de pago, derivada de la aplicación del apercibimiento con que fue citado a confeccionar cuerpo de impresiones digitales, y que por sí solos no resultan suficientes para tener por reconocidos los documentos (C. Civ. Com. y Lab., Presidencia Roque Sáenz Peña, "López, Armando c. Ganaderos S. A.", 09/12/1999, *LL Litoral*, 2000-581). También, el caso de las facturas cuya autenticidad no ha sido determinada mediante reconocimiento del sujeto otorgante; constituyen documentos privados no auténticos que en tales circunstancias carecen de eficacia probatoria alguna, si no se las reconoce mediante absolución de posiciones.

sean relevantes para la resolución de la causa. Además, el artículo 417 limita los efectos de la confesión ficta a los hechos personales del citado y si se trata de hechos que pudieran ser del conocimiento de aquel, la apreciación de la prueba queda sometida al principio general establecido por el artículo 386 del Código Procesal.

De todos modos, la doctrina no es pacífica porque ya hemos recordado que hay dos tendencias en el tema; los que aceptan la posibilidad de confesar hechos conocidos no personales pero representados; y quienes se oponen rotundamente cuando no se tienen conocimientos personales y directos sobre las circunstancias que se quieren confirmar.

El absolvente puede contestar: "es cierto", "no es cierto", "no recuerdo", "no me consta", pero siempre será afirmando o negando el hecho personal que la posición refiere. Tras ello puede agregar explicaciones personales que estime necesarias (art. 413, párr. 2, Cód. Proc.), teniendo en claro que ellas no tienen otro efecto que precisar el alcance que pretende atribuir a su posición en el proceso, pero que de nada sirven respecto a su propia carga de probar.

Cuando indique incertidumbre en las respuestas, el juez no le formulará apercibimiento alguno como era propio del sistema originario del Código Procesal. Simplemente lo tendrá por confeso en la sentencia, si de las demás pruebas rendidas se confirma que la negativa a responder fue una estrategia para eludir lo que debió reconocer o admitir.

El tenor de cada posición involucra una confesión del propio ponente que está afirmando la existencia de hechos, pudiendo el texto de las posiciones, entonces, configurar una prueba concluyente contra su redactor.

Pero, la veracidad de lo afirmado en la posición no debe ser considerada como prueba a favor del absolvente en todos los casos. En efecto, no es vinculante en los términos del artículo 411, párrafo 2 del Código Procesal cuando:

a. Existe discordancia entre las respuestas dadas por el absolvente con lo aseverado en aquellas;
b. Si se pretende hacer valer como una confesión, no puede prevalecer sobre lo que el propio actor postula en la demanda y acredita en el pleito;

c. La confesión de hechos incompatibles debe neutralizarse, pues, de lo contrario, el principio de no contradicción se vería afectado.

503. Oposiciones formales y sustanciales al desarrollo de la audiencia

El desarrollo de la audiencia se cumple a tenor del pliego de posiciones que las partes presentan. El ponente (quien requiere de la otra parte que confirme las afirmaciones que hace) puede encontrar resistencias formales (art. 411, Cód. Proc.) y sustanciales (art. 414, cod. cit.) al formular la posición. Las primeras no impiden que, subsanadas, se proceda a responder; las otras suspenden la contestación.

Son oposiciones formales cuando se observa que el pliego no cumple con los requisitos de forma previstos. La revisión procede a petición de parte, interpuesta al tiempo de abrir el pliego en la audiencia; o de oficio pudiendo el juez eliminar las que fuesen manifiestamente inútiles.

Las oposiciones de fondo se regulan en el artículo 414 al sostener el Código Procesal que

> Si la parte estimare impertinente una pregunta, podrá negarse a contestarla en la inteligencia de que el juez podrá tenerla por confesa si al sentenciar la juzgare procedente. De ello solo se dejará constancia en el acta, sin que la cuestión pueda dar lugar a incidente o recurso alguno.

La negativa a responder puede resultar de una actitud propia o del consejo brindado por el letrado que lo asiste en la audiencia. En ambos casos, la oposición se practica apenas formulada la posición, a sabiendas que de resultar infundada significará un supuesto de confesión ficta que así se declarará en la sentencia.

Por ejemplo, se afirma que a los efectos de acreditar que el vehículo sustraído había sido depositado en el local de la empresa de garaje demandada al momento del hecho, hay elementos que confirman los dichos del testigo si el actor denunció la sustracción al día siguiente en términos que concuerdan con lo declarado por aquel y por lo demás, el representante de la demandada que también se desempeña personalmente en el garaje (aunque no todos los días porque tiene sus "días de

salida"), dice "no sé, no me consta", al preguntársele si en el día determinado el actor dejó estacionado su automóvil en el garaje, pero afirma ser cierto que el demandante concurrió el día siguiente al garaje, no halló el automóvil en el mismo, y que también lo es que el personal del garaje no supo dar a aquel información sobre el paradero del mismo; y cuando el propietario le pregunta si el personal del garaje le informó al absolvente que guardó el vehículo en día y hora determinada, el absolvente en ejercicio del derecho conferido por el artículo 414 del Código Procesal se niega a contestar la posición y se remite a la respuesta dada precedentemente en la cual había dicho que no se ocupaba personalmente del garaje todos los días porque tiene "sus días de salida", es decir, una respuesta difícilmente relacionada con la pregunta que se formuló. Esta singular forma de eludir una respuesta clave para dilucidar el caso impone, en atención a lo injustificado del rechazo, usar del dispositivo contenido en el mismo artículo 414 y tenerlo por confesor del hecho allí indicado.[2354]

504. Causas de suspensión de la audiencia

Solamente para cuestiones excepcionales, cuando sea difícil la postergación de la audiencia, o la misma pueda contraer riesgos en su producción futura (por el peligro intrínseco de la enfermedad del absolvente), se puede ordenar que la absolución de posiciones se realice en el domicilio donde se encuentre quien deba declarar.

El artículo 418 del Código Procesal establece que

> En caso de enfermedad del que deba declarar, el juez o uno de los miembros de la Corte o de las cámaras, comisionado al efecto, se trasladará al domicilio o lugar en que se encontrare el absolvente, donde se llevará a cabo la absolución de posiciones en presencia de la otra parte, si asistiere, o del apoderado, según aconsejen las circunstancias.

Esta es una disposición de práctica inusual y extraordinaria, porque tiene además del inconveniente del traslado de funcionarios y abogados, varias exigencias previas a resolver. Si el lugar se encuentra a más de trescientos kilómetros (300 km) del asiento del juzgado, y

2354. CNCom., Sala B, "Pereda, Héctor F. c. Iglesias, S. A., José B. y otros", 03/08/1979, *LL* 1979-D-574.

fuera dispuesta la celebración del acto, el juez podrá trasladarse hacia allí a pesar de lo dispuesto por el artículo 382 (que refiere el traslado únicamente cuando las actuaciones se practiquen dentro de la jurisdicción, aunque esté fuera del radio asignado), o bien, encomendar al juez de la localidad la práctica de la prueba.

La actuación personal del juez en extraña jurisdicción es posible porque se trata de un acto indelegable por vía de principio, cuya postergación puede acarrear riesgos en su definitiva producción.

La enfermedad deberá justificarse con una anticipación mínima de veinticuatro (24) horas a la audiencia, mediante certificado médico que debe indicar las causas que impiden el traslado. En el escrito se ha de requerir que ella se practique en el lugar donde el absolvente está alojado o internado. De otro modo, la audiencia deberá postergarse (art. 125, inc. 2, Cód. Proc.). Si se comprobase que pudo comparecer, se lo tendrá por confeso (cfr. art. 419 cód. cit.).

La segunda causa de suspensión es la *ausencia del país*. Dice el artículo 421 que

> Si se hallare pendiente la absolución de posiciones, la parte que tuviere que ausentarse del país, deberá requerir al juez que anticipe la audiencia, si fuere posible. Si no formulare oportunamente dicho pedido, la audiencia se llevará a cabo y se tendrá a dicha parte por confesa, si no compareciere.

Si el absolvente tuviera que ausentarse del país, encontrándose fijada la fecha de celebración de la audiencia de absolución de posiciones, o en su caso, la del artículo 360, solamente podrá requerir que se anticipe su producción justificando adecuadamente la imprevisión del viaje. La postergación de la audiencia fue una facultad que derogó la Ley N° 22434 con el fin de evitar maniobras dilatorias del proceso.

505. La declaración por oficio

Como una salvedad al desarrollo verbal de la audiencia, cuando litiga la Nación, una provincia, una municipalidad o una repartición nacional, provincial o municipal, o sus entes autárquicos sujetos a un régimen general o especial, u otros organismos descentralizados del Estado nacional, provincial o municipal o empresas o sociedades del Estado o sociedades con participación estatal mayoritaria nacional,

provincial o municipal, entes interestaduales de carácter nacional o internacional, así como entidades bancarias oficiales, nacionales o internacionales, así como entidades bancarias oficiales, nacionales, provinciales o municipales, la declaración deberá requerirse por oficio al funcionario facultado por ley para la representación, bajo apercibimiento de tener por cierta la versión de los hechos contenida en el pliego, si no es contestado dentro del plazo que el tribunal fije, o no lo fuere en forma clara y categórica, afirmando o negando (art. 407, Cód. Proc.).

En los hechos no existe prueba de confesión, propiamente dicha, cuando ella se practica a través de un medio escrito de carácter informativo como se regula en esta disposición. Hay una situación excepcional que vulnera el principio de igualdad de las partes en el proceso, porque los efectos emergentes de la forma procesal son distintos cuando la declaración por oficio corresponda a los organismos y entidades señalados.

En realidad, la doctrina enfrenta dos sectores del ordenamiento jurídico.

El *derecho administrativo*, encolumnado tras la bandera de Rafael Bielsa, sostiene que la confesión en el juicio contencioso relativamente constituye prueba; porque la confesión prueba contra el administrado o particular que litiga contra la Administración Pública, pero no alcanza al Estado sino al funcionario que se obliga con sus dichos y compromete su responsabilidad personal. Por eso, no hay confesión estricta.[2355]

Por otra parte, el *derecho procesal* interpreta que la prueba es harto favorable para el Estado, a punto de colocar a la contraria en inferioridad de posición. Los entes ideales públicos pasean en el proceso como marqueses del pasado –decía Ayarragaray–[2356] y aún conservan cierta prestancia y gozan en su favor de cierta ancestral simpatía, afortunadamente muy diluida y descolorida. La publicidad y crítica pública les quita mérito a su calidad, y un simple burgués puede mandarlos al traste, que siempre hay jueces en Berlín.

Decía Bielsa que la improcedencia e ineficacia de la confesión de los funcionarios para obligar a la Administración Pública de la cual ellos

2355. Bielsa, Rafael, *Ideas generales sobre lo contencioso administrativo*, Buenos Aires, Lajouane, 1936, p. 163. Del mismo autor, *Sobre lo contencioso administrativo*, Buenos Aires, Castellví, 1954, p. 255; también en *LL* 52-1068.

2356. Ayarragaray, Carlos, "Deben desterrarse las ficciones en el Código Procesal Civil", *ED* 36-944.

dependen no se funda ni mucho menos en el principio de la subordinación del derecho en particular respecto del interés público. La razón es otra, y proviene de la imposibilidad de imponer un interrogatorio a los agentes de la Administración Pública para comprometer con la sola declaración de estos el interés público y el patrimonio del Estado.[2357]

De aceptarlo, se destruiría la base institucional de la competencia de los órganos administrativos y el valor eficacia de las formas esenciales de los actos administrativos, que si son válidos obligan tanto al administrado como al Estado.

En suma, la admisibilidad de la confesión, o la proposición de absolver posiciones en el procedimiento es cuestión que se resuelve con el criterio de investigación de la verdad sobre la base de la documentación administrativa.

Villar y Romero afirma que en los procesos administrativos no puede hablarse de confesión de ninguno de los intervinientes, pues la de la Administración es totalmente improcedente; y en cuanto a la del interesado es absolutamente ineficaz y superflua, porque ya habrá dicho o manifestado todo lo que sabe o le interesa que conste en el escrito o escritos que ha dirigido a la autoridad u organismo administrativo que está instruyendo el expediente; por otra parte, sería muy difícil que se pudieran formular preguntas que se refieran a hechos personales de dichos interesados, observación que es aplicable al caso de que no se trate de quien instauró la acción, sino de terceros intervinientes.[2358]

La jurisprudencia reseña que el artículo 407 se aplica solo en aquellos casos en los cuales los funcionarios son llamados a declarar respecto de hechos relacionados con el cargo que desempeñan, de modo que no constituye una prerrogativa a favor de ellos sino una manera más eficaz de producir la prueba de confesión.[2359] Además, se afirma que el artículo 407, en lo que respecta a la confesión del Estado en caso de que litigue, dispone que "la declaración deberá requerirse por oficio al funcionario facultado por la ley para representarla…", lo que significa que el funcionario contestará por informe, solo puede referirse a

2357. Bielsa, Rafael, *Ideas generales sobre lo contencioso administrativo, op. cit.*, p. 200.

2358. Villar y Romero, José María, "Derecho Procesal Administrativo", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1944, p. 107.

2359. CNCiv., Sala J, "Menem, Carlos S. c. Sokolowicz, Fernando R.", 06/05/1997, *LL* 1997-E-90.

aquella actividad del Estado que no se rige por el derecho público –el Código que la contempla solo intentó regular relaciones privadas–, y por ende, ajeno al procedimiento administrativo y a su impugnación por esta vía judicial (del voto en disidencia del doctor Hutchinson).[2360]

En oposición a la tesis precedente, se afirma que el Código Procesal no contiene diferencias que privilegien al Estado en las conclusiones que se obtengan de la prueba confesional. Siendo así, cada respuesta que verse sobre hechos controvertidos ligará a la Administración en toda la extensión del responde; y si no existe contestación al interrogatorio presentado, la omisión surtirá los efectos de la *ficta confessio*.

Una interpretación diferente supondría consentir una desigualdad entre las partes. Por otra senda, se puede concluir que la respuesta por informe se basa en los hechos que tengan comprobación documental, de manera que la contestación insuficiente (*v. gr.* responder que *no le consta*), la respuesta evasiva (*v. gr. no surge de los documentos confrontados*), o la directa omisión de respuesta deben obligar al juez a ponderar con mayor severidad los efectos de la prueba de posiciones, desde que tal actitud puede servir de base al Estado para el ocultamiento de hechos o circunstancias determinantes para el esclarecimiento de la controversia.

Dice Chiappini que una de las posiciones en esta cuestión sostiene que en materia administrativa la valoración de la llamada confesión ficta debe ser más rigurosa que en el campo del derecho privado; en la medida en que en la mayoría de los casos quien debe confesar es un funcionario distinto de aquel que fuera autor de los hechos discutidos o ante quien hubiesen ocurrido estos. Tal prueba debe concordar con los actos instrumentados ante la propia Administración. Por ello, aun admitiendo que la confesión de la administración resultara extemporánea, las posiciones opuestas por la actora no tienen suficiente valor probatorio de los hechos que se discuten en autos, si no se encuentra probado razonablemente que el funcionario que debía resolver fuera el mismo responsable que ejercía tales funciones al momento de los hechos; por lo que no puede suponerse en el conocimiento de tales

2360. CNFed. Cont. Adm., Sala IV, "García, María A. c. Encotel", 15/04/1986, *LL* 1987-B-596 [37.619-S]; *ED* 119-213.

circunstancias, salvo que ellas se encontraran documentadas, supuesto que resultará de la prueba documental agregada a la causa.[2361]

La jurisprudencia sostiene que resulta conducente en procesos contra el Estado que tramitan conforme a las disposiciones del Código Procesal la prueba de confesión, en la medida que dicho Código no hace distinción alguna respecto a la materia discutida en juicios en que es parte la Nación y siempre que ella verse sobre hechos controvertidos. Una interpretación contraria supondría una desigualdad entre las partes sin sustento legal.[2362]

El Código Procesal prevé expresamente la posibilidad de que se pongan posiciones al Estado, de manera que la conclusión necesaria resultante es que, en principio, es procedente la prueba de confesión por la Administración Pública.[2363]

505.1. Formalización de la prueba

Las particularidades del trámite ocultan la singularidad de la prueba de confesión y desnaturalizan, totalmente, el trámite de la absolución de posiciones. Adviértase que la confesión, para que sea válida, requiere del conocimiento cabal de que mediante ella se suministra una prueba al contrario (*animus confitendi*); motivo por el cual, al estar ausente el elemento subjetivo de la voluntad, no reviste el carácter de plena prueba.

Por otra parte la absolución de posiciones debe versar sobre hechos personales, imputables y suficientes para ser atribuidos a la persona del absolvente. Estos requisitos, no pueden ser cumplidos por los funcionarios públicos (excepción hecha de que se trate de cuestiones que los involucren directamente).

Se podrá contradecir esta afirmación teniendo en cuenta que la declaración que se preste puede no estar referida al hecho en sí mismo, sino al conocimiento que de él tenga quien confiesa; y aun agregar que los representantes de los entes ideales –personas jurídicas– podrían entonces excusarse de responder en cada ocasión de prueba, manifes-

2361. Chiappini, Julio, "La declaración por oficio. Artículo 407 del CPC de Río Negro", *LL Patagonia* 2008 (octubre), 433.

2362. Voto del Dr. Galli. Adhirió el doctor Miguens (CNFed. Conten. Adm., Sala IV, "Beunza, Edgardo L. c. Gobierno nacional", 06/07/1984, *LL* 1984-D-629, con nuestra nota).

2363. "García, María A. c. ENCOTel", *op. cit.*

tando que no les constan los hechos que son puestos a su absolución, dejando en consecuencia de cumplir con la formalidad que la ley impone.

Pero la situación de estos representantes es diametralmente opuesta a la que tienen los funcionarios públicos. La Administración, por su natural complejidad y dimensión multifuncional, impide el conocimiento cabal y efectivo de los hechos, tal como se puede pretender que sean confesados; de manera que la despersonalización obliga al laboreo del antecedente y al tránsito de investigaciones en cada repartición o dependencia involucrada, hasta llegar a una respuesta coherente, o pretendidamente acertada, a la posición que ha sido opuesta.

Este camino genera también la defección en la veracidad del relato, y por tales motivos, se llega a la conclusión de que la única manera de obtener la producción de la prueba de confesión por el Estado se resume en presentar una serie de hechos que en esa versión deben ser reconocidos o desconocidos por medio del *informe* que *testimonia* la respuesta.

Asimismo, como la actividad de la administración se desenvuelve en actos documentados, generalmente la prueba se reduce al compendio de estos y a otorgar el informe sobre la base de estas exposiciones.

Como si estos solo fueran los inconvenientes, no deja de advertirse que también la parte que el Estado representa no tiene vida orgánica, es institucional; no tiene existencia psicológica ni pueden acudir a los vicios del consentimiento.

Sobre esta idea se tiene dicho que las posiciones que absuelven los funcionarios públicos muy rara vez recaen sobre hechos propios y aun cuando así fuere, no cabe exigir que mantengan en la memoria todos los actos en los que hayan intervenido durante su gestión oficial.[2364]

En síntesis, son tan numerosas las diferencias de trámite de la prueba confesional cuando debe prestarla el Estado nacional, provincial o municipal, que no se trata de absolución de posiciones, sino, más bien, de una prueba de tipo *testimonial-informativa*. En consecuencia, no puede existir confesión ficta de la Nación, ni tampoco se puede sancionar con un reconocimiento de hechos, que por otras constancias, o bien, de la misma contestación a la demanda, pueden venir negados o contradichos.

2364. CNFed. Contenc. Adm., 19/04/1966, *LL* 122-537; cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, "La prueba de confesión por el Estado", *LL* 1984-D-629.

505.2 Efectos

Con lo expuesto se confirma la vulneración al principio de igualdad procesal. No hay en la práctica una prueba de absolución de posiciones, sino un sistema de reconocimiento o admisión de hechos que tienen como efecto la verdad o la negativa sobre una versión afirmada.

Internamente, el escrito que testimonia la prueba por oficio tiene las mismas formalidades que se deben completar cuando el juez se dirige a las autoridades nacionales, con el agregado que en el texto se incluirán las posiciones redactadas con el texto tradicional, de tipo inquisitivo (*Jure y diga como cierto…*). En cambio, las respuestas transitan por varias manos y distintas interpretaciones acerca de lo que se debe o no admitir o reconocer. El oficio ingresa por la Mesa de Entradas respectiva, se remite al departamento legal, y a veces a la Procuración del Tesoro de la Nación; luego se prepara un texto que firmará el funcionario requerido, en su calidad de representante legal facultado para investir la autoridad del Estado requerido.

La experiencia indica que el oficio jamás se contesta con la pormenorización que la respuesta impone. En muchas ocasiones, solo se responde con un lacónico "es cierto" o "no es cierto". Todo ello nos lleva a argumentar en contra de esta práctica inútil y dispendiosa.

506. El libre interrogatorio de las partes

El artículo 415 del Código Procesal, en su actual redacción dice:

> El juez podrá interrogar de oficio a las partes en cualquier estado del proceso y estas podrán hacerse recíprocamente las preguntas y observaciones que juzgaren convenientes, en la audiencia que corresponda, siempre que el juez no las declarare superfluas o improcedentes por su contenido o forma.

Ubicar este medio de prueba dentro del capítulo de la prueba de confesión obedece a que en el sistema de práctica anterior, el libre interrogatorio entre partes se desarrollaba a continuación de la prueba confesional, facultando a las partes a extender la audiencia para hacerse preguntas recíprocas o efectuar observaciones bajo el control del juez, que debía estar presente en el acto.

Pero tras la reforma el sistema cobra autonomía poniendo serias dudas respecto a la posibilidad de mantener en la potestad de las partes el desarrollo de la audiencia, porque el Código indica que es el juez quien podrá interrogarlas, y de hacerlo, puede cada litigante cumplir los actos de interrogación y observaciones recién señaladas.

La audiencia pierde así el sentido que antes tuvo, y que marcaba la oportunidad precisa para su desarrollo, porque las cuestiones controvertidas que no se habían reconocido o admitido en las posiciones, podían aclararse en el interrogatorio cruzado cuando las partes utilizaban este mecanismo. No obstante, cabe señalar que es cierta la crítica que apuntó hacia la poca frecuencia que tenía el uso de esta facultad procesal; y que viene ahora a recobrar actualidad al dejar solamente en manos del juez la posibilidad de su desarrollo.

506.1 Antecedentes

Trabajar a las partes como testigos de los hechos fue común en los procedimientos de Grecia y Roma imperial, que impactaron fuertemente en la legislación de las Leyes de Partidas (Ley 3, Tít. XIII, Partida III) y se consolidaron con el Código de Procedimientos Civiles francés de 1807 que fue antecedente directo en las primeras leyes procesales.

Dice Kielmanovich que

> En el derecho romano lo encontramos en el procedimiento de las *legis actiones*, aun cuando su desarrollo corresponde más bien al período Formulario –época de oro de este derecho– que reemplazó al primero, de carácter rigurosamente formal. En efecto, en esta nueva etapa *el juez se sienta ya con amplísima libertad a juzgar entre las partes, no debe atender más que a su conciencia; y, por tanto, todo lo que las partes deben ejecutar ante él y cuanto el juez debe inquirir además por su propia iniciativa, ha de ir dirigido a iluminar su conciencia*. Así observamos entonces al "magistratus" otorgar al actor la *interrogatio in iure*, facultad de preguntar al demandado acerca de aquellos hechos que fueran pertinentes para la regulación de la relación procesal, debiendo éste contestar obligadamente o sufrir las desfavorables consecuencias de su silencio. Conviene aclarar que en un primer momento el criterio para conceder dicha *interrogatio* era limitado, pero posteriormente fue ampliándose por obra del pretor. Ya en la etapa *in indicio* del juicio vemos que al lado de los largos discursos del actor y demandado (orationes) se sucedían "diálogos vivos entre las partes"

que se llamaban *altercaio*, cuya duración luego hubo de ser limitada. Más tarde, y en el procedimiento de las *extraordinariae cognitiones* en el que por obra de las constituciones imperiales y de la jurisprudencia se restringe el arbitrio judicial reaparece la *interrogatio in iure* pero ya no simplemente para fijar los términos de la litis (como en el sistema formulario), sino que como medio de excitar a la parte contraria –luego de la *litis contestatio* (antes era previa)– a confesar. Es una pregunta hecha para escuchar la respuesta que daba la otra parte y con la que quedará comprometida. Modernamente aparece consagrado en la Ley de Procedimiento Civil para el Cantón de Ginebra (Código Ginebrino), en su artículo 10º del Tít. I, y en el Código de Procedimientos Civiles Francés de 1807, en el que se observan claramente dos medios de provocar la confesión: el interrogatorio *sur faits et articles*, similar a nuestras posiciones, y la *comparution personnelle* (comparecencia personal) del artículo 1º 119 –interrogatorio libre– en el que *las partes formulaban las preguntas que estimaban oportunas*, o el juez las interrogaba de oficio. La Ley de enjuiciamiento española de 1855 –tomada como modelo por nuestro legislador– no contemplaba dicho medio (el interrogatorio libre), por lo que podemos concluir con Alsina que la norma del artículo 131 del Código Procesal sancionado para la Nación por Ley N° 1144, fue tomada del Código Procesal Francés, para ser posteriormente reproducida en el artículo 415 del Cód. Procesal para la Nación (Leyes 17.454 y 22.434).[2365]

506.2 Oportunidad procesal

El artículo 415 permite *en cualquier estado del proceso* convocar a las partes para que el juez las interrogue, y puedan entre ellas hacerse preguntas recíprocas. Adviértase para ello que la norma indica que el acto se desarrollará *en la audiencia que corresponda*. Tengamos presente que el artículo 360, inciso 4 dice que la prueba confesional se concreta al tiempo de la audiencia preliminar, donde la presencia del juez es indelegable; de modo tal que, *prima facie*, puede ser esta la mejor oportunidad para que se practique el libre interrogatorio.

Después de esta ocasión, únicamente el magistrado interviniente en la causa puede convocar a las partes y esperar de ellas las aclaraciones necesarias, habilitando preguntas recíprocas, previamente

2365. Kielmanovich, Jorge, "El libre interrogatorio de las partes en el proceso civil. (A propósito del artículo 415 del Código Procesal)", *LL* 1984-A-963.

controladas para evitar que sean superfluas o improcedentes por su contenido y forma.

Nos permitimos criticar esta parte de la reforma porque le quita dinamismo a la audiencia, e impide resolver la dureza técnica de la absolución de posiciones, donde no siempre resulta sencillo formular las cuestiones en términos afirmativos.

Por otra parte, si el valor del libre interrogatorio era su informalismo controlado, con la actual redacción se puede volver a un acto solemne y ritual de poca utilidad si no consigue la presencia ineludible del juez.

506.3 Contenido

La autonomía de la prueba permite desprenderla de las formas y contenidos de la absolución de posiciones, coincidiendo así con Kielmanovich cuando afirma que

> … el contenido de las preguntas puede referirse inmediatamente a los hechos que interesan a la causa (arts. 364 y concs., Código Procesal), y a los que sirvan para aclararlos e indirectamente probarlos o desvirtuarlos (*v. gr.* si el demandado alega que pagó, podría preguntársele si lo hizo en efectivo o en cheque) –hayan constituido o no materia de previas "posiciones" o de "preguntas recíprocas"– pero cuidando de que por esta vía no se introduzcan nuevas u otras alegaciones que las fijadas formalmente al momento de trabarse la litis.[2366]

Sin embargo, la aplicación de oficio debe encontrar el límite de las medidas para mejor proveer, con el fin de actuar el interrogatorio cruzado con fines de esclarecimiento, antes que como prueba no producida por las partes.

Por último, señala el autor antes referido que la incomparecencia, el silencio y el contenido de las respuestas, habrán de ser valoradas libremente por el juez (arts. 163, inc. 5, 3ª parte; 386 y concs., CPCCN y 263, CCyC), con excepción de aquellas declaraciones que puedan constituir propiamente confesión judicial, en cuyo caso serán de aplicación las normas contenidas en los artículos 417 y 423 ya citados.[2367]

2366. Ídem.
2367. Ídem.

Capítulo LXV
Prueba testimonial

507. La prueba de testigos

Testigos son las personas físicas, distintas de las partes, que declaran en el proceso sobre percepciones directas habidas sobre hechos pasados que se discuten en juicio.

En la historia procesal la declaración de terceros ha tenido una preferencia notable como medio de prueba, incluso, sin la necesidad de exponer compareciendo al proceso, tal como lo permitió el derecho griego con el testimonio por escrito. Después, en el derecho romano clásico, se agregó el deber de informar en juicio, aunque justificaban el *testimonium per tabellas*, o declaración escrita y firmada por algunas personas, la cual tenía menos crédito que la manifestación oral.[2368]

En este tiempo, asistir al tribunal era una carga pública de la que solo podían excusarse algunos privilegiados como las personas ilustres que describe Justiniano en el Libro 16, C (*De Testibus*) artículo IV, 20. Igualmente la declaración fue oral pero prestada en el domicilio.[2369]

Al ser estos procedimientos orales, el testimonio de terceros tenía gran respeto, siendo la posibilidad de presentar testigos ilimitada en su número. En el Bajo Imperio, con el sistema extraordinario, perdió un poco su notoriedad, limitándose el número a los que los jueces estimen necesarios, aunque Justiniano reconocía que a veces es el único medio de prueba con que se cuenta, para sacar a la luz la evidencia. Cuando varios testigos coinciden en su declaración se llaman testigos contestes, y la prueba alcanza más crédito.

2368. Lessona, Carlos, *Teoría General de la Prueba en Derecho Civil, Libro quinto (de la prueba testifical)*, *op. cit.*, p. 7.

2369. Son oídos en sus domicilios los soberanos de los Estados confederados, los miembros de su familia y los miembros de los parlamentos o consejos del rey, más aquellos que el emperador o el soberano de cada Estado apruebe (Ibídem, p. 8).

Con el derecho romano canónico se introduce la confianza en el testimonio, en el sentido de considerar que el deber de veracidad implícito en la declaración del testigo acrecía el valor de la prueba, incluso, superando a la instrumental. El derecho francés del siglo XIV escoge al testimonio en lugar de la prueba escrita; y el derecho español anterior al siglo XVII también le dio un lugar prominente.

Dice Caravantes que

> Bien considerada la prueba de testigos es una de las más peligrosas, porque en las demás puede el juez engañarse a sí mismo, pero en esta son los testigos los que pueden engañar al juez. Sin embargo, estos inconvenientes no han parecido ni debido parecer suficientes para proscribir esta prueba, pues de haberse proscripto, hubiera quedado privada la justicia del principal y a veces del único medio de investigación, teniendo que paralizarse su acción por mil obstáculos que hubiera encontrado al paso. Así, pues, los legisladores modernos, siguiendo aquel principio fundamental de Bentham, en su *Tratado de las pruebas judiciales*... "no excluyáis ningún medio de prueba por el solo temor de ser engañados, sino meditadlo y pesadlo bien" no han hecho más que dirigirla y reglarla del modo más conveniente para que dé por resultado la verdad.[2370]

De este modo se emplaza al testigo como una pieza ineludible para construir la investigación y reconstruir los hechos, siendo problema inmediato resolver quién puede ser testigo, pues no basta con tener conocimiento directo de los hechos que se controvierten, sino que sea posible su declaración.

Inclusive puede ocurrir que siendo testigo de los hechos sea traído al proceso como tercero involuntario, perdiendo así la calidad de ajeno o extraño a la litis. Por lo demás, cabe destacar que en atención a la ajenidad del testigo, no pueden serlo las personas jurídicas ni las partes, puesto que el testimonio de estas últimas debe rendirse mediante el libre interrogatorio previsto por el artículo 415 del Código Procesal; aunque es admisible que un litigante a fin de acreditar un hecho propio ofrezca como testigo a uno de sus litisconsortes.

Finalmente cuadra considerar la capacidad requerida para ser testigo. Cuando ella es por razón de la edad, como en el Código Procesal (art. 426), puede serlo toda persona física mayor de catorce años, de

2370. De Vicente y Caravantes, José, *Tratado histórico crítico y filosófico de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, op. cit.*, T. II, p. 214.

cualquier sexo y nacionalidad. La edad se encuentra referida al momento en que el testigo debe prestar declaración, aunque lo haga sobre hechos acontecidos cuando no tenía la maduración exigida; en cuyo caso, el valor del testimonio queda supeditado al criterio del magistrado.

508. Testigo y declaración extrajudicial

Una de las cuestiones más importantes a establecer en el alcance que tiene ser testigo refiere al problema de reconocer si tienen las mismas reglas las deposiciones extrajudiciales que se vuelcan en actas instrumentales, respecto de las declaraciones vertidas en el juicio donde comparece tras ser citado en la condición de tal.

En otros términos, se debe distinguir el *testimonio*, como aseveración de una cosa cualquiera que comunica una persona o cosa;[2371] de la *declaración testimonial* o *exposición individual del testigo*, que comparece al proceso como medio de prueba. Vale decir, que este último es la fuente de información y el testimonio, el instrumento que se lleva al proceso como medio (prueba documental).

En los registros ante notarios es común asentar declaraciones de terceros que quedan inscriptas en testimonios. Por ejemplo, las llamadas *actas de notoriedad* son exposiciones que realizan dos personas o más, que dan fe ante un funcionario público del conocimiento que tienen sobre una determinada persona (*v. gr.* exposición de solvencia; información de abono sobre cumplimiento de obligaciones, etc., que se presentan en hipótesis cuando se deben acreditar calidades ante una entidad financiera o bancaria a la que se pide un préstamo de dinero). A veces, se trata de un acta mediante la cual se certifica la notoriedad pública relacionada con la existencia de un hecho.

El objetivo de un acta de notoriedad consiste en proporcionar a las personas interesadas un instrumento para probar un hecho basándose en sus derechos o hacer que se reconozcan dichos derechos cuando no se ha entablado acción judicial alguna. Con ello se pretende verificar que dichas personas no tienen contradictor alguno y que no hay posibilidad de recurrir a averiguaciones específicas.

2371. Falcón, Enrique Manuel, *Tratado de la Prueba*, *op. cit.*, T. 2, p. 247.

El acta de notoriedad se levanta, en la mayoría de los casos, a los fines de designar los derechohabientes de una herencia. A este respecto, el acta engloba la notoriedad de varios hechos (fallecimiento, filiación y testamento), así como las consecuencias jurídicas que se derivan de tales hechos (transmisión hereditaria y derecho de los herederos). Provistos de este tipo de actas, los herederos pueden dirigirse a las entidades bancarias para retirar los importes de dinero dejados por el difunto o para solicitar que se abran las cajas de caudales donde este haya conservado sus valores o títulos. El acta de notoriedad puede igualmente ser otorgada por otros motivos; por ejemplo, con el fin de certificar simplemente la identidad de una persona.

En el Código Civil y Comercial (art. 311) se indican como requisitos los siguientes:

> Requisitos de las actas notariales
> Las actas están sujetas a los requisitos de las escrituras públicas, con las siguientes modificaciones:
> a. se debe hacer constar el requerimiento que motiva la intervención del notario y, en su caso, la manifestación del requirente respecto al interés propio o de terceros con que actúa;
> b. no es necesaria la acreditación de personería ni la del interés de terceros que alega el requirente;
> c. no es necesario que el notario conozca o identifique a las personas con quienes trata a los efectos de realizar las notificaciones, requerimientos y otras diligencias;
> d. las personas requeridas o notificadas, en la medida en que el objeto de la comprobación así lo permita, deben ser previamente informadas del carácter en que interviene el notario y, en su caso, del derecho a no responder o de contestar; en este último supuesto se deben hacer constar en el documento las manifestaciones que se hagan;
> e. el notario puede practicar las diligencias sin la concurrencia del requirente cuando por su objeto no sea necesario;
> f. no requieren unidad de acto ni de redacción; pueden extenderse simultáneamente o con posterioridad a los hechos que se narran, pero en el mismo día, y pueden separarse en dos o más partes o diligencias, siguiendo el orden cronológico;
> g. pueden autorizarse aun cuando alguno de los interesados rehúse firmar, de lo cual debe dejarse constancia.

508.1 Valor probatorio de las actas notariales

El Código Civil y Comercial explica que son "actas" los documentos notariales que tienen por objeto la comprobación de hechos (art. 310). Son labradas por escribano o funcionario público autorizado y se emiten a petición de quien desea dejar constancia de un hecho, declaración o verdad expresada.

El valor probatorio de ellas lo indica el artículo 312:

> El valor probatorio de las actas se circunscribe a los hechos que el notario tiene a la vista, a la verificación de su existencia y su estado. En cuanto a las personas, se circunscribe a su identificación si existe, y debe dejarse constancia de las declaraciones y juicios que emiten. Las declaraciones deben referirse como mero hecho y no como contenido negocial.

La doctrina comenta este artículo diciendo:

> El valor probatorio de las actas coincide con el valor probatorio de los instrumentos públicos en general. No obstante, el artículo se refiere al valor probatorio de las actas como una especie del género instrumento público. Se sostiene que las actas prueban los hechos que el escribano tiene a la vista. Es decir, el escribano puede dar fe solamente de aquello que percibe por sus sentidos y del conocimiento que adquiere sensorialmente; por eso, verifica la existencia de lo que observa y escucha. Constata el estado de un acontecimiento. Con relación a las personas requirentes o convocantes del escribano para que se labre el acta, es función principal la identificación de aquellos y también asentar en la hoja de protocolo sus declaraciones. Estas resultan meros hechos que carecen de contenido negocial.
>
> Si bien esta normativa se apartó de su fuente (artículo 288 del Proyecto de Código Civil de 1998), que solo admitía el valor probatorio de los instrumentos públicos a las actas protocolares, mientras que el artículo bajo comentario no lo hace, parece razonable afirmar, en clave con las leyes notariales, que las actas requeridas a los escribanos constituyen documentos matrices que deben extenderse en el protocolo, siempre que no exista disposición legal que establezca otra formalidad. Por tanto, las actas tienen valor probatorio como instrumento público que admite prueba en contrario.[2372]

2372. Herrera, Marisa; Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, op. cit.*, T. I, p. 503.

508.2 Exposiciones informativas

Otro modelo son las *exposiciones informativas*, o declaraciones de igual carácter que son las manifestaciones que a falta de motivo suficiente para sospechar de una persona o cuando su conducta no fuera punible, esta debe prestarla a modo de testigo sin juramento pero con las garantías atribuidas al imputado, lo que significa la posibilidad de que un individuo se presente espontáneamente, o sea llamado a formular una exposición simple sobre los hechos objeto de la investigación, exponiendo sin adquirir la condición de "indagado" pero dada su calidad de "simple imputado" tampoco será testigo en sentido procesal.

Esta figura tiene su antecedente en el viejo Código Procesal Penal de la Nación que introdujo la figura del *imputado no procesado* en el artículo 236, segundo párrafo; el cual sigue al antiguo Código Procesal Penal español donde la mera convocatoria de una persona a declarar –aun no habiendo motivo suficiente para sospechar– significaba atribuirle la calidad de "imputado"; de este modo, asumía este carácter a raíz de la leve o dudosa sospecha sobre su participación en un hecho delictuoso; carácter que determinaba su diferenciación del imputado procesado. Recién en las codificaciones modernas, la declaración indagatoria aparece sin contaminaciones inquisitivas, donde por el hábil interrogatorio y aun por la tortura, se buscaba obtener la confesión del imputado y la prueba informativa sobre los hechos, negándosele el derecho de defensa.

También, cuando se realizan *exposiciones de constancia*, llamadas así a las manifestaciones voluntarias de aquellas personas que quieren dejar testimonio escrito sobre un hecho pasado (*v. gr.* abandono del hogar del cónyuge; pérdida de documentos, etc.), son declaraciones prestadas sin obligación que tienen forma de testimonio, aunque el que las realiza no sea testigo.

Igualmente, y entre múltiples situaciones, aparece el creciente empleo de las tecnologías de la información y, con ellas, la consiguiente eliminación de las fronteras en cuanto a la contratación, la negociación de bienes virtuales, los soportes digitales en los que se concretan hechos y actos jurídicos.

La negociación virtual trae una nueva forma de testimonio, donde la actividad notarial da fe de las declaraciones de voluntad contenidas en páginas *web*, o bien, para elaborar actas de los contratos

informáticos y de la etapa precontractual; los contratos telemáticos, así como las manifestaciones telemáticas de compra y entrega con declaraciones-obligaciones, pueden llegar a incorporarse a un proceso judicial y, por tanto, encontrarnos que no tenemos más medio probatorio que la declaración admitiendo los hechos, verificada por un litigante fuera y antes del proceso.

En Argentina hay un vacío legal respecto a las declaraciones extrajudiciales; por otro lado, el comercio transfronterizo, que utiliza formas de contratación electrónicas y telemáticas, se está viendo interaccionado por el derecho de otros países (*lex mercatoria* transnacional), y la normativa creada por las partes contratantes intervinientes (*ius retis*), a través de documentos electrónicos que pueden derivar en litigios. A la hora de resolver estos, un juez, en el uso de la potestad jurisdiccional no puede: desconocer los avances tecnológicos, ni el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes admitidos en el perfeccionamiento de la contratación, o en el derecho de una de las partes –toda pretensión invocada en un juicio debe ser acreditada mediante las reglas dadas por el derecho probatorio de cada país–, ni de las declaraciones realizadas en documentos electrónicos, ya que pueden ser las únicas pruebas de las que se dispongan, que se verán desnaturalizadas al tener que introducirlas al proceso menguadas de eficacia probatoria al no poder tener en cuenta los hechos confesados en los documentos electrónicos, cintas de vídeo, cintas magnetofónicas, DVD, CD-rom, etcétera.

En estos medios, que pueden recoger una espontánea confesión extrajudicial –ya sea verbal, con imágenes o por escrito– es donde se puede encontrar la verdad de la cuestión litigiosa, ya sea por una imprudencia en las conversaciones o la exteriorización espontánea de palabras plasmadas, por ejemplo, en un correo electrónico, manifestando querer abonar el precio pactado y la conformidad con lo adquirido una vez recibido y desembalado.

Por otra parte, son numerosas las actividades realizadas por los notarios relativas a declaraciones de personas o narraciones sobre ciertos hechos del lugar, presencias, actos de exhibición, entrega, declaraciones de las partes en su realidad fáctica, en la lectura de firmas, etcétera, recogidas en soporte electrónico, que se conforman fuera del proceso y contienen declaraciones confesorias amparadas por la fe pública, que en vía jurisdiccional –por el vacío de nuestra legislación– no

tienen virtualidad de prueba más que como indicios, cuando realmente constituyen declaraciones testimoniales.

En suma, la declaración aportada fuera del proceso, en forma voluntaria y al solo y único efecto de dejar asentado en forma escrita lo sucedido, es una declaración testimonial de un persona que, con ese acto, preconstituye prueba.

Cuando esa manifestación se lleva al juicio, no es prueba de testigos, sino documental que exige reconocimiento de autenticidad y contenido. Si se niega lo primero, deviene necesaria la convocatoria como testigos de quienes deben ratificar lo expuesto; si se reconoce la autenticidad, la prueba vale como documento y esa será la vara de apreciación probatoria.

509. El testigo es medio de prueba

El testigo lleva al proceso lo que conoció en el pasado por haberlo percibido a través de sus sentidos. Por eso, la prueba testimonial es judicial y las declaraciones extrajudiciales son pruebas documentales. Pero no todas las personas pueden ser testigos.

Es muy interesante la evolución del concepto porque originariamente se dijo que el valor del testimonio provenía de la fuente fidedigna, por lo cual, esa credibilidad no podía aceptarse en insanos, parientes, pródigos, impúberes, e incluso a las mujeres. Valían más los testimonios de aquellos de mejor condición social; o el del anciano respecto a los más jóvenes, o el del rico con relación al pobre, pues este, se creía, era más propenso a recibir sobornos.

El mejor testigo era el presencial. Se necesitaban para probar un hecho al menos dos testigos sumados a otros elementos probatorios. El problema de este medio probatorio es la credibilidad de los testigos, y por eso no fue aceptada como único medio, y aunque el Derecho Canónico amplió las tachas para impedir falsos testimonios, el problema continuó y el sistema de tachas fue poco a poco excluido.

Los testigos presenciales tuvieron más valor de credibilidad que los de oídas. Ambos tenían que dar razón de sus dichos. Los testigos intervinieron muchas veces en el ámbito civil al conformarse el negocio jurídico, para luego, en caso de surgir discrepancias entre las partes, poder brindar explicación sobre lo allí acontecido. El testigo

debía limitarse a relatar los hechos sin realizar valoraciones ni apreciaciones de tipo personal.

La mayoría de las legislaciones actuales rechazan el testimonio del cónyuge y de los parientes más próximos. En Argentina no pueden ser testigos los menores de catorce (14) años, los parientes próximos, los que sufran de alteraciones mentales y los condenados por falso testimonio. Las partes deben alegar la falta de idoneidad del testigo y los jueces deben apreciar el testimonio teniendo en cuenta todo lo que tienda a aumentar o disminuir la fuerza de las declaraciones.

La función de testigo es una carga pública que se hace bajo juramento de decir la verdad, y el que es citado como testigo debe comparecer. De no hacerlo puede ser obligado por la fuerza pública. El que fuere exceptuado de comparecer en razón del cargo, de la condición de la persona o por imposibilidad física debe declarar por escrito a través de un oficio.

509.1 La condición de ser extraño al proceso

Los testigos, decía la Ley N° 2, Título 16 de la III Partida, no deben recibirse sino después de encontrarse trabada la litis. No hay testimonios que no sean forzados por la citación judicial de aquellos que deben declarar en juicio sobre lo que saben acerca de la verdad o la falsedad de los hechos controvertidos. Por supuesto que hubo excepciones cuando por razones de enfermedad o edad podía anticiparse el acto de manifestación, pero siempre el marco de permisión fue dado con relación a la litis.

El testigo que se presenta voluntariamente a declarar en pleito ajeno, es sospechoso de parcialidad y no merece fe, según se deduce del argumento de la ley *quae omnia 25* del *Dig. de Procurator*, si bien hay autores que creen que debe apreciarse esta declaración, si es de persona conocidamente veraz o de distinción. Además, versando esta clase de negocios sobre el solo interés de las partes, a ellas solas es a quienes toca la presentación de los testigos, y ni aun el juez puede tomar, para mejor proveer, declaración alguna de testigos, puesto que según Caravantes, el artículo 48 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española no le faculta para ello.[2373]

Saber cómo sucedieron los hechos por haberlo visto no significa, estrictamente, que esa persona sea un testigo. Para serlo tiene que

2373. De Vicente y Caravantes, José, *Tratado histórico crítico y filosófico de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, op. cit.*, T. II, p. 215.

ser extraño al conflicto, y de no ser absolutamente imparcial, siendo testigo, el valor del testimonio se mide con reglas de apreciación diferentes. Igual sucede con los que conocen los hechos por referencias, o de "oídas", quienes relatan lo que otro ha dicho; en estos casos, lo que cae bajo los sentidos del testigo son las expresiones oídas por él y no las apreciaciones directas. Empero, podrían considerarse pertinentes y admisibles cuando se alegan hechos de carácter íntimo que están fuera del alcance visual y auditivo de la generalidad de las personas, siempre y cuando concurran otros elementos de convicción que demuestren la exactitud de las referencias.[2374]

La posición de extraño se refiere a no estar vinculado al proceso, pero es una condición que pierde actualidad frente a diversas contingencias como la declaración de partes en el interrogatorio cruzado,[2375] y sobre todo, en la posibilidad de recibir la prueba de testigos relacionados con las partes, cuya declaración se valora conforme las reglas de la sana crítica y en orden a la idoneidad que merecen (cfr. art. 456, CPCCN).

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, el testimonio es un acto procesal, por el cual una persona informa al tribunal sobre cuánto sabe sobre los hechos materia de conflicto entre sujetos que puede o no conocer. Para que ese testimonio convierta en testigo a quien lo realiza, debe concretarse ante el juez competente, que será el de su domicilio o de aquel donde la causa esté radicada. Si quien presta declaración es la parte, antes que testimonio el medio de prueba se relaciona con la confesional.

2374. Se afirma así que el testigo indirecto o mediato, que no puede afirmar más que un comentario que escuchó, no es, en rigor, un verdadero testigo del hecho a que se está refiriendo y sus referencias carecen de validez. No es eficaz, porque el hecho apuntado no cayó dentro del ámbito de sus sentidos, de manera que, desde su subjetividad, carece de certeza para afirmar la veracidad de la referencia (CNCiv., Sala A, "R., R. c. M., P.", 19/05/1995, en Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Colección de análisis jurisprudencial - Elementos de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 226).

2375. En la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española el interrogatorio no queda restringido a los hechos en que la parte declarante haya participado directa o haya tenido un protagonismo inmediato (hechos personales). Según previene el art. 301.1 "Cada parte podrá solicitar del tribunal el interrogatorio de las demás sobre hechos y circunstancias de los que tengan noticia y que guarden relación con el objeto del juicio". Se configura, pues, como una prueba en este punto semejante a la de testigos que deponen igualmente sobre hechos que han presenciado o simplemente conocen (Jiménez Conde, Fernando, *El interrogatorio de las partes en el proceso civil*, Madrid, Thomson Cívitas, 2007, p. 48).

De todos modos, bien explica Devis Echandía que

> … como en el derecho contemporáneo se acepta la figura jurídica del testimonio de parte con fines probatorios únicamente cuando la declaración es desfavorable a esa parte o favorable para su adversario; en el caso contrario, de favorecer a la parte declarante es un simple testimonio cuyo valor probatorio se niega todavía en la mayoría de los países y en algunos se acepta en forma relativa o limitada. Es decir, el testimonio de parte puede contener o no una confesión.[2376]

Por tanto, ser extraño al proceso es un elemento de la imparcialidad objetiva vinculada con el deber de declarar y decir verdad sobre todo aquello que el testigo ha visto u oído; el desinterés hace más a la eficacia de la declaración que a su validez.

509.2 La condición de ser fuente fidedigna. El caso de la mujer testigo

La posibilidad de ser testigo también se analiza desde el carácter de la fuente, criterio que significa ponderar la concurrencia de elementos que aseguren la fidelidad de la declaración.

Fuente fidedigna se ensambla con la confiabilidad en la persona que declara, calidad que cuenta con historias disímiles. Por ejemplo, antes se decía que como los esclavos no eran personas por eso no podían declarar; o que la mujer debía ser honesta para llevarla como testigo siempre que relatara hechos propios de sus actividades y no de otras más relevantes que solo celebran los hombres; también la situación económica hacía más confiable la declaración del varón respecto al pobre que puede ser comprado. Por falta de capacidad no podía ser testigo el loco, fatuo o mentecato, el ebrio mientras lo esté, y el que de cualquier otro modo esté destituido en juicio, ni el menor de catorce (14) años. Por identidad de razón tampoco podía serlo el sordomudo ni el ciego respecto de hechos que solo se pueden percibir por la vista.

Estas menciones de Manresa se suman a las prohibiciones respecto de aquellos de dudosa probidad, como la mala fama, o la constancia de haber incurrido en falso testimonio, o que hubiera falsificado

2376. Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial, op. cit.*, T. II, p. 25.

cartas, sellos o moneda del gobierno; el que hubiera dado yerbas o ponzoñas para causar aborto, muerte u otro mal corporal, etc.[2377]

Todas estas fueron afirmaciones propias de un tiempo donde el empeño de la palabra y el juramento obligaban a actuar con los estándares del lugar social ocupado. La máxima se resumía en requerir que

> … los testigos sean de buena reputación, y que estén exentos de invalidación por causa de su dignidad, o de su milicia, o de sus riquezas, o de su oficio. Y que no sean admitidos para prestar testimonio algunos artífices poco conocidos, ni los muy viles, ni los demasiados obscuros, sino de suerte que, si respecto de ellos hubiere alguna duda, se pueda fácilmente demostrar que la vida de los testigos es intachable y moderada.

Así fue que la mujer tuvo una posición distinta por razón de sexo, tornando diferente su capacidad para obrar. Aparece otra máxima que dice: "Son de mejor condición los varones que las hembras en lo tocante a la dignidad, y las hembras que los varones en lo tocante a la debilidad".

Está presente aquí la convicción de que la *imbecillitas seu fragilitas sexus* a que continuamente hacen referencia los tratadistas (la simpleza y debilidad del sexo femenino) aconseja no reconocer a la mujer una capacidad jurídica plena en asuntos que impliquen un cierto nivel de responsabilidades. Y, en lógica consecuencia con ello, la aceptación del principio de que su reconocida inferioridad puede favorecerla en algunas materias, en cuanto aquella se le tiene en cuenta para justificar determinados comportamientos que se consideran antijurídicos o no excusables cuando los protagoniza un varón.

Dicen Las Partidas que dueñas, doncellas y otras mujeres que viven honestamente en su casa no deben ser emplazadas para que vengan ante el juez personalmente a no ser que el pleito sea de justicia de sangre o de otro escarmiento. Ellas deben enviar a sus personeros al juicio, dado que no está bien que se vean envueltas públicamente con los hombres. Y si algún juez quisiera hacerles una pregunta para saber la verdad, deben ellos ir a sus casas o enviar algún escribano que les pregunte y escriba lo que dijeran.

Los jueces debían aprovechar su autoridad para seducir a las mujeres, pues se dice también que la mujer a quien el juez quiso forzar a

2377. Manresa y Navarro, José María, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada, op. cit.*, T. II, p. 456.

casarse con ella sin su acuerdo, no debe exigir que comparezca a juicio, pues puede ejercer *torcideras demandas para tomarse venganza della*.[2378]

Sin embargo las mujeres pueden participar en los juicios y comparecer ante los tribunales como testigos cuando se trata de "hechos mujeriles", es decir, de asuntos propios de sus ocupaciones. El *Fuero Real* es muy claro al sostener en su Ley N° 8:

> La mujer vecina o hija de vecino puede ser testigo en cosas hechas o dichas en baño, horno, molino, río o fuente, o sobre hilados, tejidos, partos, reconocimiento de mujer y otros hechos mujeriles; pero no en otras cosas, salvo las que manda la ley. La mujer que se disfrace de hombre no puede ser testigo; sino en cosas que sean contra el Rey o Señorío.

Es una de las pocas actividades públicas permitidas a la mujer. Fuera de ellas, la mujer debe quedar protegida en su casa, para evitar que tenga contacto con otros, y para prevenir que tengan hijos de moros (*Fuero de Ledesma*, Ley N° 387).

509.3 La condición personal del testigo

Con el tiempo y la evolución ideológica, la condición de testigo quedó capturada en la dimensión de dos aspectos: a) las condiciones personales (quiénes pueden ser testigos), y b) la actividad en sí misma (el testigo relata sin interpretar; el testigo cuenta sobre lo visto u oído; el testigo puede suponer; testigo que miente igual es testigo, etc.).

a. En el primer orden, el artículo 427 del Código Procesal establece una limitación inicial por razones de edad. Así, no puede declarar el menor de catorce (14) años en cualquier tipo de juicios. Regla que tiene algunas elasticidades, a partir de la posibilidad de oír al menor de edad cuyo testimonio se considera imprescindible (cfr. art. 26, CCyC y art. 12 de la Ley N° 23849), aunque de hecho no se convierta en testigo, ya que –como afirma Kielmanovich– "su declaración no podrá ser empleada como prueba en favor de la pretensión o la defensa".[2379]
   También, la Ley N° 26061 que reglamenta en nuestro país la Convención sobre los Derechos del Niño admite que el menor

2378. Partida III, Título VII, Ley N° VI.

2379. Kielmanovich, Jorge, *Medios de prueba*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993, p. 52.

declare y tome intervención en todo asunto relevante donde se debatan intereses que le pertenecen.

Asimismo, se prohíbe la declaración como testigos, en algunos juicios, a las personas que tengan una relación o familiaridad con las partes; sean consanguíneos o afines en línea directa (padres-hijos / abuelos-nietos / suegros-nueras o yernos); o la cónyuge aunque estuviera separado legalmente, salvo para reconocer firmas. No se encuentran comprendidos los hermanos, ni los cuñados, ni las concubinas, ni los tíos ni los primos; no obstante estos testimonios podrán ser evaluados con estrictez.

El fundamento reside en la conveniencia de respetar la unidad familiar, por lo cual, a pesar de que algún pariente quiera declarar, es para él un derecho indisponible. La prohibición que establece el artículo 427 también se argumenta en razones de orden público, ya que el propósito del legislador es el de mantener la cohesión familiar.

Finalmente, se obstruye el testimonio respecto de determinados actos. Por ejemplo, testigos enunciados en un instrumento público no pueden ser llamados a declarar en tanto su testimonio tenga por objeto contradecir, variar o alterar el contenido del instrumento, salvo que alegasen haber testificado mediante dolo o violencia (art. 297, CCyC); también, cuando se pretende probar con testigos la existencia de la sociedad de hecho, ya que ello está subordinado a la existencia de un principio de prueba por escrito.

Este tipo de prohibiciones se enuncia dentro del concepto de *testigos excluidos*, es decir, aquellos que no pueden declarar y que de hacerlo torna nula su deposición.[2380] La siguiente prohibición

2380. La declaración del testigo excluido ocasiona las siguientes posibilidades. El juez puede desestimar de oficio y sin sustanciación el ofrecimiento de testigos inadmisibles y/o excluidos. Sin perjuicio de esta facultad, y en el caso de que se hubiesen ordenado los testimonios, las partes pueden formular oposiciones (art. 428, Código Procesal). Tratándose de una norma de orden público, el juez, de oficio, puede no hacer lugar a la declaración del testigo excluido, o suspender la audiencia respecto de él si el parentesco resulta confesado en el interrogatorio preliminar; de esto se desprende que el acuerdo de partes sobre el testimonio de testigos excluidos no obliga al juez a recibirlo. Si el juez admite la prueba de testigos, aunque sea inadmisible, o permite la declaración de una persona que no puede hacerlo por el art. 427, la parte contraria a la que ofreció el testi-

es relativa, pues la persona puede ser testigo y declarar como tal aunque tengan causas que permitirían señalar la ausencia de objetividad que impacta en la calidad de "fuente fidedigna".

Para saber anticipadamente sobre ello, se interroga al testigo antes de concretar los hechos, con preguntas denominadas generales de la ley, que tienden a establecer que quien comparece como testigo es la misma persona que ha sido citada a ese efecto, y además determinar el valor de su testimonio.

Por ejemplo, no pueden, en principio, declarar aquellas personas que estén vinculadas por una relación de parentesco con alguna de las partes. El parentesco es, precisamente, una circunstancia de credibilidad del dicho, pues da cuenta de su acercamiento y de la posibilidad real de haber vivido los hechos que las partes mantienen controvertidos; pero al mismo tiempo, es una muestra de la permeabilidad de los sentimientos que pueden eludir, sin querer, la objetividad del relato.

Lo mismo sucede con aquellos que tienen una relación de trabajo con alguna de las partes; o les une una amistad con quien ofrece su citación; en ambos casos se impone cierta circunspección para verificar el grado de atendibilidad que las declaraciones merezcan; mas esa sola circunstancia no es decisiva, pues siempre deben valorarse todas las pautas susceptibles de gravitar en la eficacia de las declaraciones.

La relación laboral, o la amistad que eventualmente pudiera existir entre los testigos y las partes no pueden llevar a considerar, de un modo inexorable, que en sus declaraciones exista una deformación de la verdad. Ello, sin perjuicio de la valoración que el sentenciante realice de las declaraciones al momento de

monio puede oponerse a la declaración hasta el momento de celebrarse la audiencia. Si el impedimento surge al realizarse el interrogatorio preliminar, inmediatamente después de ello debe formularse la oposición. Por tanto, no es admisible plantear la cuestión en la alzada si los testigos declararon en la instancia anterior (CNCiv., Sala H, "G., T. M. c. V., G. H.", 04/10/1996, *LL* 1998-D-70). Ahora bien, si inadvertidamente se tomó la declaración, el juez debe desestimarla al dictar sentencia. La regla del art. 427, en definitiva, consiste en determinar la exclusión absoluta de parientes "consanguíneos o afines en línea recta de las partes", constituyendo así una norma de orden público; y si no obstante la prohibición se recibe declaración al testigo que no pudo ser ofrecido en razón de parentesco, no debe ser tenida en cuenta al sentenciar.

pronunciarse en base a las reglas de la sana crítica y teniendo en cuenta los demás elementos aportados a la causa.

Así también, el testigo puede encontrar un beneficio con el resultado del proceso, del que surge la existencia de un interés directo que no impide la declaración. El interés indirecto mediatiza el beneficio, pero igualmente se obtiene. Por una u otra razón, las circunstancias influyen decisivamente en la objetividad del testigo. Con un criterio más restrictivo se dice que debe tratarse de un interés económico o material pero no afectivo.

La subordinación por razones laborales; las relaciones de trabajo en general; las cuestiones que suponen entre el testigo y la parte una situación de dependencia económica, como mantener un crédito o una deuda de cancelación pendiente, entre otro tipo de relaciones jurídicas que afectan la imparcialidad del que tiene que declarar, alcanzan al testigo en el concepto de "generales de la ley", que equivale a decir que la declaración deberá apreciarse según las reglas de la sana crítica, pero teniendo en cuenta estos motivos y circunstancias.

b. El segundo problema vincula la actividad prestada con el carácter de la declaración. Sostiene Carnelutti que en la definición de testigo y de testimonio debe incluirse el elemento funcional de la representación, además del elemento objetivo del hecho, porque si la declaración no es representativa de algún hecho, no puede existir testimonio.[2381]

En la idea subyacen varias cuestiones que la doctrina interpreta con escalas propias. Para algunos, lo vital y necesario es la percepción que tiene el testigo al haber presenciado los hechos o saber de ellos por una fuente directa (escuchar tras una pared la discusión entre partes). En cambio otros afirman que el testigo puede narrar al juez hechos por él realizados, que no tienen como objeto percepción alguna; de este modo, también se admite que pueda deducir consecuencias o interpretar los hechos conforme su propia representación.

2381. Carnelutti, Francesco, *La prueba civil, op. cit.*, p. 103.

Una vez más Carnelutti sostiene que

> Si el testimonio es una representación proporcionada por el hombre, es decir, un acto suyo consistente en representar un hecho, se concreta en una manifestación de la idea que el testigo tiene del hecho mismo. Por una razón psicológica elemental, esta manifestación casi nunca tiene lugar mediante la reproducción (representación) analítica de todos los elementos objetivos sobre los que se ha formado la idea, sino mediante una o más representaciones sintéticas de los elementos mismos, es decir, mediante una o más definiciones o juicios.[2382]

510. Obligaciones del testigo

El testigo tiene dos obligaciones inmediatas que responden al carácter de carga pública que supone la citación. Él se encuentra sometido al *deber de comparecer* y *declarar* cuanto sabe de los hechos que se interrogan. El incumplimiento en alguna de estas obligaciones le puede importar la imposición de sanciones de índole procesal (multas) y penal (penalidades por el delito de desobediencia).[2383]

No obstante, se encuentran exceptuados de la obligación de comparecer las siguientes personas, por el carácter de la función que tienen: Presidente y Vicepresidente de la Nación; Ministros y Secretarios del

2382. Ibídem, p. 131.

2383. Autorizada doctrina sostiene que las obligaciones del testigo se descomponen en más requisitos: 1) Deber de comparecer, a menos que por motivos de salud o de dignidad del cargo que desempeñe la ley lo autorice a declarar en su propia casa u oficina o por escrito; 2) deber de prestar juramento, si la ley lo exige, como sucede en nuestros procedimientos civiles, laborales, penales, contencioso administrativo y fiscales; 3) deber de someterse a cualquier otra formalidad establecida en la ley, como el juramento; 4) deber de responder al interrogatorio, sin evasivas y en forma clara; 5) deber de decir la verdad, o sea, lo que considere que es la verdad; 6) deber de comunicarle al juez todo lo que sabe sobre los hechos objeto del interrogatorio, inclusive los juicios y deducciones que tenga sobre tales hechos y que sean necesarios para determinarlos o para aclarar o precisar la narración; 7) deber de prestar la persona física del testigo para ser fotografiada o examinada e inspeccionada, por ejemplo, para establecer una lesión que afirme haber recibido o sus capacidades visuales o auditivas, o sus condiciones síquicas mediante el concepto de siquiatras o sicólogos; 8) deber de prestar los documentos y las cosas que tengan en su poder y que se relacionen con el objeto de su testimonio, a menos que gocen de reserva legal, pues en el último caso la exhibición debe ser voluntaria (Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial, op. cit.*, T. II, pp. 53/54).

Poder Ejecutivo Nacional y Provinciales; Subsecretarios de los Ministros y Secretarías de Estado; Gobernadores y Vicegobernadores; Legisladores Nacionales y Provinciales; Magistrados de la justicia nacional y provincial y funcionarios judiciales asimilados a esa calidad; Obispos y prelados; el Procurador del Tesoro; Fiscales de Estado; Intendentes Municipales; Presidentes de los Concejos Deliberantes y Secretarios; Oficiales superiores de las Fuerzas Armadas; Embajadores, Ministros plenipotenciarios y Cónsules Generales; Rectores y Decanos de Universidades Nacionales; Presidentes de bancos oficiales, nacionales y provinciales; Presidentes, Administradores, Directores, Gerentes o titulares de cargos equivalentes que importen la representación de entidades autárquicas y empresas del Estado, nacionales y provinciales; Jefes y Subjefes de la Policía Federal y de las Provincias; Directores de Institutos Penales de la Nación y de las Provincias; jefes de reparticiones de la administración pública, nacional, provincial y comunal que en atención al buen servicio de la función que desempeñan sean exceptuados por los magistrados para concurrir.

En los casos enumerados, estas personas declaran por escrito de acuerdo al interrogatorio que confecciona la parte proponente, el que se hará saber mediante oficio, con la indicación de que lo harán bajo juramento o promesa de decir verdad, dentro del plazo que fije el juzgado, que no podrá exceder de diez (10) días. La parte contraria a la que ofreció el testigo podrá incluir preguntas en el interrogatorio.

La obligación restante es declarar. Algunos sostienen que el testigo tiene, también, el deber o *la obligación de decir verdad*, aunque ello tiene limitaciones cuando pueden rehusarse a responder amparados en el secreto que conservan como deber del oficio (profesión o confesional), o aleguen en el acto mismo de la audiencia un probable perjuicio a su libertad u honor.

Por ejemplo, se advierte que preguntar como testigo a la persona que según el interrogatorio aparece como sospechosa de ser autora o cómplice de los supuestos hechos ilícitos que se trata de esclarecer puede importar obligarlo o bien a mentir, faltando a su juramento, o bien a declarar contra sí mismo, contrariando la prohibición terminante del artículo 18 de la Constitución Nacional.[2384]

2384. Del voto en disidencia de los doctores Belluscio, Petracchi y Boggiano. CSJN, "García D'Auro, Ramiro E. y otros", 10/08/1995, *LL* 1996-B-386, con nota de Héctor Carlos Superti; *DJ* 1996-1-986.

511. Derechos del testigo

La obligación de comparecer se aplica a los testigos que tienen domicilio o residencia dentro del radio de setenta kilómetros (70 km) del tribunal. Pero es una facultad que se puede declinar voluntariamente, de manera que si la parte que lo ofrece resuelve tomar a su cargo la citación y no plantear la declaración en extraña jurisdicción, el testigo se somete a la carga de comparecer si resuelve aceptar la citación en los términos como se le informan. En caso contrario, el mismo testigo podrá plantear como incidencia su renuencia a comparecer, basándose en la distancia y en otros fundamentos si lo creyere necesario.

Además puede solicitar que las partes proponentes solventen los costos de traslado o las pérdidas que él sufra a consecuencia de tener que afrontar un servicio en interés ajeno, y pese al carácter de carga pública que el testimonio tiene. Es el temperamento que trae el artículo 401 del Código Procesal al permitir la compensación de gastos que, en la contestación de informes, tengan las entidades privadas.

Una vez en el proceso, y bajo determinadas condiciones, el testigo se puede rehusar a declarar.

511.1 Derecho a negar la declaración

El testigo está obligado a comparecer, pero puede negarse a responder cuando quede expuesto a enjuiciamiento penal, en el sentido de autoincriminarse con su declaración; o comprometer su buen nombre (*v. gr.* aceptar que fue socio de la parte en un hecho complicado), o afecte su honorabilidad (*v. gr.* admitir que fue adúltero de la mujer demandada por divorcio). En este supuesto, la negativa a responder se basa en la eventual vulneración de un deber de custodia sobre el secreto que conserva por razón de su oficio o profesión.

No se trata más que de un derecho del que no pueden derivar sanciones cuando se compruebe la razonabilidad de la oposición. Hay veces que la negativa se fundamenta en principios generales, como el de evitar conflictos de armonía familiar del que se deriva el derecho a no declarar en absoluto por relaciones personales con una de las partes, o a no responder a determinadas preguntas por razones objetivas.

Asimismo, la resistencia a testimoniar se funda en obligaciones propias de la confidencialidad que recibe el testigo, evitando que declare contrariando sus deberes e intereses.

Por ejemplo, algunas legislaciones conceden este derecho a los esponsales, los cónyuges y las parejas de hecho, durante y después del matrimonio y la convivencia. Además, tienen derecho a no declarar quienes estén o hayan estado ligados en primer grado a una de las partes por vínculos de consanguinidad o afinidad o en línea colateral hasta el tercer grado por consanguinidad o hasta el segundo grado por afinidad. La línea colateral es una línea no directa pero descendiente de la misma tercera persona. El grado de parentesco por consanguinidad o afinidad viene determinado por el número de nacimientos intermedios.

Además, según el artículo 383.1.y 4 de la ZPO, gozan de este derecho los clérigos y las personas que participen o hayan participado en la preparación, producción o distribución de publicaciones periódicas o programas de radio o televisión (ap. 1.5), así como aquellas a las que, por su cargo, posición o profesión, se les hayan confiado hechos que, por su naturaleza o en virtud de una disposición legal, no puedan ser divulgados (ap. 1.6).

El derecho a no declarar por razones profesionales se extiende a todo aquello que llegue a conocimiento del testigo precisamente por su posición específica (profesional o religioso).

511.2 Derecho a percibir indemnización

Si bien en nuestra legislación ser testigo es una carga pública, ello no lo obliga a tener que satisfacer por sí mismo las erogaciones que debe invertir para asistir al juzgado y cumplir con el deber impuesto.

Son muchos los gastos que se ocasiona al testigo, a saber:

a. Gastos de desplazamiento. Se debiera abonar al testigo las cantidades obladas para trasladarse a la sede del tribunal. En algunos ordenamientos procesales (España) se detallan con precisión, integrando en este concepto a los siguientes: 1) Gastos íntegros de billetes de autobús, metro o autocar; 2) importe del billete de ferrocarril. En caso de que el viaje se efectúe de noche, posibilidad de coche-cama; 3) importe del billete de la clase más económica de avión, siempre que la

distancia entre su residencia familiar y la sede judicial diste a más de 550 km y el desplazamiento de ida y vuelta se efectúe el mismo día de la declaración testifical sin necesidad de alojamiento; 4) importe del billete de la clase más económica de avión en desplazamientos interinsulares; 5) hasta 0,22 euros por kilómetro en caso de utilización de automóvil y hasta 0,15 euros por kilómetro si es motocicleta. Además se abonará el importe del peaje de autopista y el de parking.

b. Gastos de alojamiento. Con igual puntillosidad se reconocen gastos en los siguientes supuestos: 1) Cuando la residencia habitual del testigo diste a más de 250 kilómetros de la sede judicial a la que tenga que asistir, y resulte arriesgado llegar a tiempo a la citación judicial en función del medio de transporte elegido; 2) los días que deba estar a disposición judicial y el testigo resida a más de 250 km de la sede judicial; 3) cuando no pueda regresar a su domicilio el día que finalice su comparecencia en el órgano judicial, por inexistencia de medio de transporte. Se abonarán los importes hasta un máximo de 90 euros por noche.
c. Gastos de manutención. La legislación suele tabular el concepto destinando cantidades a gastos de alimentación, en los casos e importe máximos que se detallan: 1) Durante los días que estén a disposición judicial y deban pernoctar fuera de su residencia habitual, hasta un importe máximo diario de 90 euros; 2) cuando el testigo resida a una distancia superior a 75 km de la sede judicial y abandone el mismo después de las 13:30 horas así como en aquellos supuestos en que deba pernoctar la noche anterior a la declaración testifical fuera de su residencia habitual, tendrá derecho a percibir el 50% de la dieta, es decir, 45 euros, como cantidad máxima, previa justificación.
d. Salarios dejados de percibir. Igualmente tendrán derecho a la indemnización por este concepto los trabajadores autónomos o miembros de cooperativas de trabajo asociado, para compensar la disminución de sus ingresos. El importe de los salarios se abonará en función de: 1) Para aquellos casos en que al testigo se le abone el 100% de la dieta de manutención, le corresponderán 30 euros; 2) si no procede indemnización por dieta de manutención, se le abonará la suma de 15 euros.

e. Dietas para personas acompañantes de los testigos. Cabrá indemnización, por los conceptos indicados en los apartados anteriores a la persona acompañante de los testigos en los siguientes supuestos: 1) Cuando el testigo sea menor de edad; 2) cuando el testigo esté incapacitado y requiera ayuda para su traslado y así se justifique.

512. Clases de testigos

Los testigos se pueden clasificar en base a los hechos que son motivo de prueba, y de las obligaciones de verificación y confirmación que las partes tienen. Por ejemplo, si se trata de un proceso de daños y perjuicios, es menester individualizar al agente productor del daño, precisamente porque se persigue hacerlo responsable, y el principio impuesto es que tanto la violación genérica (*v. gr.* comisión del hecho ilícito) como el incumplimiento preciso (*v. gr.* inejecución de obligaciones contraídas) genera el deber de responder a otro. Este, a su vez, cuando formula la pretensión, debe argumentar el daño padecido y diferenciar la fuente generadora de la responsabilidad civil (a diferencia de la responsabilidad penal, que es de acción pública).

De esta manera, quien demanda debe calificar jurídicamente cada petición en particular y probar, oportunamente, la relación entre los hechos que motivan la acción y el derecho que la sostiene (art. 377, párr. 2, Cód. Proc.).

Cuando al juez se le indica que el sujeto demandado es responsable, debe probar esa relación de causalidad entre el hecho y la persona. Obra de inmediato el principio de la carga que pesa sobre el actor (quien tiene el interés preciso al perseguir de ese demandado un resarcimiento específico), sea para acreditar el dolo o la culpa (factor subjetivo), y la calidad de la conducta reprochable (ilicitud; negligencia; riesgo; etc.).

Esta es una prueba de naturaleza objetiva porque procura acreditar un hecho esencial en la relación jurídica y constitutivo de las cuestiones que deben ser objeto de demostración. Con todo ello, queda en claro que al juez no se le debe insinuar solamente la forma de producción de los hechos, sino además, las implicancias que ellos tienen en el marco de las afirmaciones y negaciones.

Ahora bien, el marco del interrogatorio está determinado en el código ritual por los artículos 438 (hechos, sin más agregados), 442 (hechos controvertidos), 443 (no podrán contener referencias de carácter técnico, salvo si fuesen dirigidas a personas especializadas), y 452 (conocimiento de hechos, sin aclaración alguna de a cuáles se refiere). En todos los casos, el testigo debe declarar por lo que sabe, y la proyección de su testimonio tiene dos lecturas: O sirve, únicamente, para reconstruir históricamente hechos que no están documentados, aportando una versión de ellos o una interpretación propia de sus sentidos; o, para generar una seguridad adicional, propia de la certeza que aporta por sus conocimientos, aunque no se refiere específicamente a los hechos que están controvertidos por las partes (*v. gr.* testigo/perito).

En un caso, la valoración de la prueba de testigos sería restrictiva y acotada al testimonio del testigo directo; en el otro, impera el principio de libertad y amplitud de la prueba, permitiendo que sean testigos todos aquellos que puedan ilustrar al juez y le provoquen insinuaciones acerca de cómo sucedieron los hechos alegados, conducentes y controvertidos entre las partes.

De este encuadre surge que hay tres clases de testigos conforme a los hechos que provocan su declaración:

1. Son instrumentales los que presencian el acto de la lectura, consentimiento, firma y autorización de una escritura pública. Es necesaria la intervención de dos testigos instrumentales en la escritura pública cuando lo estime conveniente el notario o alguno de los otorgantes no sepa o no puede leer ni escribir. Así el sordo puede conocer el contenido del documento a través de los intérpretes de signos, y puede firmar sin necesidad de testigos. Y el ciego puede firmar el documento si se hace constar que ha prestado su conformidad a la lectura hecha por el notario. Por tanto, la intervención de testigos respecto a sordos y ciegos se reduce a los supuestos de que no sepan o no puedan escribir. Y en todo caso será necesaria la intervención de testigos instrumentales en los casos de analfabetos (que ni leen ni escriben) y de personas que estén imposibilitadas para firmar por enfermedad o defecto físico.
   Los testigos instrumentales tienen que ser mayores de edad o emancipados; no contabilizar causas de incompatibilidad

para ser testigos, como impedimentos producidos por incapacidad de hecho o de derecho.

Son típicos en los casos de testamentos donde la concurrencia de ellos es imprescindible, o cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar, o si resulta ciego o declara que no puede leer por sí el testamento y cuando el testador o el notario lo soliciten. Además si el testador es sordo y no puede leer (supuesto muy excepcional, es decir sería un sordo analfabeto o un sordo ciego) los testigos deben declarar en el testamento que lo han leído y que es conforme con la voluntad del testador. En los testamentos no pueden ser testigos los menores de edad, los ciegos, sordos y mudos, los que no entiendan el idioma del testador, los que no estén en su sano juicio, el cónyuge o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del notario autorizante o de sus empleados. Tampoco pueden ser testigos los herederos y legatarios instituidos en el testamento ni sus parientes con los mismos límites, salvo que el legado sea de un objeto mueble o cantidad de poca importancia.

2. El segundo tipo corresponde a los *testigos asertorios*, que son los que intervienen en un documento público a los solos efectos de formular una declaración de verdad o falsedad acerca de las manifestaciones de los comparecientes. A ellos les afectan las mismas incompatibilidades que a los testigos instrumentales, pero por excepción se permite que en las actas de notoriedad de declaración de herederos puedan ser testigos los parientes del fallecido que no tenga interés directo en la sucesión (por tanto pueden serlo los hermanos, sobrinos, primos, cuñados y suegros).
3. En el tercer agrupamiento aparecen los *testigos de conocimiento*, que son los que intervienen a los solos efectos de identificar a los otorgantes. Tienen las mismas incompatibilidades que los instrumentales con la excepción de que pueden actuar como testigos de conocimientos los empleados del notario y los parientes de los comparecientes o del notario. Es interesante destacar esto y no salir a buscar un testigo de conocimiento cuando el testigo puede ser un pariente del otorgante o un empleado.

> Los testigos de conocimiento pueden ser a la vez testigos instrumentales si cumplen los requisitos exigidos para estos. Los testigos, ya sean instrumentales, asertorios o de conocimiento debe constar en la comparecencia y su número es siempre dos.
> La clasificación enunciada es propia en la calidad de los testigos que concurren para afianzar la seguridad de los instrumentos realizados ante notarios o por estos certificados. En materia procesal, la clasificación se relaciona con los hechos que han pasado ante sus sentidos y pueden declarar ante el juez que los convoca.
> Estos testigos son simples y calificados. Del primer tipo son los que han observado los hechos directamente (*v. gr.* testigos presenciales); y del segundo, los que puedan emitir juicios de hecho con base técnica, razón por la cual sus declaraciones, en principio, tendrían un peso mayor que las del testigo común.
> Esta dvisión se consolida con la reforma impuesta al Código Procesal por la Ley N° 25488. No se trata de afirmar que esto antes no sucedía (porque de hecho estaba presente en el párrafo final del art. 443), sino de advertir que la prueba del perito-testigo, a semejanza de la prueba del testigo calificado, actúa como una categoría especial de la prueba testimonial, porque la valoración es idéntica, aunque el testimonio sea diferente. Tal como afirma el profesor Aguilar Gorodona, "apreciar la declaración del perito-testigo como la de testigos calificados es una frase sin sentido, si la declaración de aquel no es cosa distinta de la declaración de estos".[2385]

En síntesis, la indicación de los extremos que se quieren probar ha de llevar a las partes a tener que clasificar sus testigos en orden al objeto de la prueba que el juez determine en la audiencia del artículo 360 del Código Procesal. En tal sentido, y dentro del marco de lo dispuesto en los incisos 2 y 5 de esta disposición, las partes deberán poner en orden las declaraciones que propongan, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 430 y 452 del mismo ordenamiento, que facultan la ampliación en el número de testigos ofrecidos.

2385. Aguilar Gorodona, José Luis, "El perito-testigo en el proceso civil venezolano", en *Revista de Derecho Probatorio*, Nº 2, Caracas, Editorial Jurídica Alva, 1993, p. 211.

513. Verdad y justificación del testimonio. De público y notorio

La declaración que se ofrece mediatizar a través de la prueba con testigos reporta al juez la pertinencia del medio cuando al ofertarla se indican los extremos que con ellos se quiere confirmar; lo cual, llevado al tiempo de la producción, exige el deber de actuar con la verdad o, al menos, justificando con los dichos la necesidad probatoria.

El sistema parte del párrafo final del artículo 333 del Código Procesal cuando indica que *si se ofreciera prueba testimonial se indicará qué extremos quieren probarse con la declaración de cada testigo*. Además, las partes interesadas en producirla deben presentar una lista, individualizándolos con el nombre, la profesión y el domicilio.

El sentido de la norma es acordar a la contraparte la posibilidad de oponerse a su citación –en el caso de testigos excluidos– y de ejercer en el acto de la audiencia la facultad de repreguntarlos o impugnarlos. Sin embargo, en caso de existir algunos errores estos deben ser de suficiente magnitud para inhabilitar la declaración (*v. gr.* el error en la profesión o en alguna letra del nombre no impiden la declaración). Algunos abogados prefieren también incluir el número de documento para evitar cualquier confusión para el caso de homonimia o errores en el tipeo de los nombres.

Como se advierte, estos requisitos son de admisibilidad formal, porque no se vinculan con los supuestos de exclusión (art. 427) o de oposición (art. 428) que las partes tienen derecho a interponer, sin perjuicio de las facultades de repulsión inmediata que conserva el juez (art. 360, inc. 5).

De ellos interesa observar el agregado de la Ley N° 25488, para comprender el alcance que tiene. En efecto, el requisito de indicar los extremos que se quieren probar no puede llevar otro significado que no sea señalar al juez las características del testigo (presencial, de concepto, técnico, profesional, etc.).[2386]

2386. En el XX Encuentro Internacional del Instituto Panamericano de Derecho Procesal (Santiago de Chile, 29, 30 y 31 de agosto de 2007), fue presentada una interesante ponencia que se pronunció en contra de este sistema. En efecto, allí se argumentó que el mecanismo supone exigir a las partes de antemano revelar su estrategia, aun antes de la oportunidad procesal de la mentada audiencia preliminar, lo que significa el conculcamiento de elementales garantías. Ello sucede bajo el velo de la aportación al

La manifestación se debe acotar a la mención del hecho sobre el que va a referir (*v. gr.* sabe como ocurrieron los hechos por haberlos presenciado; puede dar información respecto al reconocimiento moral e intelectual del actor o del demandado; aportará conocimientos sobre técnica quirúrgica –si fuera un caso de responsabilidad por mala praxis– etc.). Si la explicación fuera dicha respecto a lo que declararía el testigo, se pondría en evidencia su falta de imparcialidad, y la preparación previa que tendría por la parte que lo propone. Esto es un absurdo, circunstancia que pone de relieve la necesidad de comenzar a implementar una categorización de testigos.

En sus orígenes, la justificación que ahora se pone en la entrada a la prueba (el ofrecimiento) para dar admisión al medio, antes solamente era puesto como corolario de la declaración, al interrogarlo si lo que había dicho era "de público y notorio", es decir, que se debía dar razón de lo dicho.

En la Ley de Enjuiciamiento Criminal española el artículo 710 establece, en lo pertinente, que *los testigos expresarán la razón de su dicho y, si fueren de referencia, precisarán el origen de la noticia, designando el nombre y apellido, o con las señas con que fuere conocida, a la persona que se le hubiere comunicado.*

---

juzgador de elementos apropiados para distinguir lo útil de lo superfluo en la producción probatoria. Aquí debiéramos preguntarnos si aceptaríamos cercenar garantías en pos de una supuesta economía en el proceso. Por otro lado, consideramos que la obligación de develar qué se pretende probar con las declaraciones de los testigos atentaría contra la igualdad de las partes: el demandado recibiría del actor, antes de responder, información relevante sobre la estrategia del primero. También el demandado, al tener que develar su propio plan de prueba testimonial, ineludible ante la facultad inquisitoria del juzgador, se ve perjudicado. Frente al incumplimiento, tanto del actor como del demandado, de manifestar de qué van a declarar los testigos, dicho juzgador puede proceder a intimar a las partes a tal efecto fundado en las facultades ordenatorias e instructorias que cada código adjetivo le provee. Consideramos que, en el camino procesal hacia la verdad, los testigos declaran o no sobre todos los hechos que se controviertan. No sería dable revelar estrategias, al interponer, contestar demanda o reconvenir, como así tampoco en la audiencia preliminar. Qué dirán o no en futuras declaraciones los testigos, es un asunto a dilucidarse en las audiencias en que los mismos depongan, y no un tema a merituarse de antemano por el juzgador. El juzgador, en el momento de reunirse con el expediente para resolver, y una vez producida la totalidad de la prueba en total libertad para los sujetos procesales, deberá analizar los dichos de los testigos y considerar cuáles devienen útiles o no, de acuerdo a los hechos controvertidos planteados (cfr. Vallet, Hilda Leonora, "La necesidad de indicar qué extremos quieren probarse con la declaración de cada testigo, y las facultades del Juez en materia de prueba").

Una primera consecuencia que se obtiene del tenor literal del artículo es la insuficiencia de los testimonios de referencia cuando no se facilite el nombre o las señas que permitan identificar al testigo principal, ya sea por desconocer o no recordar estos extremos el testigo indirecto o bien por negarse a facilitar estas indicaciones. Es decir, este artículo lo que persigue es que el testigo referido pueda ser directamente escuchado sobre los hechos; si este no comparece, de poco servirá la referencia que a él y a lo que dijo ha hecho el "testigo de referencia" o "testigo de oídas".

En cambio, al abordar el capítulo relativo a los testigos del Código Procesal Penal de la Nación Argentina no regula expresamente el testimonio indirecto; pero D'Albora lo incluye en aquellos cuya versión tiene como fuente lo que han oído de otros; aunque en el momento de meritar sus dichos –conforme las reglas de la sana crítica (art. 398)– su aporte tenga menos valor que el de quienes percibieron directamente el suceso.[2387] Por ello, este elemento bien puede ser ponderado por el sentenciante, aunque es indudable que la circunstancia antes descripta le hace perder gran parte de su fuerza probatoria.

La diferencia entre el testigo directo y de oídas (*hearsay*) figura en las reglas federales de los Estados Unidos como: toda manifestación que no haya sido hecha por el que la formula como testigo durante el juicio o la audiencia, presentada como prueba de la verdad de lo que con ella se afirma. Si bien son numerosísimos los fallos argentinos en que se le ha restado total trascendencia probatoria al testimonio de oídas, ello no empece a que en el marco del régimen que imponen las reglas de la sana crítica su ponderación como elemento de cargo es posible, pero debe ser riguroso en cuanto a su alcance toda vez que solo acredita que se dijo tal cosa pero no qué ocurrió. Dicho de otro modo, su carácter de elemento complementario conduce a que su mayor o menor valor esté dado por su evaluación armónica con los restantes elementos probatorios recogidos durante el proceso.

La doctrina afirma que

> El testigo de oídas pierde su eficacia al no haber percibido el hecho directamente, pudiendo ser un elemento coadyuvante solo si, concurriendo con otros elementos probatorios corroborantes, alcanzan a revelarse con

2387. D´Albora, Francisco, *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado, Comentado y Concordado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 5ª ed., 2002, p. 528.

valor indiciario de carácter fragmentario, puesto que son muy pocos los suficientemente demostrativos para poder probar, por sí mismos, una culpabilidad. Con relación a la prueba indiciaria, el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en el proceso penal pueda formularse sobre la base de una prueba de este tipo, si bien debe satisfacer al menos dos exigencias: a) los hechos base o indicios deben estar acreditados y no pueden tratarse de meras sospechas; y b) el órgano jurisdiccional debe explicitar el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios llega a la convicción sobre la existencia del hecho delictivo y la participación del acusado.

Como se advierte, se trata de toda una conjunción de indicios y, al respecto, jurisprudencia y doctrina admiten que pueda fundarse una declaración de certeza en prueba indiciaria, pero con la condición que esos indicios sean unívocos y no anfibológicos, esto es que valorados en su conjunto no puedan conducir a conclusiones diversas y resulten así desfavorables convergentemente. Dicho de otra manera, es necesario que estos indicios sean graves, precisos, concordantes entre sí, que se apoyen mutuamente, ya que "si esta recíproca influencia no se verifica, la simple suma de indicios anfibológicos, por muchos que estos sean, no podrá dar sustento a una conclusión cierta sobre los hechos que de aquellos se pretende inferir".

Frente al testigo de oídas, el juez debe adoptar una posición mental crítica, totalmente despojada de ideas preconcebidas, no siendo posible que pueda sustentar una resolución en sus íntimos pareceres o en meras subjetividades, sino que la misma sea consecuencia de la consideración racional del contenido de la deposición introducida al proceso. Para Caferatta Nores, el método de análisis en relación a los indicios en general debe ser mediante "las inferencias prudentemente guiadas por la lógica y la experiencia permitirá obtener la relación entre los hechos indiciarios y el objeto de prueba, y si estos resultan necesarios, concordantes y concluyentes, o, por el contrario, ambiguos o engañosos".[2388]

Es cierto que la regulación de la ley responde, como tendencia, al principio de inmediación de la prueba, entendiéndose por tal la utilización del medio de prueba más directo y no los simples relatos sobre éste, pero ello no significa que deban rechazarse en forma absoluta los testimonios de referencia u oídas, porque no siempre es posible obtener y practicar la prueba original y directa, que en muchos supuestos puede devenir imposible, y,

2388. Cafferata Nores, José, *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 154.

> en definitiva, la problemática que plantea la prueba de referencia es, como en cualquier otra prueba, el relativo a su veracidad y credibilidad.[2389]

Esta diferencia entre la declaración del testigo directo respecto al que mediatiza los hechos que conoce por referencias, no elude el deber de justificar la declaración.

Peyrano ha explicado que es muy conocido el ritual colofón de los pliegos de interrogatorio de los testigos: "De público y notorio". También es sabido que resulta habitual que tal ritual interrogante merezca una respuesta no menos huera: "que así lo considera" (o cosa parecida). Respuesta aconsejada –previa o concomitantemente– por los letrados participantes en el acto. Con lo que –habitualmente– el declarante se queda en ayunas sobre cuál es la sustancia de tan extraña pregunta, y el proceso pierde la oportunidad de incorporar algún nuevo dato que arroje luz sobre la materia litigiosa.

El profesor rosarino ha estimado conveniente que quien preside el formal acto de declaración testimonial ponga buen cuidado (tanto como el puesto en explicar el alcance de "las generales de la ley") en indicarle al deponente que cuando se formule la postrer pregunta ("de público y notorio") se le está brindando el poder-deber de señalar la identidad de otras personas conocedoras de los hechos testimoniales. No solo eso: a) se le deberá, también, exigir el aporte de cualquier dato (por ejemplo, el domicilio) que contribuya a hacer posible la comparencia ante el tribunal de la persona indicada como capaz de ofrecer un testimonio útil; b) asimismo se le recordará que su juramento de decir verdad también lo constriñe a evacuar el "de público y notorio", con amplitud y sin reticencias; c) además, el testigo que indique la existencia de otros conocedores de los hechos testimoniados deberá proporcionar la razón de sus dichos. Por más que sea la última pregunta del pliego, ello no lo exime de la regla general sentada por el artículo 445 del Código Procesal. Más aún: es preciso que el tribunal cuente con algún elemento de juicio para decidir si utiliza sus facultades para mejor proveer, llamando al sindicado por alguno de los testigos declarantes.[2390]

2389. Romero Villanueva, Horacio, "El testigo de oídas y su alcance (Un breve estudio comparando el proceso penal argentino y el español)", *LL* 2005-E-1273.

2390. Peyrano, Jorge Walter, "De público y notorio", *LL* 1979-C-781.

514. Lugar de declaración de los testigos

Los testigos declaran, por vía de principio, en la sede del juzgado donde tramita la causa donde están citados. La obligación de comparecer al asiento del tribunal es para los testigos que tienen domicilio o residencia dentro del radio de setenta (70) kilómetros del tribunal, aun cuando es un derecho renunciable, como se ha dicho con anterioridad.

Como excepción a esta regla dice el artículo 436 del Código Procesal que

> Si alguno de los testigos se hallase imposibilitado de comparecer al juzgado o tuviere alguna otra razón atendible a juicio del juez para no hacerlo, será examinado en su casa, ante el secretario, presentes o no las partes, según las circunstancias.

La disposición merece segmentar los problemas que anuncia y las soluciones que se propician. En el caso, se trata de resolver las causales de justificación al deber de comparecimiento, y, en su caso, la procedencia de disponer la celebración del acto en el domicilio del testigo.

Para lo primero no hay causas regladas ni taxativas, solo se mencionan circunstancias de hecho (imposibilidad física) o razones atendibles (justificadas) que signifiquen sorpresa por la convocatoria, porque de ser conocida la citación y darse un supuesto como el contemplado por el artículo 421 (ausentarse del país), la petición para suspender la citación, por vía de principio, debe ser anterior a la audiencia.

En cambio, la enfermedad deberá justificarse en los términos del artículo 419, párrafo primero del Código citado. Si se comprobase que pudo comparecer, se le impondrá multa de pesos cien mil ($ 100.000) a pesos un millón quinientos mil ($ 1.500.000) y, ante el informe del secretario, se fijará audiencia de inmediato, que deberá realizarse dentro del quinto día, notificándose a las partes con habilitación de días y horas y disponiendo la comparencia del testigo por medio de la fuerza pública.

Es suficiente para tener por justificada la inasistencia del testigo el certificado médico, que aunque no exprese la imposibilidad del enfermo de concurrir al tribunal o la necesidad de guardar reposo deja constancia de que se trata de una enfermedad o padecimiento ocurrido en la fecha en la que fue convocado.

En los términos como la norma se redacta, parece indicar que el malestar se debe justificar con anticipación suficiente a la audiencia, mediante certificado médico en el cual hay que consignar la fecha, el lugar donde está el enfermo y el tiempo que durará el impedimento para concurrir al tribunal. De otro modo, el juez no podría resolver el desarrollo de la audiencia en la casa del testigo, sino en los términos del artículo 432 del Código referido.

La enfermedad se analizará en orden a la gravedad y perspectiva que tiene, para resolver si la audiencia se posterga hasta que recobre el estado de salud; o se dirige al domicilio donde se encuentra para sustanciar allí el acto con la presencia ineludible del secretario.

La presencia de las partes es facultativa, pero aconsejable para respetar el principio de bilateralidad y contradicción, sin perjuicio del efectivo derecho de defensa que cada parte mantiene y que no se puede vulnerar por la inquisición que el juzgado disponga para cumplir esta prueba excepcional. De todos modos, la práctica es extraordinaria, contingente y muestra en su práctica ser letra muerta del código.

Cuando un testigo alegó que no podía comparecer y se prueba que pudo hacerlo, de pleno derecho se le aplicará una multa. Previo informe del Secretario, se le fija una audiencia, que debe ser celebrada dentro del quinto día de la ordenada. Ella se debe informar a las partes con habilitación de día y hora, para asegurar su celebración.

Al testigo se lo notifica en el mismo acto; de la audiencia designada y de que será traído por medio de la fuerza pública.

514.1 La permanencia en el tribunal del testigo

Dice el artículo 439 del Código en cita que

> Los testigos estarán en lugar desde donde no puedan oír las declaraciones de los otros. Serán llamados sucesiva y separadamente, alternándose, en lo posible, los del actor con los del demandado, a menos que el juzgado estableciere otro orden por razones especiales.

La ley preserva la pureza y objetividad de los testimonios imponiendo que los testigos estén aislados unos de otros. La medida tiene por objeto que cada uno se mantenga impermeable respecto a los dichos de otro testigo.

Cuando el juzgado provee la prueba testimonial, escalona las horas de celebración de las audiencias, distribuyéndolas alternativamente entre los testigos de cada parte, con lo cual evita la declaración en bloque de los de una misma parte.

Después de prestar declaración, los testigos deben permanecer en el recinto de la Secretaría hasta la terminación de la audiencia (art. 447, Cód. Proc.), a efectos de permitir el careo, en caso de ser necesario, o para pedirles explicaciones sobre alguno de sus dichos. Es conveniente que estos queden a disposición del juez hasta la finalización de la audiencia, para evitar un inútil dispendio de la actividad jurisdiccional, como sería la designación de una nueva audiencia y las correspondientes notificaciones por cédula.

En la práctica, el escalonamiento entre testigos no sucede, dando preferencia la producción probatoria a la declaración por su orden, es decir, primero los testigos ofrecidos por la parte actora, y después los del demandado.

La providencia judicial que disponga en este sentido, contrariando la regla del artículo 439, es inapelable de conformidad con el artículo 379 del Código Procesal.

514.2 Testigos domiciliados fuera de la jurisdicción del juzgado

Cuando se ofrece prueba testimonial, la parte que indica el domicilio en extraña jurisdicción del testigo debe solicitar que declare en su lugar de domicilio ante el juez que corresponda, debiendo acompañar en ese acto el interrogatorio e indicará los nombres de las personas autorizadas para el trámite del exhorto u oficio, quienes deberán ser abogados o procuradores de la matrícula de la jurisdicción del tribunal requerido, excepto cuando por las leyes locales estuvieren autorizadas otras personas. Los comisionados podrán sustituir la autorización.

No se admitirá la prueba si en el escrito no se cumplieren dichos requisitos.

Es decir que la prueba testimonial que se debe practicar en extraña jurisdicción debe ser ofrecida con los siguientes requisitos: 1) Indicar los testigos que tienen domicilio a más de setenta (70) kilómetros del radio del juzgado, o que declararán en el exterior; 2) se agregará el interrogatorio abierto, con el fin de facilitar el control de la contraparte

y del juez; 3) se designarán abogados encargados del diligenciamiento y asistencia procesal en el lugar donde se practicará la prueba.

Si no se acompaña el interrogatorio al momento del ofrecimiento o no se denuncia el nombre de las personas autorizadas a su diligenciamiento se tiene por desistido al oferente de la prueba.

En cambio cuando se agrega queda a disposición de la parte contraria, la que podrá, dentro del quinto día, proponer preguntas. El juez examinará los interrogatorios, pudiendo eliminar las preguntas superfluas y agregar las que considere pertinentes. Asimismo, fijará el plazo dentro del cual la parte que ofreció la prueba debe informar acerca del juzgado en que ha quedado radicado el exhorto y la fecha de la audiencia, bajo apercibimiento de tenerlo por desistido.

La proposición de prueba testimonial en extraña jurisdicción se controla en dos sentidos: la admisibilidad se dispone al tiempo de la audiencia preliminar (art. 360, inc. 5, Cód. Proc.); y la producción, acordando bilateralidad a la parte contraria, permitiendo que esta pueda proponer preguntas que se agregarán a las presentadas por el oferente, y para que el juez evalúe la pertinencia del interrogatorio.

Según lo dispuesto por el artículo 454 del ritual, el juez fija el plazo para que el oferente de la prueba informe al tribunal dónde queda radicada la rogatoria y la fecha designada para la audiencia testimonial. Dicho interrogatorio queda a disposición de la contraria para proponer preguntas durante el plazo de cinco días.

Si la parte interesada no informa al juzgado dentro del plazo concedido, el juez, de oficio o a pedido de parte y sin sustanciación, procederá a tener por desistido al oferente de la declaración del testigo fuera de la jurisdicción.

514.3 Declaración en el domicilio particular

Están exceptuados de la obligación de comparecer a prestar declaración en la sede del juzgado los funcionarios que determina la reglamentación de la Corte Suprema que antes enunciamos. Estos declaran por escrito, con la manifestación de que lo hacen bajo juramento o promesa de decir verdad, dentro del plazo que fije el juzgado, debiendo entenderse que no excederá de diez días si no se lo hubiese

indicado especialmente. La parte contraria a la que ofreció el testigo podrá presentar un pliego de preguntas a incluir en el interrogatorio.

Cuando se ofrece como testigo a una de las personas exceptuadas de la obligación de comparecer, aunque el Código no lo diga expresamente, el ofrecimiento tiene que ir acompañado del interrogatorio correspondiente, el cual debe quedar a disposición de la contraparte para que esta incluya las preguntas que estime oportunas u observe las que considere improcedentes, todo ello sin perjuicio de las facultades del juez.

515. Pertinencia de la prueba y oposición

El ofrecimiento de la prueba de testigos no exige más recaudos formales que la presentación de una lista con el nombre, apellido, domicilio y ocupación de ellos y de la enunciación de los extremos que se quieren confirmar con la declaración. Si por las circunstancias del caso a la parte le fuere imposible conocer alguno de esos datos, bastará que indique los necesarios para que el testigo pueda ser individualizado sin dilaciones y sea posible su citación.

Si el magistrado admite la prueba de testigos siendo esta inadmisible o permite la declaración de testigos excluidos, la parte contraria a la que los ofreció puede oponerse a su declaración hasta el momento de celebrarse la audiencia. Si el impedimento surge al momento del interrogatorio inmediatamente después se debe efectuar la oposición.

Ahora bien, las partes pueden oponerse tanto a la prueba como a los testigos en sí mismos. Lo primero se debe formular en la audiencia prevista por el artículo 360 y en especial, cuando corresponden las alegaciones del inciso 2 del Código Procesal. Con los testigos en sí, la oportunidad ya fue advertida, mientras que las razones son legales o procesales. Las de primer orden responden a las prohibiciones de probar con testigos, hechos, cosas o documentos que la misma ley prohíbe; las otras devienen por el carácter o particularidad que tenga la prueba.

Por ejemplo, los testigos no son fungibles por más que tengan la misma profesión o sean hermanos entre sí. Ello así resulta, porque la sustitución de testigos resulta totalmente extraña a nuestra legislación, de forma que solo prevé el reemplazo por otros ofrecidos juntamente con los primeros para el caso de que estos no pudieran declarar

por causa de muerte, incapacidad o ausencia y siempre que tal proposición se efectuase en el momento de ofrecer la prueba.

También es requisito de procedencia la agregación del interrogatorio, que es el documento escrito que contiene las preguntas que las partes realizarán en la audiencia, acta que se podrá reservar por las partes hasta la audiencia en que deban presentarse los testigos.

516. Número de testigos

Si bien el código sostiene que el ofrecimiento formal de testigos no podrá exceder de ocho (8) por cada parte, en los hechos se relaciona con la recepción, antes que a la procedencia. Por eso, si se propone un mayor número, se citará a los ocho primeros de cada uno, y luego de examinados, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá disponer la recepción de otros testimonios entre los propuestos, si fueren estrictamente necesarios y, en su caso, podrá convocar a otros testigos mencionados pero no ofrecidos, que pudieren gravitar en la decisión de la causa (art. 430, CPCCN).

La credibilidad de una prueba testimonial no depende del número de deponentes llamados a esclarecer a la justicia, sino de la verosimilitud de sus dichos, probidad científica del declarante, latitud y seguridad del conocimiento que manifiesta, razones de la convicción que declara, confianza que inspira, etc. Es decir, a los testigos se los aprecia por sus declaraciones, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, y no es necesario o determinante el número de los mismos, puesto que los testimonios se "pesan" y no "se cuentan".

Es el criterio que orienta la jurisprudencia, al sostener que a los efectos de apreciar la prueba testimonial, debe ponderarse la calidad de las declaraciones y no su cantidad, ya que el Código Procesal no contiene una tasa legal en cuanto al número de testigos.[2391]

Tampoco existe norma procesal que imponga la regla del testimonio plural (*testis unus, testis nullus*); aunque el juez deberá apreciar la declaración del testigo único con mayor severidad. Suele afirmarse que "...vale más un solo testigo que afirma un hecho, dando razón de

2391. CNFed. Civ. y Com., Sala II, "Fano, Norberto G. c. Banco de la Nación Argentina", 30/12/1999, *LL* 2000-C-898 (42.642-S).

un dicho, que mil testigos que, sin negarlo positivamente, manifiestan que la ignoran". Los dichos del testigo único deben ser tenidos en cuenta, en especial, cuando su versión de los hechos aparece razonable y no existen otros elementos de comprobación que lo desvirtúe, sin perjuicio de que sus dichos deben ser apreciados con severidad.[2392]

517. Modalidades de la audiencia donde declaran los testigos

En los regímenes escritos y en los procesos por audiencias, donde agregamos a los procedimientos mixtos (escritos en la etapa de postulación y orales en la práctica probatoria), los testigos declaran ante el tribunal en audiencias. La diferencia está en la *unidad* que significa el acto en la modalidad del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y los que siguen sus aguas, respecto de los escritos donde las audiencias son *individuales* y aplican el *principio de preclusión* para las observaciones posibles (*v. gr.* un ejemplo de la diferencia puede

2392. CNCiv., Sala A, 2000/06/05, "Rodríguez, Francisco R. y otro c. Martínez, Jesús O. y otro", *LL* 2000-F-99. Por eso, el testimonio del único testigo declarante de un accidente ferroviario no se ve desmerecido por el hecho que se encontraran muchos pasajeros en el tren en cuestión (CNCiv, Sala C, "O., N. D. y otro c. Ferrovías S. A.", 27/04/1999, *LL* 1999-F-666; *DJ* 2000-1-1068). Pero, en cambio, corresponde prescindir de la declaración brindada por el testigo único que afirma la versión del demandado –en el caso, en orden a la prueba de la culpa de la víctima en un accidente de tránsito– si existen contradicciones entre su declaración y el sentido unívoco que revela el conjunto de medios de prueba considerado en su integridad (CNCiv., Sala G, 2000/06/28, "D., G. J. c. Duarte, Dionisio del Corazón de Jesús", 28/06/2000, *LL* 2001-A-327; *RCyS* 2001-II-135). La eficacia del testigo único radica en el carácter de "necesario" y en la indudable posibilidad con que contó de acceder al efectivo conocimiento del hecho. Por tanto, no puede ser descalificado sin más pues la máxima *testis unus testis nullus* carece de vigencia en nuestro derecho. No obstante, una declaración de ese carácter debe tener corroboración en otros elementos de juicio incorporados a la litis y evaluados en su unidad conforme con las reglas de la sana crítica (CNCiv., Sala H, "Bugliaro Calabró c. Empresa Ferrocarriles Argentinos", 19/09/1996, *LL* 1997-C-495; *DJ* 1997-1-605). Se afirma, entonces, que la declaración prestada por un testigo único es susceptible de fundar las conclusiones de una sentencia acerca de la existencia o inexistencia de uno o más hechos controvertidos, si aquella merece fe de conformidad con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de que el juez, en tal caso, se atenga a pautas de apreciación más estrictas que cuando media una pluralidad de testigos (CNCom, Sala C, "Bustamante Posse, Juan C. c. Trinaroli, Eduardo R.", 30/06/1997, *LL* 1997-F-948 [40.032-S]).

estar en el alegato sobre la idoneidad del testigo, porque de acuerdo con el artículo 360, inciso 5, en la audiencia preliminar se proveerán las pruebas admisibles y se ordenará, en una sola audiencia, la prueba testimonial; de manera que el término para hacerlo es "*dentro del plazo de prueba* –artículo 456–," mientras que en el régimen preclusivo, será dentro de los cinco [5] días siguientes a la declaración).

El número de testigos propuesto por cada parte, unido a la declaración de necesidad de prueba que establece el juez en dicha audiencia, determinan la celebración del acto en una sola audiencia, o en varias conforme sea la posibilidad del tribunal. Al testigo se lo citará indicándole la obligación de comparecer a la audiencia fijada, aunque de manera previsora de un probable fracaso en la realización, se ordena otra audiencia en fecha próxima, de carácter supletorio.

Esta disposición se relaciona con el artículo 432, inciso 2 del ritual, que establece la caducidad de la prueba cuando el testigo no viene a la primera audiencia, sin justificar la incomparecencia, y la parte que lo propuso no requirió el cumplimiento del apercibimiento como el acto se notifica.

Recuérdese que el párrafo tercero del artículo mencionado indica que la audiencia supletoria lleva la advertencia de que la ausencia a la primera audiencia supone una sanción económica al testigo y la posibilidad de ser llevado por la fuerza pública al juzgado. Esto es una consecuencia del carácter de carga pública que tiene la calidad de testigo.

En cuanto a esto último, es necesario no solo que se requiera la medida de compulsión, sino que efectivamente resulte que se haya librado el respectivo oficio a la autoridad policial para que pueda tomar debido conocimiento la contraparte a los efectos de contralor de la prueba.[2393]

2393. Se ha dicho que la caducidad expresada por el art. 432, inc. 2, tiene como fundamento el evitar demoras en el proceso, atribuibles a las partes; lo que sucedería si el testigo concurre y declara en la fecha prevista por el auto que lo admitió y fijó esa oportunidad para su declaración. No es lo mismo si el testigo no concurre, y no existe constancia alguna de la actividad de la parte proponente para que concurra. En este caso, el proponente sólo tiene derecho a pedir una tercera audiencia si requirió oportunamente las medidas de compulsión y la solicita dentro del quinto día de fracasada la segunda, (art. 432, inc. 3). Ello coincide con el art. 385 que impide y desecha la acusación de negligencia (no tomar las medidas compulsorias), "antes de la fecha y hora de celebración de la audiencia". Ello porque la audiencia puede tener lugar aunque el testigo no fuera traído por la fuerza (CNCiv, Sala B, "Aldea, Raúl L. c. Decoraciones Versailles", 30/04/1983, *JA* 983-I-539).

La audiencia testimonial sufre modificaciones tras la sanción de la Ley N° 25488, en lo siguiente: 1) El artículo 360, inciso 5, aunque le indica al juez que tiene que estar presente en la audiencia, lo faculta a delegar la misma en el Secretario, o en su caso, en el prosecretario letrado; 2) el artículo 38, inciso 5, establece que el Secretario dirigirá en forma personal las audiencias testimoniales que tomare por delegación del juez; 3) el artículo 125, inciso 6, permite que la audiencia se celebre por las formas que el tribunal ordene documentar, es decir, que se puede variar la clásica oralidad actuada que se trascribe en el acta.

517.1 Las generales de la ley

El artículo 441 del Código Procesal, con el título "Interrogatorio preliminar", ofrece un listado de preguntas que siempre han de hacerse al testigo antes de comenzar con el cuestionario formal. Ellas son: a) Nombre, edad, estado, profesión y domicilio; b) si es pariente por consanguinidad o afinidad de alguna de las partes, y en qué grado; c) si tiene interés directo o indirecto en el pleito; d) si es amigo íntimo o enemigo; e) si es dependiente, acreedor o deudor de alguno de los litigantes, o si tiene algún otro género de relación con ellos.

Finalmente se aclara que, aunque las circunstancias individuales declaradas por el testigo no coincidieran totalmente con los datos que la parte hubiese indicado al proponerlo, se recibirá su declaración si indudablemente fuere la misma persona y, por las circunstancias del caso, la contraria no hubiere podido ser inducida a error.

El interrogatorio preliminar tiene por objetivo identificar al testigo; comprobar que no se trata de un testigo excluido; y fijar la posición que tiene en cuanto a lo que es materia del pleito, o respecto a las partes que en él intervienen,

a. Las cuestiones de parentesco, impide que declaren aquellas personas que estén vinculadas por una relación familiar con alguna de las partes. En los juicios de divorcio se acepta con cierta amplitud la declaración testimonial de los allegados de los cónyuges por ser quienes se encuentran en mejores condiciones de presenciar y hasta de vivir los episodios del matrimonio que culminaron con su ruptura, que generalmente son propios de la intimidad o de las relaciones domésticas, siempre que aquellas

declaraciones se viertan con objetividad y no traduzcan animosidad o parcialidad tendiente a ocultar o deformar la verdad.

b. La amistad o enemistad, de los testigos con la parte que ofrece su citación, impone cierta circunspección para verificar el grado de atendibilidad que las declaraciones merezcan; mas esa sola circunstancia no es decisiva, pues siempre deben valorarse todas las pautas susceptibles de gravitar en la eficacia de las declaraciones.

c. También el interés directo o indirecto en el pleito tiene igual ponderación. El interés directo significa que el testigo se beneficiará con el resultado del proceso, y particularmente, con el testimonio que puede prestar en favor de una u otra parte. El interés indirecto mediatiza el beneficio, pero igualmente se obtiene. Por una u otra razón, las circunstancias influyen decisivamente en la objetividad del testigo.

d. Finalmente la dependencia laboral no descalifica sin más la credibilidad del testigo, solo pone un alerta sobre la libertad para deponer.

517.2 El juramento o la promesa de decir verdad

El juramento es una palabra compuesta que proviene de unir *jus* y *jurandum*, vale decir, *jure* y *jurando*, porque se debe considerar lo que se jura como ley y derecho, o porque debe tenerse por verdad lo que se establece siendo Dios y el juez testigos. Para su validez debe contener tres requisitos esenciales: *verdad*, *justicia* y *juicio de necesidad*. *Verdad* para que sea cierto lo que se afirma o niega y lo que se promete o se piensa cumplir a su tiempo; *justicia* para jurar sobre lo que es lícito y honesto, porque si es contra las buenas costumbres, ni obliga ni se ha de cumplir; y se requiere el *juicio*, es decir que se ha de jurar con prudencia y discreción cuando la necesidad lo exija y por cosa no leve.[2394]

Al comenzar el interrogatorio se le debe pedir al testigo que jure decir lo que sabe o prometa hacerlo, en ambos casos expresándose con la verdad.[2395] La omisión de prestarla no provoca más que la adver-

2394. De Vicente y Caravantes, José, *Tratado histórico crítico y filosófico de la Ley de Enjuiciamiento Civil, op. cit.*, T. II, p. 190.

2395. Se sostiene que este formulismo es inconstitucional. En efecto: "En la práctica judicial más próxima a los ciudadanos de a pie sucede algo muy similar, pues en los

tencia al deponente sobre las penalidades que puede sufrir por falso testimonio; así como la inadvertencia en requerir la promesa o el juramento tampoco invalida la declaración.

517.3 El interrogatorio

El escrito que contiene las preguntas que se dirigen al testigo se llama interrogatorio. Formalmente es un documento judicial que se incorpora como acta agregada a la transcripción levantada de las

juicios se exige a los testigos jurar o prometer decir la verdad acerca de lo que se les pregunte. En un juicio al que asistí la jueza preguntó a uno de los testigos: '¿Jura o promete decir la verdad...?' Y el testigo, que no entendió la pregunta como una alternativa excluyente, contestó con naturalidad: "Sí", queriendo indicar con tal respuesta que sí, que o bien juraba o bien prometía. Sin embargo, a la señora jueza esta respuesta no le satisfizo del todo y por ello volvió a preguntar al testigo: 'Pero, ¿jura o promete?'. Resultaba asombroso que esta señora –que igual hubiera podido ser un señor– se atuviese al pie de la letra de aquel absurdo ritual, y no se diera cuenta de que su pregunta representaba una vulneración de la Constitución, en cuanto, al preguntar al testigo si juraba o prometía, implícitamente le estaba preguntando si tenía creencias religiosas o no. Por ello, la fórmula que incluye el juramento debería haberse eliminado desde el preciso instante en que se aprobó la Constitución, del mismo modo que se han ido suprimiendo los crucifijos de los centros de enseñanza, por respeto a la libertad de religión, de manera que en el terreno político no se debe imponer ninguna a nadie. En el ámbito privado, el creyente puede jurar, además de prometer, si le apetece hacerlo, y podrá seguir rezando y venerando su crucifijo durante el tiempo que desee, pero no hay que confundir el ámbito de lo público con el de lo privado, y mucho menos hacer propaganda sibilina de las creencias privadas en el ámbito de lo público. Por otra parte, la promesa y el juramento sólo tienen sentido como un rito que sirve para dar mayor solemnidad y fuerza al compromiso actual de cumplir con aquello que se promete o se jura. Sin embargo, en cuanto el prometer o el jurar hagan referencia a un compromiso acerca de acciones o sentimientos futuros equivale a pretender esclavizar la libertad futura respecto a los pensamientos y sentimientos actuales: Uno puede prometer amar a su pareja durante el resto de su vida o guardar odio eterno a los romanos. Sin embargo, tanto en un caso como en el otro, podría llegar un momento en el que los sentimientos de tal persona cambiasen, en cuanto nadie puede saber hoy cómo sentirá o como pensará mañana o dentro de veinte años, pues la vida se caracteriza por un cambio continuo, y, por ello, no tiene sentido prometer nada acerca de nuestras opiniones o sentimientos futuros, ya que nadie manda en los sentimientos ni puede tampoco prever cómo evolucionará en su manera de pensar. Por ello, 'jurar amor eterno' sólo puede ser una forma de expresión hiperbólica de un deseo actual y del deseo de sentir igual en el futuro, pero tomado en su significado más propio es absurdo, pues, el juramento o la promesa llegan a ser inmorales desde el momento en que por ellos se pretende encadenar la libertad futura a los sentimientos y pensamientos actuales" (García Ninet, Antonio, *El ritual del juramento es inconstitucional*, Madrid, Unidad Cívica por la República, 2007, p. 1).

narraciones realizadas en la audiencia. Dicho escrito debe estar firmado por la parte y su letrado.

El interrogatorio es una mera representación del interés que tiene la parte en probar los hechos, por lo cual puede ser completo y extenso, o lacónico y general, supeditado en ambos casos a la posibilidad de replantearlo, ampliar o declinar preguntas, cuando se concurre a la audiencia.

De no hacerlo –la comparecencia obligada es del testigo no de la parte y sus letrados– el orden y pertinencia de las preguntas se controla en forma previa a formularlas, y sucede de igual modo cuando el interrogatorio se presenta de viva voz. En todos los casos, se trata de una aplicación de las facultades ordenatorias del juez.

Al testigo solamente lo interroga el juez, o el funcionario a quien se le haya delegado el cumplimiento de la audiencia.

Quien pregunta no debe sujetarse textualmente al interrogatorio, porque este es solo una guía para examinar al testigo. El código estructura el tenor de las preguntas en hechos controvertidos, pero no es más que una orientación al testigo sobre el tema para el que se lo cita. En efecto, con ello se advierte que al testigo se lo puede interrogar sobre "todo lo que sabe y le consta", debiendo revelar en su declaración cuanta información tenga sobre los hechos que motivaron la litis, aunque no sean hechos controvertidos, ni se vinculen en forma directa con las cuestiones objeto de prueba, siempre que aporten elementos útiles para la resolución del conflicto.

En la observancia del espíritu de la ley procesal, no cabe tolerar al juez impasible y desatento ante respuestas incompletas, no precisas o dudosas; debe tratar que ellas sean aclaradas por el testigo en la medida de lo que pueda saber.

Tampoco es admisible que se recojan los dichos de testigos cuando se refiere no a hechos, sino a la significación de estos sin dar razón, penetrando en la esfera de los juicios, interpretaciones y valores que están reservados a la potestad judicial.[2396]

2396. Se ha dicho que "… durante más de un siglo, en nuestros procesos civiles más importantes, los testigos han declarado sobre hechos, pero, inicialmente, no en forma abierta, llana y libre, tras ser instados a decir lo que supieran sobre cierto hecho o complejo de hechos. Declaraban o deponían respecto de preguntas que constaban en interrogatorios escritos. Con arreglo a la misma pauta, la parte contraria a la que proponía la declaración testifical presentando el 'interrogatorio de preguntas' podía proponer que ese testigo declarase sobre unas llamadas 'repreguntas' que no se daban

a. Forma del examen: El artículo 442 del Código Procesal establece que

> Los testigos serán libremente interrogados, por el juez o por quien lo reemplace legalmente, acerca de lo que supieren sobre los hechos controvertidos, respetando la sustancia de los interrogatorios propuestos.
> La parte contraria a la que ofreció el testigo, podrá solicitar que se formulen las preguntas que sean pertinentes, aunque no tengan estricta relación con las indicadas por quien lo propuso.
> Se aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en el artículo 411, párr. 3º.

Son las facultades del juez para modificar de oficio y sin recurso alguno el orden y los términos de las posiciones, siempre que no altere su sentido. También puede eliminar las preguntas que considere manifiestamente inútiles).

> Se podrá prescindir de continuar interrogando al testigo cuando las preguntas que se propongan, o las respuestas dadas, demuestren que es ineficaz proseguir la declaración.
> La forma y el desarrollo del acto se regirán, en lo pertinente, conforme a lo dispuesto por el artículo 416.

Remisión errónea pues el precepto fue derogado por la Ley N° 25488.

La disposición reglamenta la forma como se desarrolla la audiencia enalteciendo el protagonismo director del juez a quien se lo faculta a interrogar con libertad, pese a que la parte que propone el testigo debe centrar las preguntas a los hechos controvertidos, a diferencia de la contraria que, con sus repreguntas, se encuentra con la posibilidad de interrogar más allá, y aun cuando la pregunta no tenga estricta relación con las que se proponen. Por eso, antes que repreguntas, son ampliaciones del interrogatorio.

---

a conocer hasta el acto de la declaración (las preguntas, en cambio, podía conocerlas anticipadamente el testigo). En la práctica diaria las preguntas se formulaban frecuentemente a semejanza de las posiciones en la confesión judicial (diga ser cierto), y las repreguntas aun más chocantemente (diga ser más cierto). Salvo en este punto del sentido afirmativo de las preguntas, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española supera esta prolongada situación" (De la Oliva Santos, Andrés; Díez-Picazo Giménez, Ignacio y Vegas Torres, Jaime, *Curso de Derecho Procesal Civil*, T. II, p. 357).

Asimismo, la audiencia se puede cerrar cuando el juez (o su delegado) interprete que el testimonio es ineficaz con la finalidad propuesta, facultad que raramente se aplica.
Sin embargo, el problema práctico de la prueba de testigos no es la formalización del desarrollo sino el presupuesto formal del interrogatorio, como veremos a continuación.

b. Forma de las preguntas: El detalle exagerado que hace el Código Procesal (art. 443) sobre la forma que debe tener el interrogatorio lo torna tan difícil de elaborar que proyecta su embarazo a la eficacia del testimonio.

> Las preguntas no contendrán más de un hecho; serán claras y concretas; no se formularán las que estén concebidas en términos afirmativos, sugieran la respuesta o sean ofensivas o vejatorias. No podrán contener referencias de carácter técnico, salvo si fueren dirigidas a personas especializadas.

La redacción del artículo, a diferencia de las demás disposiciones de esta prueba, parece no seguir la línea formal de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, sobre todo de 1855, pues en la de 1881 se introduce una variación significativa al no dar una técnica precisa para el interrogatorio.
Sostiene Guasp que

> … una fórmula estricta de la pregunta no existe en modo alguno, ni siquiera la desacertada exigencia que se impone en la confesión de su redacción en sentido afirmativo, ya que ahora no se habla de "posiciones" sino de "interrogatorio de preguntas" con lo cual se elimina, afortunadamente, la anterior prescripción y queda autorizado el empleo del interrogante, tónico (¿es cierto?, ¿no es cierto qué?) o no (diga si es cierto o no es cierto que…). Tan solo en cuanto al modo de expresión se encuentran en el artículo 638 dos normas sin trascendencia sobre el interrogatorio de preguntas: "estas preguntas se formularán con claridad y precisión, numerándolas correlativamente"; se requiere, por tanto, la ausencia de términos oscuros o equívocos y la observancia de un orden marcado externamente (lo que es acaso excesivo) mediante la numeración de las diversas preguntas.[2397]

2397. Guasp, Jaime, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil española*, *op. cit.*, p. 710.

A la supuesta libertad del interrogatorio se opone el formulismo severo de nuestra legislación, quizás con la firme intención de no confundir "preguntas" con "posiciones". Por eso, cuando aquella se propone con afirmaciones, antes que una consulta es una interpelación, logrando que el hecho alegado o la postura procesal asumida por la parte que ofrece, a la postre se convierta en un elemento de juicio neutro, que carece de eficacia para formar convicción.

Por eso al testigo hay que interrogarlo de modo tal que, en forma espontánea, relate lo que a través de sus sentidos ha percibido en torno a los hechos controvertidos conducentes, mas en modo alguno tiene eficacia formular preguntas que ya contienen las contestaciones a dar; cabe así restar validez a declaraciones que se limitan a decir "que es cierto" frente a proyecciones que contienen la descripción clara, completa y circunstanciada de los hechos que se intentan probar.[2398]

En consecuencia, las preguntas no pueden ser contestadas por "sí" o por "no", porque de darse esa posibilidad estarán mal formuladas. Por eso, pierden fuerza probatoria los testimonios obtenidos mediante interrogatorios que, sin perjuicio de ser sugestivos, contienen en forma precisa y circunstanciada la declaración que se requiere del testigo, si se puede limitar a contestar a las preguntas con un "es cierto".

No corresponde rechazar la prueba testimonial ofrecida, por la defectuosa forma en que se formulan las preguntas, sino intimar a que se modifique su redacción. Sin embargo, se ha observado que si bien es deber del juez o del secretario, en su caso, examinar con carácter previo a la declaración el contenido del interrogatorio, a fin de determinar si las preguntas se ajustan a los requisitos impuestos por el artículo 443 del ordenamiento procesal y de modificar o eliminar sus términos en caso contrario, parte de la jurisprudencia ha resuelto que el hecho de que las preguntas se hayan formulado en forma asertiva no es

2398. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. IV, p. 600.

causa de invalidez del testimonio y solo justifica que los dichos del testigo sean valorados con mayor rigor crítico.[2399]

Cada pregunta no puede contener más de un hecho; además, debe ser clara y concreta. Las excepciones se encuentran en los hechos complejos, o cuando se formula la interrogación en forma abierta (diga el testigo lo que sabe de los hechos...). La claridad se vincula con la necesidad de evitar confusiones en el testigo sobre aquello que debe revelar; y la mención de "concreta" se vincula con la eliminación de subterfugios o segundas intenciones.

Para Devis Echandía:

> ... el interrogatorio de los testigos debe ser lo suficientemente claro para que lo entiendan fácilmente; debe estar distribuido en diversas preguntas, lo más concisas que sea posible, procurando que cada una comprenda un solo hecho o punto; formuladas en forma de inquirir sus conocimientos, sin suministrarles los detalles que precisamente debe exponer de manera espontánea si los conocen, es decir, sin que las preguntas sean sugestivas o sugerentes.[2400]

Evidentemente, la técnica exigida obliga a una preparación especial, tanto del que interroga como del que sugiere las preguntas a formular. Para ello no hay que olvidar que solo con el interrogatorio es como el juez puede disipar dudas y esclarecer puntos oscuros, y llegar así a una convicción razonada y segura, sin la cual es imposible pronunciar una condena que no sea arbitraria. En consecuencia, seguir las directivas del código para confeccionar un interrogatorio adecuado a los parámetros, si bien precisa la formalidad, complica la celebración del acto por la solemnidad requerida y la técnica dispuesta, tornando en verdad la afirmación que sostiene que un buen interrogatorio debe contemplar dos aspectos esenciales: la razón de la ciencia y el conocimiento del testigo; lo primero para saber que no se puede orientar la respuesta (como es posible en el sistema

2399. CNFed. Civ. y Com., Sala III, "Núñez, Concepción c. Empresa Ferrocarriles Argentinos", 09/09/1987, *LL* 1988-A-504.

2400. Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial, op. cit.*, T. II, pp. 238-239.

angloamericano), y lo segundo para articular adecuadamente el saber con el conocimiento informado.

c. Forma de las respuestas: El testigo al responder debe ser espontáneo y contestar de viva voz, narrando circunstanciadamente cuanto sabe e interpreta sobre los hechos que se le preguntan. El interrogatorio es el marco de las preguntas, una suerte de guía sobre los hechos conducentes y controvertidos que ambas partes pretenden probar a tono con sus pretensiones y defensas.

   El testigo debe declarar y decir la verdad, aunque se puede negar a responder cuando tenga razones suficientes, legales o personales, que le admitan la inhibición.

   La prohibición de valerse de notas o apuntes para contestar surge de la propia naturaleza del testimonio que se presta, el cual por vía de principio solamente se conoce el día de la audiencia. De otro modo, se podrían dar las respuestas por escrito, anulando el sentido que tiene la prueba testimonial. No obstante, como excepción a esta regla, el testigo puede consultar libros o documentos cuando la pregunta lo obligue a ello como medio de precisar la respuesta y evitar errores eventuales (*v. gr.* testimonio del contador de una empresa que necesita saber un dato de los libros de comercio para poder ratificar o negar la pregunta).

   Además, en situaciones puntuales y autorizadas por el juez, puede completar su testimonio con el aporte por escrito de situaciones que lo tienen como partícipe principal, o porque puede revelar con exactitud sobre una determinada situación de hecho. Ello es factible si se articula esta disposición con el artículo 475 párrafo final del Código Procesal, que faculta al testigo a dar información adicional, ejecutar planos o croquis, participar en la reconstrucción del hecho, etc.

d. Interrupción de la declaración: Las declaraciones efectuadas en la audiencia respectiva no pueden interrumpirse por acciones hostiles u obstructivas. De verificarse la intención, para confundir al testigo, para prevenirlo, hacerlo incurrir en confusión, o crearle nerviosismo, quien lo realiza está sujeto a penalidades específicas y a ser excluido de la celebración.

La interrupción se sanciona porque introduce un factor de perturbación en el curso normal de la audiencia. El castigo es inmediato cuando la importancia del acto lo merece; en otros casos, se castiga la reiteración de la inconducta. La multa no es incompatible con la facultad del juez de excluir a quien interrumpe aquella.

517.4 El careo

El careo es una modalidad de adquirir certeza cuando entre las declaraciones de testigos existen versiones contradictorias que deben confrontarse para deducir quién de ellos dice la verdad. Desde otro punto de vista, constituye un acto de moralidad procesal que persigue confrontar con el diálogo entre los testigos, aquel que viola el deber de decir verdad.

Puede desarrollarse ante el juez y en presencia de las partes, con el fin de precisar con la aclaración de sus dichos quién ha incurrido en contradicción o falseado la versión. Del mismo modo, puede consistir en la confrontación de dos o más testigos, con la finalidad de averiguar la verdad en aquellos casos en los que los testimonios de los testigos por separado muestren discordancias sustanciales.

El sistema trabaja predominantemente en los sistemas procesales escritos donde la contradicción se observa tras confrontar las declaraciones; situación que en los juicios orales también se produce, solo que el careo se puede realizar de inmediato al ser muy próxima la declaración entre testigos.

El careo figura entre las potestades atribuidas al juez. Si las partes lo piden, puede o no hacer lugar a la petición. La confrontación de testigos puede ser ordenada en el acto de la audiencia, en virtud de las contradicciones advertidas.

Los testigos que declaran en la sede del tribunal deben permanecer en el recinto del tribunal cuando declaran todos en el mismo día; de otro modo, pretender que ellos se queden allí constituiría un abuso de la carga pública al que están sometidos.

Por otra parte, el careo está pensado para un desarrollo como el formalmente indicado en el artículo 439 del Código Procesal, orden que ya hemos dicho es absolutamente desconocido en la práctica tribunalicia.

Cuando alguno de los testigos declara en otra jurisdicción, y se advierten contradicciones con los que han declarado ante el juez com-

petente, se les deberá reiterar la declaración a tenor de un nuevo interrogatorio, esta vez formulado exclusivamente por el magistrado.

Los testigos pueden ser careados entre sí y con las partes. Entre las partes no hay careo, sino preguntas recíprocas o interrogaciones de oficio por parte del juez.

En cuanto a la forma, el juez pide a los careados que ratifiquen o rectifiquen sus declaraciones. Si las ratifican, pondrá de manifiesto las contradicciones que motivan el careo, e interrogará en consecuencia a los comparecientes.

Cuando la audiencia se celebre en un acto diferente al que se prestaron los testimonios, la parte asume la carga de urgir la prueba, pero dadas las modalidades del careo, no incurre en negligencia. En el careo se trata de aclarar una o más contradicciones que derivan de las declaraciones; no es necesario que haya una contradicción flagrante.

El juez está autorizado para proceder a la detención del testigo falso cuando la mendacidad resulta manifiesta de su testimonio. Esto puede resultar de la salacidad manifiesta o del resultado del careo. La detención puede ser practicada en el acto de la audiencia, con motivo de la declaración del testigo, después de ella, o también durante el careo.

Esta facultad de índole instructora debe ser limitada a casos extremos y fundada en indicios graves de falsedad. Debe ser administrada con máxima prudencia.

La falsedad en que incurre el testigo deberá estar relacionada con hechos que tengan influencia directa en el tema de la litis, de modo que el falso testimonio cause, a su vez, un perjuicio directo a una de las partes. El juez juzga el falso testimonio del testigo según las reglas de la sana crítica y en relación con los elementos y circunstancias de la propia causa civil. No debe esperar los resultados de la causa penal.

518. La prueba testimonial dispuesta de oficio

La distinción efectuada al inicio del capítulo probatorio, entre proceso público y proceso privado cobra en la especie una significativa trascendencia porque faculta la injerencia del órgano en la continuidad y celeridad del proceso cuando se ventila una cuestión que importa atraer el interés público.

En efecto, el artículo 452 del Código Procesal permite al juez disponer de oficio la declaración en el carácter de testigos, de personas mencionadas por las partes en los escritos de constitución del proceso o cuando, según resultare de otras pruebas producidas, tuvieren conocimiento de hechos que puedan gravitar en la decisión de la causa. Asimismo, podrá ordenar que sean examinados nuevamente los ya interrogados, para aclarar sus declaraciones o proceder al careo.

Esta facultad instructoria es diferente a las medidas para mejor proveer. Se disponen en el período de prueba y no admiten oposición. La potestad se conoce como iniciativa probatoria del juez y ha generado una polémica con el garantismo que considera al poder como un ejercicio de autoritarismo procesal, propio de un proceso inquisitivo.

La resistencia tiene poco asidero, posicionando el argumento en motivaciones constitucionales que no se encuentran en las cartas fundamentales ni resultan extensivas de garantías específicas como la bilateralidad, la contradicción o el derecho de defensa en juicio.[2401] En

2401. Para Taruffo "En el tradicional modelo *adversarial* del proceso la figura del juez era aquella de un 'árbitro pasivo', de un *umpire* desinformado y desinteresado, además de neutral, que tenía la sola y exclusiva función de asistir al libre combate de las partes garantizando la corrección y sancionando los comportamientos *unfair* o ilícitos. Esta imagen mítica ha cambiado casi completamente, siendo sustituida por una imagen del juez muy distinta. En Inglaterra esta transformación viene experimentada con las *Civil Procedural Rules* de 1998 que entraron en vigor el 26 de abril de 1999. Se trata de un verdadero y propio código de procedimiento civil (otra innovación relevantísima respecto a la imagen tradicional del derecho procesal civil inglés como derecho no escrito, que por otra parte ya desde hace tiempo se había tornado inatendible) en el cual al juez vienen confiados numerosos e incisivos poderes de gobierno y dirección del procedimiento, como aquel referido a la determinación del *track* que la causa deberá seguir (o sea del tipo de procedimiento aplicable según la naturaleza de la causa), a la fijación de las audiencias y la obtención de las pruebas. En los Estados Unidos una transformación análoga se experimenta, a partir de los años setenta, con el surgimiento de la figura del *managerial judge*, que reemplaza y toma el puesto de la imagen tradicional del juez como *passive umpire*. Se trata de una transformación larga y compleja, que no tiene un preciso punto de referencia temporal como las *Rules* inglesas, y es la consecuencia de varios factores como la continua reforma de la *Federal Rules of Civil Procedure*, las reformas descentralizadas y localizadas a las cuales abre el paso la *Civil Justice Reform Act* de 1990, y las respuestas que la práctica judicial da a los crecientes problemas de gestión y control de la justicia civil, en particular con referencia a la fase preliminar del proceso (sobre ella *infra*, *sub b*). En cualquier caso, cuando Judith Resnick, en un ensayo justamente famoso de 1982, fotografía al *managerial judge* y analiza su origen y características principales, esta transformación está ya sustancialmente completa: no corresponde más al juez el rol de árbitro pasivo que se limita a 'pitar las faltas' cometidas por las partes, sino un rol de organización y gestión activa

los hechos, la iniciativa probatoria llega de la mano de la publicización del proceso civil, que muestra la evolución del juez espectador hacia el director que supone darle al juez un rol activo.

Además, cuadra destacar un problema terminológico, porque sostener que el procedimiento es inquisitorio por la potestad probatoria del juez, quiere aprovechar un término muy cargado de implicancias retóricas que lo hacen confuso o –en el mejor de los casos– inútil.

Las implicancias retóricas –explica Taruffo– son normalmente usadas con el objetivo de dar una valoración negativa a todo aquello a lo que se refiere (evocando más o menos explícitamente el espíritu de la Santa Inquisición, en cuyos procesos el investigado no tuvo ningún poder de defensa ante un tribunal omnipotente). El término "inquisitorio" es, por tanto, confuso porque no ha existido nunca, y no existe hoy en ningún ordenamiento, un proceso civil que pueda considerarse verdaderamente inquisitorio: es decir, en el que las partes no tengan derechos o garantías y todo el proceso sea impulsado de oficio por el juez. De otra parte, no es el caso que la tradicional contraposición entre *proceso adversarial y proceso inquisitorio* esté privada de validez sobre el plano de la comparación entre modelos procesales. Por estas razones parece particularmente útil una operación de terapia lingüística consistente en dejar de usar el término "inquisitorio", al menos con referencia al proceso civil. Es más oportuno hablar de modelos mixtos para indicar aquellos ordenamientos procesales –que actualmente son muy numerosos– en los que se prevén extensos poderes de instrucción al juez, junto a la plena posibilidad que las partes tienen de deducir todas las pruebas admisibles y relevantes para la comprobación de los hechos.[2402]

Cuando se sostiene que el juez no puede solicitar que se produzcan pruebas que las partes no piden, suele apuntarse que una lectura opuesta es contraria a la Constitución; concepto radicalmente equívoco pues no hay ningún precepto de la Carta Superior –al menos en Argentina– que recorte la libertad funcional del juez, y obstruya el deber de esclarecer la verdad de los hechos controvertidos.

–no sólo de control– del desarrollo del proceso" (Taruffo, Michele, "El proceso civil de *civil law*: aspectos fundamentales", *Revista Ius et Praxis*, N° 12, vol. 1, 2006, p. 69 y ss.).

2402. Taruffo, Michele, "Poderes probatorios del juez y de las partes en Europa", *Revista Ius et Praxis*, N° 12, vol. 2, 2006, p. 95 y ss.

En este aspecto, es atinada la observación realizada en cuanto concierne a la cuestión de si los poderes de instrucción del juez pueden ser considerados como un problema político, o sea si la atribución al juez de poderes de iniciativa de instrucción implica la asunción de una ideología política antiliberal y sustancialmente autoritaria, o incluso totalitaria.

La cuestión no es nueva, afirma Taruffo,[2403] pero en cualquier caso:

> … no está claro, en los términos en que generalmente esta tesis es expresada, si se entiende que sería autoritario y antiliberal el proceso en el que el juez cuenta con poderes de instrucción autónomos, o si se tiene que considerar como autoritario, totalitario y antiliberal también el sistema político en el que semejantes poderes le son atribuidos al juez civil. En la primera hipótesis, todo el discurso amenaza a reducirse a un juego circular de definiciones: en realidad, se puede llamar "autoritario" al proceso en que el juez tiene poderes de instrucción, y llamar "liberal" al proceso en que el juez está privado de tales poderes. Esto en el empleo lingüístico es bastante común, aunque pueda parecer incongruente definir como simplemente "liberal" un proceso caracterizado por el monopolio de los privados sobre los medios de prueba, puesto que un proceso semejante pudiera ser "no liberal" bajo otros puntos de vista, por ejemplo no asegurando la independencia del juez. El primer uso lingüístico es aún más incongruente ya que un proceso en que el juez cuenta con poderes de instrucción no implica ningún "autoritarismo" procesal, pudiendo tales poderes configurarse como puramente supletorios y complementarios con respecto de los de las partes, y pudiendo el juez desarrollar un papel completamente secundario, o marginal, en la recolección de las pruebas. Además, como a menudo ocurre, el juez puede prescindir de ejercer sus poderes, así que no se tendría, en realidad, ningún gesto autoritario en la instrucción probatoria. Este modo de usar el lenguaje no es, en todo caso, neutral, en virtud de la valoración negativa que el uso retórico del término "autoritario" le da al proceso en que el juez está dotado con poderes de instrucción, y de la valoración positiva que el término "liberal" retóricamente otorga al proceso en que el juez está privado de tales poderes. Se trataría pues de un juego de definiciones determinadas no particularmente útil pero tampoco inocuo: es en todo caso oportuno no valerse de definiciones semejantes, ya que ellas parecen precursoras de confusiones y tergiversaciones.[2404]

2403. Ibídem, p. 99.

2404. Ibídem, p. 100.

Ahora bien, una proyección del cuestionamiento se da con la imparcialidad judicial que se dice afectada, la cual convertiría el ejercicio de juzgar en un auténtico fascismo.[2405]

Tal aseveración que pretende regresar al proceso como cosa exclusiva de partes, no recuerda que en la Italia de la segunda mitad del siglo XIX –al que algunos defensores del *revival* hacen referencia– fue calificada por algunos como "liberal", y lo fue en particular en el ámbito de la justicia civil, puesto que el juez configurado por el Código Procesal de 1865 fue sustancialmente pasivo y no contó con poderes de instrucción autónomos.[2406]

2405. "Antes de la caída del fascismo se hacía en España eco Guasp de la tendencia a aumentar las facultades del juez, citando lo que estaba ocurriendo en Alemania (se entiende la nazi) y en Italia (obviamente la fascista) y se lamentaba de que en la mayoría de las legislaciones (es decir, en las legislaciones con raigambre liberal) continuara la regla adversa a la iniciativa del juez en el proceso civil. A la adopción de una reforma radical en esta materia se oponía –seguía diciendo Guasp– el obstáculo del principio dispositivo que se concebía, no como una simple corruptela o vicio práctico, sino como una regla científica que informaba toda la marcha del procedimiento. Ese principio se consideraba por Guasp "rutina mental", precisando que era necesaria una crítica íntegra de esta tendencia individualista de innegable y marcada ascendencia liberal. Al principio de la verdad objetiva (llamada también verdad material para contraponerla a la verdad formal) como principio de la actuación procesal de los tribunales soviéticos se han referido los juristas rusos, los cuales han puesto de manifiesto que en la legislación comunista el juez debe "indagar" para el descubrimiento de esa verdad. Más aún, "la independencia del Tribunal Soviético respecto de los hechos señalados por las partes y su derecho de investigar también otros hechos, sustanciales para el asunto, asegura la posibilidad de hallar la verdad en el litigio y la dilucidación de las verdaderas relaciones mutuas entre las partes y por ello la defensa efectiva y real de las personas que participan en el litigio". En este contexto la posibilidad de que el juez acuerde cualesquiera medios de prueba no es más que una consecuencia de la negación del principio dispositivo.
Se entiende así que cuando se hace un resumen de los principios del proceso civil socialista se diga que se trata de: "la sustitución del poder de las partes respecto al desenvolvimiento del proceso por la iniciativa del juzgador, armoniosamente combinada con los derechos procesales de las partes en sentido estricto (poder de disposición respecto de la iniciación del proceso, derecho a defenderse, derecho a interponer recursos, etc.); poder de iniciativa probatoria a favor del juzgador, búsqueda de la verdad material; facultad del juzgador de la apelación de hacer valer motivos de impugnación no deducidos por la parte apelante... así como también la amplia participación de la Prokuratura en el procedimiento civil" (Montero Aroca, Juan, "La nueva ley de enjuiciamiento civil española y la oralidad", Texto base de la conferencia pronunciada en las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en San José, Costa Rica, los días 18 a 20 de octubre de 2000, ps. 77 y ss.).

2406. Taruffo, Michele, "Poderes probatorios del juez y de las partes en Europa", *Ius et Praxis*, *op. cit.*, p. 103.

Sin embargo el régimen de la época no fue ciertamente democrático, puesto que –para citar un solo aspecto– el derecho a voto correspondió solamente a un reducido porcentaje de ciudadanos varones. De otra parte, han sido varios los regímenes autoritarios en los que el proceso civil permaneció como monopolio de las partes con respecto a la dirección del proceso y a la disponibilidad de los medios de prueba: basta pensar en el código napoleónico de 1806, que sirvió luego de modelo a numerosas codificaciones del siglo XIX, al reglamento procesal austriaco de 1815, a la Italia fascista, dónde hasta 1942 estaba en vigor el código "liberal" de 1865, o a la España franquista, en el que estaba en vigor la "liberal" Ley de Enjuiciamiento Civil del 1881.

Por oposición, existen numerosos sistemas demócratas en los que el juez cuenta con amplios poderes de instrucción, como ocurre en Francia, en Suiza y en Alemania.

En resumen, concluye Taruffo: es verdad que los sistemas que se inspiraron en la ideología liberal clásica han producido ideologías procesales vinculadas a la presencia de un juez pasivo y al monopolio de todos los poderes procesales y probatorios reservado a las partes: es cuanto se ha verificado, por ejemplo, en los Estados Unidos con la configuración del *adversarial system of litigation*, en Italia con la codificación procesal de 1865, y en casi todas las codificaciones procesales del siglo XIX. No es verdad, en cambio, que los régimenes *soi-disant* liberales tengan o hayan tenido sistemas procesales con un juez falto de poderes de instrucción. Por oposición, incluso es verdadero que algunos regímenes autoritarios, como el soviético, han extendido de modo relevante los poderes de instrucción del juez, pero también es verdad que no todos los regímenes autoritarios lo han hecho, como demuestran los ejemplos antes referidos de la Italia fascista, de la Alemania nazi y de la España franquista. Es por otra parte verdad que muchos regímenes no autoritarios –como se verá– han introducido relevantes poderes de instrucción. El hecho es que los poderes de instrucción del juez han sido introducidos en algunos regímenes autoritarios, y en muchos regímenes democráticos, cuando estos últimos han abandonado la ideología liberal clásica para seguir ideologías más desarrolladas en las que se configura un papel activo del estado en el gobierno de la sociedad. Si estas ideologías son o no son autoritarias es –una vez más– un problema de definiciones o un problema de teo-

ría política que no puede ser adecuadamente afrontado en esta sede: sería, en todo caso, paradójica la tesis según la cual existirían sistemas democráticos que admiten modelos autoritarios de proceso civil.[2407]

La iniciativa probatoria no desnaturaliza el principio dispositivo, sino que coexiste con él. En materia probatoria referimos al principio respecto al poder de disposición de los elementos de convicción, sin interesar la relación jurídica procesal. El producto que se obtiene de esta evolución no es político sino de técnica procesal porque facilita alcanzar los resultados axiológicos del proceso sin someterse a los designios interesados de las partes.

Es cierto que la verdad quizás nunca se alcance en su trascendente y significativa dimensión, pero la aproximación que consigue el juez a partir de su decisión y compromiso con ella permite avizorar un decisorio más cercano a la justicia y de bases más reales que las expuestas por los litigantes.

El artículo 452 faculta al juez a ordenar de oficio las medidas necesarias para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, citando a testigos conocidos por vías indirectas (otras pruebas producidas).[2408] La facultad no se limita a la citación de personas mencionadas en los escritos de demanda, reconvención, etc., porque se extiende a todas aquellas que podrían tener, conforme a la producción de pruebas en el expediente, conocimiento de los hechos controvertidos, y cuyas declaraciones resulten importantes para la decisión de la causa.

2407. Ibídem, p. 104.

2408. Sostiene Arazi que la distinción entre fuentes y medios de prueba es importante a fin de precisar las facultades del juez para ordenar medidas de oficio. En principio el juez no está facultado para investigar la existencia de fuentes de prueba ya que él juzga, no investiga; solo el juez de instrucción en materia penal puede averiguar por su cuenta si existen fuentes y traerlas al proceso, pero no debe ser quien en definitiva valore esa prueba, sino que lo hará el juez de sentencia. No es conveniente que una misma persona sea quien realice la pesquisa y aprecie la prueba obtenida como consecuencia de ella, porque puede verse disminuida su imparcialidad. Adviértase que el Código Procesal de la Nación autoriza al juez a citar a declarar a personas no ofrecidas como testigos por las partes, pero a condición de que el conocimiento de la existencia de esas personas (fuentes de prueba) lo adquiera dentro del proceso y no fuera de él: deberán haber sido mencionadas por las partes en los escritos constitutivos del proceso, según lo dispone el artículo 452 del Código Procesal de la Nación, o *resultar de otras pruebas producidas que tuvieron conocimiento de hechos que puedan gravitar en la decisión de la causa*, conforme el agregado a ese artículo efectuado por la Ley N° 22434 (Arazi, Roland, "Testimonial y prueba del daño", *Revista de Derechos de Daños*, Nº 5, Buenos Aires/Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 101 y ss.).

El nombre de las personas puede surgir de declaraciones de los testigos, de la absolución de posiciones de las partes, de un dictamen pericial o de cualquier otro medio de prueba producido en el expediente.

519. Valoración de la prueba de testigos

El sistema de valoración de la prueba adoptado por el Código Procesal es el de la "sana crítica" (artículo 386), salvo disposición en contrario. Referido a la prueba testifical no hay transiciones, pero el nivel de comprensión y apreciación del testigo depende de muchas variables.[2409]

En efecto, para Eisner si bien la prueba objetiva, *documental*, promete mayor certeza y seguridad por la forma en que se construyó y por la permanencia del instrumento que la contiene; así como la *representación personal* arroja la ventaja de su mayor riqueza expositiva a la vez que el riesgo del error o la mala fe del exponente que se daría, en la parte, en cuanto litigante interesado solo en el éxito de su postura procesal; en el *testigo*, el valor probatorio intercede por obra de los múltiples factores que pueden incidir en la producción de su testimonio, como lo son la mayor o menor perfección de su inteligencia y sus sentidos, su memoria, la influencia de las partes o terceros, su categoría moral o intelectual, su modo de exponer y la manera en que se le interrogue o se incorpore su declaración a las piezas del juicio.[2410]

De allí que, en el análisis de la prueba el juzgador puede inclinarse por la que le merece mayor fe, en concordancia con los demás elementos que pudieran obrar en el expediente. Pero cuando se aprecian los dichos del testigo, la evaluación no se restringe al testimonio, sino a otras manifestaciones implícitas en la declaración. Cuando ella se produce en forma verbal y actuada (juicios orales), la percepción directa que tiene el tribunal agrega un elemento más, que no suele darse en los procesos escritos don-

2409. La prueba testimonial debe ser apreciada según las reglas de la sana crítica y, salvo que exista una norma que indique expresamente un medio especial o asigne un valor diferente a determinada prueba sobre otra, la ausencia de prueba documental no puede ser invocada como óbice válido para restar mérito probatorio a las declaraciones testificales rendidas en la causa (CSJN, Fallos, 323:1810, "Warnes, Ana M. c. A.N.Se.S.", con nota de Amanda Lucía Pawlowski de Pose en *DT* 2001-A-864).

2410. Eisner, Isidoro, "El valor probatorio del testimonio en el proceso civil", *LL* 1984-E-1185.

de la declaración se mediatiza en actas recogidas por delegados del juez a quienes se autoriza a recibir la prueba testimonial (prueba trasladada).

En la oralidad es posible examinar la persona y las actitudes del declarante en oportunidad y con motivo de cada pregunta, de modo que la convicción del juez se robustece o debilita según la credibilidad de los dichos y especialmente la confianza que puede o no despertar el comportamiento y la personalidad del deponente. En el procedimiento escrito las actas no suelen reflejar las reacciones, los titubeos, los rubores o palideces que muestra el testigo y que tanto conduce a la más apropiada valoración del testimonio. Además, aunque fuera el mismo juez quien recibió la declaración y participó en la confección del acta de la audiencia, lo cierto es que la sentencia se dicta mucho tiempo después de esa instrucción probatoria y entonces el magistrado muy difícilmente pueda conservar las vivencias que le acompañaron durante la entrevista con el testigo y su declaración.[2411]

Además, la declaración testimonial es distinta según la calidad de la observación. Cuando el testigo es directo (presencial), el peso de sus dichos difiere del que se limita a reproducir afirmaciones de otros; o que sabe indirectamente ("de oídas"). La eficacia de la prueba depende, precisamente, de la representación que se consigue sobre los hechos pasados, de allí que las opiniones, deducciones o apreciaciones personales del testigo, no sirvan más que como posibilidades alternativas que no obligan al juez.[2412]

2411. Ibídem, p. 1186.

2412. Para Eisner, el testimonio judicial puede y debe integrarse no solo con la descripción física inerte de los objetos percibidos, sino también y normalmente con la expresión de las deducciones, apreciaciones y calificaciones que estos le han merecido a la persona del testigo-hombre. La cultura y la experiencia de la vida hace que nada pase por el intelecto como mero dato físico, neutro y aséptico, sino que es recogido por un ser pensante que ha aprendido a atribuir a las cosas y los hechos una comprensión de las que no se puede desprender el testigo al brindar su testimonio. Por supuesto que se corre el riesgo de hallarnos frente a un testigo mentalmente insuficiente en cuanto puede opinar guiado por alucinaciones, espejismos, fantasías, dogmas esotéricos, mitomanías, fabulación y tantas otras deficiencias de la personalidad que tornan poco recomendables sus juicios. Pero será tarea insoslayable del juez desentrañar las notas más llamativas del sujeto declarante y precisamente por ello calibrar al máximo la calidad y el contenido de los interrogatorios y el control de sus respuestas. Siempre deberá imponerse el principio de inmediación –presencia del juez– y las reglas de la sana crítica (Ibídem, p. 1187).

Esta fuente de conocimiento, generalmente despreciable por su lejanía e inseguridad, solo puede aceptarse cuando se trata de bonificar el conocimiento de hechos antiguos o la fama o el rumor público, cuando no hay medios más precisos y cercanos de información. Esos testimonios deben llegar con todo cuidado y recibirse cuando no es posible valerse de documentos o de la inspección judicial y otros medios más seguros de información. Solo ante tales carencias es admisible recoger esos testimonios de oídas o por referencias, que bien interrogados puedan dejar algún elemento de convicción aunque sea meramente presuntivo. A veces cabe ordenar que se llame a declarar al testigo original que fue mencionado por el testigo de segundo grado y de tal modo se recupera la fuente primigenia del conocimiento.[2413]

Inclusive, aceptando que la sana crítica es el régimen preferente para valorar la prueba en su conjunto, no se puede soslayar que es el Código Procesal el que clasifica indirectamente el peso del testimonio al punto que permite a las partes cuestionar la idoneidad del testigo (art. 456). Por ejemplo, la declaración prestada por testigo que debió ser excluido es de ningún valor,[2414] sin embargo, observamos el impacto que tiene el testimonio del menor de edad en asuntos donde se controvierten intereses que lo afectan (*v. gr.* tenencia, régimen de visitas, patria potestad, etc.); también cuando existen causas de inhabilitación (comúnmente comprendidas en las llamadas *generales de la ley*) que tampoco inhiben los dichos pero señalan un defecto en el presupuesto de la *extrañeidad*.

En consecuencia, la reforma habida desde hace mucho tiempo en el sistema procesal ha permitido darle al juez más libertad para valorar la prueba de testigos, en la que ya no existen tachas (que rigieron hasta 1967 en el Código federal) absolutas ni relativas que disminuyan la fuerza probatoria de la declaración testimonial.

Finalmente, queda en pie otra sutileza del Código Procesal que parece encomiar al testigo que declara con conocimientos especializados (cfr. art. 443), de carácter técnico sin resultar perito (porque si el objetivo es conseguir una experticia la vía pertinente es la prueba pericial).

2413. Ibídem, p. 1188.

2414. Es tan enérgica la prohibición que no se ha mantenido la solución transaccional de que sólo declare si es a favor de su allegado pero no si sus dichos podrían perjudicarlo. No puede declarar ni a favor ni en contra de su pariente ya que de todos modos le cabría la sospecha de aguda parcialidad y sus dichos no serían útiles al proceso, con violencia para todos (Ídem).

Capítulo LXVI
Prueba pericial

520. Conceptos fundamentales

La prueba pericial, a diferencia de las anteriores, no siempre fue considerada medio de prueba porque al perito se lo trajo como un auxiliar de la justicia que, por las especiales características de la función a cumplir, debía integrarse a un cuerpo de expertos singular (*v. gr.* Cuerpo Médico Forense) al que las partes debían recurrir expresamente, o al que el juez pudiera solicitar colaboración.

La diferencia no es baladí pues si queda como medio de prueba y acotado al principio de disposición, únicamente las partes dan lugar a la participación de peritos en el proceso; en cambio, si la figura resulta un sistema complementario de la función jurisdiccional, la pericia se puede disponer de oficio sin necesidad de que las partes lo soliciten. Asimismo, el régimen disciplinario difiere, como las cuestiones de procedimiento (*v. gr.* designaciones, régimen de celebración; observaciones e impugnaciones; costas y honorarios, etc.).

Está claro que la observación no tiene en cuenta el deber genérico de esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, que unido a la iniciativa probatoria que el Código Procesal recepta, torna innecesaria y sobreabundante la distinción.

La generalidad dispuesta para que la prueba de peritos sea admisible se basa en la necesidad de apreciar hechos controvertidos bajo la técnica que aplica alguna ciencia, arte, oficio o profesión.[2415]

En este sentido, Devis Echandía sostiene que la necesidad de la peritación debe ser evaluada con un criterio amplio, puesto que el juez

2415. El sistema llega de la Ley de Enjuiciamiento Civil española (art. 610) que manteniendo la redacción tradicional, en la reforma introducida por la Ley N° 1/2000, dice que procede la prueba de peritos para relevar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos (actual art. 355) ampliando así el marco de actuación, al trascender los hechos controvertidos.

debe recurrir a ella, no solamente cuando la ley ordene su práctica en un caso determinado y cuando la cuestión por investigar escape a sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, sino, inclusive, cuando se considera capacitado para verificarla e interpretarla, si aquella no es perceptible de modo completo por el común de las gentes, "en virtud del principio del carácter social del convencimiento", o de la certeza judicial, porque "la sociedad debe estar en condiciones de controlar, mediante su opinión, la decisión judicial sobre la existencia y sobre la naturaleza de los hechos".[2416]

Justamente la definición procesal que presenta a la prueba pericial como una técnica especializada para el reconocimiento de hechos controvertidos que necesitan de una apreciación profesional que el juez no tiene, supone aceptar que el perito es un auxiliar de la justicia. La actuación del experto contribuye con su saber, ciencia y conciencia a esclarecer aquellos puntos que requieren conocimientos especiales, lo cual hace razonable la aceptación de sus conclusiones aun respecto de los ítems en los que expresa su opinión personal, siempre que tales afirmaciones obedezcan a elementos de juicio tenidos en cuenta.

Por otro lado, dejar en manos de las partes la producción de la prueba pericial se puede comprender con los parámetros de la carga de la prueba y con los deberes procesales de actuar con diligencia y eficacia en la confirmación de las pretensiones que se llevan a juicio, de allí que la omisión de ofrecimiento podría verse con los supuestos de la responsabilidad profesional, o de la negligencia procesal, cuando habiendo ofertado la producción la misma no se concreta por desidia de la parte.

En la práctica, la cuestión encuentra asidero en dos tiempos lejanos entre sí: la designación del experto (es decir, la función propiamente dicha que se encomienda) y la valoración del dictamen.

521. El perito como medio de prueba

Fue Alsina quien controvirtió por vez primera en nuestro país la calidad probatoria del perito al sostener que la función, propiamente dicha, significaba: 1) conocer o apreciar un hecho por sus propios medios, sea porque no se halle al alcance de los sentidos del juez,

2416. Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial, op. cit.*, T. II, p. 255.

sea porque su examen requiere aptitudes técnicas que solo proporcionan determinadas disciplinas; 2) comprobar un hecho cuya existencia se controvierte, o bien para determinar ya las causas, ya los efectos del hecho admitido; 3) salvar una imposibilidad física o en suplir una insuficiencia técnica del tribunal. En cualquiera de los supuestos, enseñaba el maestro, el perito es un simple intermediario en el reconocimiento judicial.[2417]

La función especial que se practica hace que algunos vean en el perito un asesor del magistrado en cuestiones ajenas al derecho, y respecto de las cuales carece habitualmente de conocimiento. Por eso, argumentan que la naturaleza jurídica del perito es la de auxiliar de la justicia, una suerte de delegado del juez, al que se le exige: a) aceptar el cargo ante el actuario y b) permanecer imparcial frente a los intereses de las partes.

Con la incorporación de consultores técnicos en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el tema parece confirmar la tendencia de convertir al perito en un auxiliar, colaborador de la justicia; al ser aquellos los "peritos de parte"; pero en los ordenamientos que aún no cuentan con el instituto, la prueba pericial sigue analizándose bajo la perspectiva de los principios dispositivo y de adquisición (a los

2417. Así presenta la cuestión Fenochietto, Carlos (ver: "Peritos y 'consultores técnicos' en la ley 22.434 modificatoria del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", *LL* 1981-C-1119, donde cita a Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, op. cit.*, T. II, p. 347, 1ª edición. Posición mantenida en la segunda edición donde escribe "... no se trata en realidad de una prueba, aunque el Código así la denomine, sino un medio para la obtención de la prueba, desde que sólo aporta elementos de juicio para su valoración". Una crítica a la tesis puede verse en: *Derecho Procesal Civil* de Palacio, Lino Enrique, T. IV, p. 676; Areal, Leonardo Jorge; Fenochietto, Carlos Eduardo, *Manual de Derecho Procesal*, T. II, p. 349; etc. Con anterioridad, en nuestro medio Dellepiane se había enrolado en esta postura: "El perito es susceptible de ser utilizado más que como medio de prueba autónomo, como agente auxiliar para ilustrar la conciencia del juez en toda clase de pruebas..." (*Nueva teoría general de la prueba, op. cit.*, p. 61). También, entre otros, Couture, Eduardo Juan, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil, op. cit.*, 3ª ed., p. 266, ubicando a la pericia como un "elemento de elaboración", en la génesis lógica de la sentencia civil, y Eisner, Isidoro, *La prueba en el proceso civil, op. cit.*, p. 77. Una posición ecléctica, es la de Colombo, Carlos, *Código Procesal Civil y Comercial, anotado y comentado, op. cit.*, T. III, p. 631. Sobre la naturaleza jurídica de la peritación y la opinión de los autores ver: Devis Echandía, Hernando, *Teoría General de la prueba judicial, op. cit.*, T. II, p. 312.

fines de realizarla con un solo experto cuando es prueba común), vale decir, en el ámbito de las partes.[2418]

Pero no es solo en un elemento legislativo donde pueden hallarse coincidencias; también Carnelutti[2419] explicando el Código italiano de 1940 (que rigió desde 1942), exponía las razones por las que la pericia había sido excluida como medio de prueba para incorporarse como un instrumento auxiliar de la formación de la certeza. Cuadra recordar que en este ordenamiento la pericia se llama "consulta técnica", de lo que resulta esencial el consejo antes que la verificación.

Decía entonces que

> ... el consultor técnico (del juez) tiene ciertamente su origen en el perito del código anterior, pero sus funciones se han ampliado y encuadrado oportunamente. En cuanto las razones o las pruebas exijan para ser recogidas, observadas, valoradas, conocimientos técnicos, que siendo extraños al derecho, no posea el juez instructor, es éste asistido en la instrucción por el consultor técnico, que representa un complemento de su figura.[2420]

Tiempo después, Satta aclaró que el consultor técnico era una figura de sustitución del perito, dejando constancia de que la ley había hecho una opción entre concebir al perito como auxiliar de la justicia o como fuente de prueba, eligiendo lo primero. De allí que en Italia, el consultor forme parte de los órganos judiciales, pero disciplina la consulta como un deber de la instrucción judicial, junto a la testimonial y a las otras fuentes de prueba, y así reproduce y mantiene inalterada la antigua falta de certeza.[2421]

No obstante, la idea de colaborar en la investigación probatoria no impidió sostener que

> ... en realidad, si es cierto que el perito por la objetividad de las indagaciones que se le demandan y por la forma de su participación en el proceso (encargo judicial), se acerca más al juez que al testigo, no es menos cierto que el resultado de las indagaciones que él cumple es siempre una comprobación de hecho, y como tal está en conexión con las alegaciones de

2418. Carrillo, Hernán, "Apuntes sobre la prueba pericial", *LL Litoral*, 2000-791.

2419. Carnelutti, Francesco, *Instituciones de derecho procesal civil, op. cit.*, T. II, p. 26 y ss.

2420. Ibídem, p. 27.

2421. Satta, Salvatore, *Manual de Derecho Procesal Civil* (trad. de Santiago Sentís Melendo y Fernando de la Rúa), Buenos Aires, Ejea, vol. I, 1971, p. 304.

> parte, y por lo tanto, con la carga de la prueba. La diferencia entre el testigo y el perito está dada por esto: el primero representa al juez un hecho, como históricamente ocurrido, el segundo pone en relación una situación objetiva con una regla de experiencia, que él mismo formula, o sea que afirma, en definitiva, un hecho en vía de deducción de la regla de experiencia.[2422]

En Argentina el peso del Código italiano se advirtió recién en la reforma de la Ley N° 17454, porque la principal influencia fue española. La Ley de Enjuiciamiento Civil sostuvo que el juicio de peritos era necesario cuando se necesitaba el parecer o dictamen de personas experimentadas en su oficio, arte o ciencia, o que posean conocimientos sobre ciertos hechos u objetos contenciosos, en virtud del examen o reconocimiento que el juez le confía con el fin de obtener las noticias necesarias para la decisión del pleito, y que no puede procurarse por sí mismo. Tal es la definición que se deduce de la letra y espíritu de las Leyes 23, Título 16 de la Partida III; 1ª y 2ª, Título 21, Libro 10 de la Novísima Recopilación y del artículo 303 de la Ley de Enjuiciamiento citada.

Caravantes sostiene que

> … de la primera cláusula de la definición expuesta se deduce que el juicio de peritos tiene lugar cuando los hechos a que se refiere la cuestión litigiosa, requieren conocimientos facultativos por versar sobre algún arte, oficio, ciencia o profesión; *v. gr.* si se trata del deslinde de términos o medición de terrenos, estado de un edificio, de si se halla demente o no una persona, de su estado de virginidad, etc. En tales casos, aun cuando el juez por sus estudios especiales se hallase con los conocimientos necesarios para poder formar un juicio acertado de hechos, no podrá considerarse como perito para el efecto de dejar de nombrar los que la ley establece, y de oír su dictamen con arreglo a la misma, si bien aquella instrucción le servirá para guiarle en la apreciación que forme del dictamen emitido por aquellos.[2423]

Esta sutileza demuestra por qué la pericia en nuestro sistema es un medio de prueba, porque de ser un elemento auxiliar, la posibilidad del juez experto en un área comprometida en juicio tornaría innecesaria la producción especializada, lo que no es así porque el magistrado

2422. Ídem.

2423. De Vicente y Caravantes, José, *Tratado histórico crítico y filosófico de la Ley de Enjuiciamiento Civil, op. cit.*, T. I, p. 197.

puede reunir la calidad de experto pero no, por ello, denegar la práctica de una prueba a quien se lo pida.

El dictamen se ofrece a título de colaboración por quienes tienen una preparación diferente y un punto de vista objetivo que responde a tenor de una consulta previa, que es diferente a la capacidad que posiblemente tenga el juez (por profesión similar adquirida, o por máximas de experiencia). Esta duda eventual que plantea la admisión de la prueba, cuando el juez posee conocimientos especializados sobre el mismo planteo que las partes requieren producir el examen pericial, fue analizado, entre otros, por Carnelutti, quien coincidiendo con la idea de consulta y necesidad de la prueba sostuvo que se podría prescindir de este medio probatorio;[2424] pero en los hechos, esta actitud equivaldría a un cercenamiento del derecho de defensa en juicio, en la medida que el auxilio que el juez requiere no es a título de consulta, sino de producción de medios de prueba disponibles que aumentan las formas y las vías para alcanzar la verdad. Por otra parte, es aconsejable utilizar el medio de prueba, aun gozando de una capacidad técnica particular, porque permite la incorporación de otro elemento de estudio y, en definitiva, la valoración final es libre y la experticia juega como asesoramiento.

Fenochietto afirma que resulta innegable:

> ... que la postura que ubica al perito al lado del juez, como su auxiliar, depara frutos inmediatos: el *auxiliar* por propia definición es un dependiente, en consecuencia, su dictamen no puede obligar al magistrado cuya función aparece así robustecida por su propia e indelegable autoridad.[2425]

A tenor de lo expuesto, no tiene demasiada importancia calificar si el perito es auxiliar o medio de prueba cuando lo que se atiende es el resultado y los motivos que se consiguen para lograr un conocimiento mejor sobre aquellos hechos que exigen un abordaje especializado. Es una función integradora cuya trascendencia se valora al tiempo de apreciar la eficacia de la prueba.

De este modo, Parra Quijano afirma que toma partido entre quienes sostienen que la pericia es un medio de prueba sin que ello implique

2424. Carnelutti, Francesco, *La prueba civil, op. cit.*, p. 134.

2425. Fenochietto, Carlos Eduardo, "Peritos y 'consultores técnicos' en la ley 22.434 modificatoria al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", *LL* 1981-C-1120.

negarle la función integradora que tiene para que el juez, en últimas, tenga un conocimiento completo. Agrega el profesor colombiano que

> … nucleamos nuestro concepto en el perito cuando nos referimos a una persona versada en la materia. El lector debe pensar que no hay peritazgo, es decir medio probatorio, si quien lo produce no es esa persona especialmente cualificada ya que nadie puede aportar lo que no tiene. Este concepto tiene una especial connotación, porque sin perito no puede existir dictamen pericial.[2426]

En el mismo sentido de compatibilizar la función con el carácter de la actuación, afirma Palacio que

> … la tesis que lo califica (al perito) como auxiliar del juez, desde el momento que se vincula exclusivamente a la estructura orgánica de la pericia, no resulta de ninguna manera incompatible con la índole incuestionablemente probatoria de esta última.[2427]

En síntesis, la pericia es un medio de prueba disponible para las partes y posible de resolver de oficio en el marco de las potestades probatorias que tiene el juez de la causa.[2428]

2426. Parra Quijano, Jairo, *Tratado de la Prueba Judicial. La prueba pericial, op. cit.*, T. V, 1996, p. 5.

2427. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. IV, p. 675.

2428. Bien dice Fenochietto que, entre nosotros, bueno es recordar que la polémica no llegó a profundizarse en razón de que la reforma al Código de Procedimiento (derogado) introducida por la Ley N° 4128, en el año 1902 excluyó a la pericia del dogma de la prueba legal, ubicando su eficacia en el marco de las "libres convicciones" del magistrado. Aquella sana reforma no impidió, como tampoco era su propósito, que por fuerza de las costumbres curiales se mantuviera el dictamen pericial y en particular a la figura del perito, rodeado de conceptos iusprivatísticos y arcaicos, aun en el Código Procesal del año 1968. Me refiero a la audiencia para el "nombramiento" de "varios" peritos a propuesta de partes; la perniciosa distinción de "perito de parte" frente al "perito tercero" como si se tratara de distintas categorías jurídicas y por último la reunión en colegio, mas admitiendo la "disidencia por separado" (arts. 460, 461, 472, 2° párr. respectivamente). El singular mecanismo de proposición de peritos de partes y la conformidad que cada una debe prestar con relación al propuesto por la contraría (actuales arts. 460/461), solo pudo concebirse con anterioridad a la reforma del ordenamiento procedimental por la mencionada Ley N° 4128, pero no en la actualidad desde que la pericia se encuentra sujeta a la tasación de conformidad a las "reglas de la sana crítica". Aquí se encuentra una de las razones primordiales justificativa de la escisión del "perito", nombrado por el juez y los "consultores técnicos" propuestos por las partes, conforme se puede leer en los "fundamentos de las reformas en particular" elevados por sus autores, los doctores Colombo, Carlos; Cichero, Néstor y Anaya, Jaime al Ministro de

522. Calidad y condiciones para ser perito

Los peritos son llamados a informar al juez acerca de las consecuencias, que objetivamente, de acuerdo con su saber y experiencia técnica, deben extraerse de los hechos sometidos a su observación. De ahí que el código prevea, como requisito en caso de que la profesión estuviese reglamentada, tener título habilitante en la ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada a que pertenezcan las cuestiones acerca de las cuales se ha de expedir. No se requiere demostrar con la matrícula que se encuentra en actividad, pues basta con el diploma universitario que acredite la formación especial. No obstante, la antigüedad requerida es de cinco (5) años contados desde la matriculación profesional.

Por otro lado están los peritos que integran el Cuerpo Médico Forense, que forman parte del Poder Judicial de la Nación conforme lo prevé el artículo 52 del Decreto-Ley N° 1285/58, cuyos miembros son profesionales de distintas especialidades médicas, que actúan ofreciendo asesoramiento, como auxiliares de la justicia, cuya imparcialidad y corrección están garantidas por normas específicas y por medio de otras similares a las que amparan la actuación de los funcionarios judiciales.[2429] Con la Ley N° 14467 se ratifica el Decreto del período de facto y se crean los cuerpos técnicos que suman a contadores, calígrafos, ingenieros, tasadores, traductores e intérpretes, los que se encuentran bajo la superintendencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Dichos peritos actúan en sede penal, aunque, excepcionalmente, pueden ser requeridos por jueces de otros fueros, cuando medien razones de urgencia, pobreza o interés público, o cuando las circunstancias del caso hicieren a criterio del juez, necesario su asesoramiento.

Justicia (Fenochietto, Carlos Eduardo, "Peritos y 'consultores técnicos' en la ley 22.434 modificatoria al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", *op. cit.* p. 1120).

2429. La Corte aclara que, si bien el informe del Cuerpo Médico Forense debe considerarse como asesoramiento técnico de auxiliares de la justicia cuya imparcialidad y corrección están garantidas por normas específicas y por medio de otras similares a las que amparan la actuación de los funcionarios judiciales, de allí no se deriva que corresponda "privilegiarlos" al momento de su valoración conjunta con los peritajes de parte (CSJN, "Tejerina, Romina Anahí s/homicidio calificado", causa N° 29/05, 04/08/2008, Fallos: 331:636).

De este modo hay dos grandes grupos de expertos, clasificados en *peritos oficiales*, que intervienen en auxilio de alguna autoridad que lo haya solicitado (*v. gr.* no solo el juez, puede ser también el Ministerio Público, o la policía, entre otros); y *particulares* cuya actuación depende de intereses privados que requieren su participación; cuando estos deciden intervenir en causas judiciales, deben inscribirse en los registros oficiales o listas de peritos, que los clasifican por especialidad.

Corresponde advertir que no se excluye la posibilidad de designar a un experto o idóneo, cuando no hubiere en el lugar del proceso perito con título suficiente. De la misma manera, cabe la designación de una corporación académica o institución cultural.

La Corte aclara que, para los tribunales federales resulta aplicable lo establecido por el artículo 464 del Código Procesal en cuanto expresa que si la profesión estuviese reglamentada, el perito deberá tener título habilitante en la ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada a que pertenezcan las cuestiones acerca de las cuales deba expedirse y solo en caso contrario, o cuando no hubiere en el lugar del proceso perito con título habilitante, podrá ser nombrada cualquier persona con conocimientos en la materia.[2430]

Para ser perito, además de la habilitación profesional, se debe tener *capacidad subjetiva*, entendida como el conjunto de condiciones personales que le confieren aptitud para intervenir en un número indeterminado de procesos. Existe capacidad cuando se cumplimentan personalidad física y habilidad testifical subjetiva. La índole esencial de la función del perito consiste en una transmisión de conocimiento, por eso solo pueden desempeñarse como perito las personas físicas. Si bien es cierto que en el curso del proceso pueden efectuarse consultas a determinadas personas jurídicas (academias o universidades) sus informes no constituyen dictamen pericial sino que son pruebas informativas. Respecto de la habilidad subjetiva, no podrán actuar como peritos quienes sean menores de dieciocho (18) años; los procesados por algún delito; los que no tengan las habilidades requeridas y quienes no se pueden expresar a través de la palabra o por escrito.

2430. CSJN, "Vidal, Humberto S. - Fiscal de Cámara Córdoba", Fallos: 321:989.

Tampoco pueden ser peritos quienes padecen de *inhabilidades objetivas*, porque si la intervención exige imparcialidad e independencia de criterio, no la tendrían quienes conocen los hechos por secreto profesional; relaciones de parentesco o tutela, o demás posibilidades contempladas en la línea de las causales de recusación judicial.

Las condiciones formales para ser perito obligan a registrar la aspiración en los listados que se abren en la justicia nacional y federal (también en las provincias). Se debe pagar un arancel de inscripción, y completar un formulario describiendo la especialidad y los fueros donde pretende actuar.

Una vez cumplimentados los requisitos, surgen otras exigencias locales. En la provincia de Buenos Aires, los peritos de la Dirección General de Asesoría Pericial y de las Asesorías Periciales departamentales tienen que prestar juramento al asumir sus cargos ante el Presidente de la Suprema Corte de Justicia. Pero la intervención no es inmediata porque los magistrados podrán solicitar al Director General la designación de un perito, siempre que en el caso planteado se hayan expedido previamente los peritos de la Asesoría Pericial departamental correspondiente, o en su reemplazo los componentes de la Asesoría Pericial que la sustituya por casos de vacancia, ausencia temporaria, excusaciones o recusaciones fundadas. Asimismo actuarán en aquellos casos en que la Asesoría departamental o la que deba actuar en su reemplazo, no exista la especialidad requerida.

Los peritos deberán concurrir diariamente a sus despachos debiendo prestar en forma inmediata la colaboración que le sea requerida por los Magistrados, Funcionarios y miembros del Ministerio Público del Poder Judicial de Buenos Aires.[2431]

Los auxiliares deberán atender las requisitorias formuladas por un funcionario policial cuando la misma es efectuada en cumplimien-

2431. Los integrantes de la Asesoría Pericial estarán obligados a la actualización científico-técnica correspondiente a su especialidad como así mismo informar a la Dirección General de toda innovación producida en la materia para que esta provea los medios que conduzcan a su aplicación. Los peritos de la Asesoría Pericial producirán sus informes dando estricto cumplimiento a los plazos fijados por quien lo haya dispuesto e informado de inmediato toda causal susceptible de producir mora. Los peritos serán responsables del cuidado y mantenimiento del instrumental o material a su cargo, debiendo comunicar al Jefe de Sección, Encargado de Sección o Coordinador en su caso, de toda anomalía al respecto.

to de la función instructoria que el Código de Procedimiento Penal le atribuye en ejercicio de las facultades que les son inherentes.

522.1 Predominancia del dictamen institucional respecto del particular

La especialización técnica del perito y su designación de oficio constituyen antecedentes coadyuvantes para la ponderación de la trascendencia probatoria de su dictamen, pues estas circunstancias calificativas crean la convicción de certeza y razonabilidad. De allí que frente a la contradicción de expertos, corresponde acordar más credibilidad al perito perteneciente a un cuerpo oficial, quien por el origen de su designación resulta insospechable de parcialidad, especialmente cuando ese dictamen aparece firmado por peritos oficiales.[2432]

Aceptar, sin más, esta conclusión llevaría a erradicar el uso de peritos no institucionales, por lo que es menester esclarecer la diferencia.

Existen algunas consideraciones que los jueces y los abogados tienen que tener en cuenta al seleccionar las pruebas científicas o técnicas, entre las que se destacan la ubicación del perito y su procedencia, la experiencia del perito al declarar u ofrecer un dictamen a un tribunal y el posible vínculo del perito con alguna institución educativa.

El primer punto –dice Apple– es importante porque no todas las jurisdicciones de un mismo país utilizan el mismo criterio a la hora de analizar un hecho científico, el segundo también lo es porque muchas veces los peritos utilizan un lenguaje extremadamente técnico que no siempre es entendido por los jueces y el tercer punto es importante tenerlo en cuenta porque el enfoque académico a un tema técnico a menudo es diferente a aquellos que han tenido solo experiencia práctica. Otros elementos tienen que ver con las calificaciones de los peritos, que en Estados Unidos son considerados de dos maneras, sostiene el reconocido especialista en temas judiciales:

> Una persona puede ser un perito técnico calificado por instrucción, es decir por sus antecedentes y por sus estudios, por ejemplo, y por su experiencia, es decir que un perito puede no tener mucha experiencia académica pero sí tener experiencia en situaciones de la vida real; por eso los jueces

2432. CNCiv., Sala F, "Paz, Teófilo c. Polizzi, Daniel J.", 28/05/1999, *LL* 1999-F-290; *DJ* 2000-1-227.

deben conocer las calificaciones de los peritos, ya sea por instrucción o por experiencia práctica, o en un caso ideal por esas dos variables juntas.[2433]

Otros factores que hay que tener en cuenta a la hora de seleccionar un perito son la destreza y las habilidades de comunicación, las que tienen que darse a través de dictámenes por escrito. Sin embargo, en Estados Unidos se confía más en las destrezas orales, pero las expresadas a través de dictámenes también resultan muy útiles. La relación de los peritos con las partes, con los testigos o con los jueces tiene que ser conocida para que el magistrado actuante pueda considerar si la opinión de un perito es totalmente imparcial. Esto no siempre es valorado en su justa medida y puede ser fundamental para elaborar un buen fallo.[2434]

Finalmente, en la preparación de los dictámenes también cobran especial importancia las sociedades científicas que contienen a los peritos, ya que la activa relación entre ambos es una garantía para los magistrados debido a que se puede confiar en la actualización científica.

Todos estos prolegómenos no pueden desatender que los artículos 52 a 63 del Decreto-Ley N° 1285/58 disponen sobre el funcionamiento de cuerpos técnicos periciales como auxiliares de la justicia nacional, cuyos servicios podrán ser utilizados por los jueces de fueros en materia no criminal, cuando mediaren notorias razones de urgencia, pobreza o interés público, o cuando las circunstancias del caso, a criterio del juez, hicieren necesario su asesoramiento (conf. artículo 63, norma citada); de lo que resulta que el régimen procesal tiene al dictamen institucional como supletorio de la intervención de peritos particulares debidamente registrados y desinsaculados (seleccionados con el sorteo de rigor). En otras palabras, las normas analizadas conceden efectivamente a la judicatura facultades probatorias, pero con la limitación de que la potestad no supla la omisión, error o inactividad de las partes y sin perjuicio de la aplicación del principio de bilateralidad,[2435] siendo esta razón la única que tolera una diferencia con el dictamen particular.

2433. Apple, James, "Cómo se deben utilizar las evidencias científicas", *Revista Médicos*, N° 40, Buenos Aires, 2006, p. 24.

2434. Ibídem, p. 25.

2435. Bernal Castro, Beatriz, "Eficacia probatoria de la peritación", *LL* 1989-E, 250.

522.2 Inconstitucionalidad de las listas de peritos

A la observación recién efectuada se suman críticas más severas que coinciden afirmando que el registro de expertos en listados oficiales es inconstitucional. Por ejemplo, Romero Villanueva[2436] sostiene que la obligación de registrarse en las listas como panoplia habilitante para desempeñarse como perito del proceso: a) no puede condicionarse por vía reglamentaria el tener que designar obligatoriamente a un perito inscripto para controlar la producción de la prueba sin lesionar el debido proceso; b) no resulta razonable, ante la imposibilidad de existir más de dos o tres peritos por especialidad, cercenar la libertad de elección del actor procesal al único experto anotado, c) viola la defensa en juicio para controlar la producción de la prueba y para ofrecer o asistir a su realización.

Bidart Campos se interrogaba: ¿Hasta dónde es razonable que un justiciable carezca del derecho de elegir y proponer como perito a quien él estima de su confianza personal y, a la inversa, se vea restringido en una opción limitada a una lista cerrada?, concluyendo en la lesión al derecho de defensa en juicio merced a que el perseguido queda atrapado en su elección del perito que le es confiable e, incluso, el propio juez ve limitada su actividad merced a la ausencia de la actividad de otro perito que coadyuva a dilucidar el caso.[2437]

Estas apreciaciones dichas en orden al proceso penal se juzgan como intolerantes para el ejercicio del derecho de defensa con libertad de selección en la prueba de descargo. Pero, más allá de eso, otros sostuvieron, para todos los niveles del proceso, que el ingreso del perito al proceso condicionado a su inscripción registral en las listas de marras atenta contra la libertad de trabajo.[2438]

2436. Romero Villanueva, Horacio Jaime, "Un fallo medular sobre la prueba pericial y las garantías constitucionales en el proceso penal", *JA* 1997-I-459.

2437. Bidart Campos, Germán, "Inscripción de peritos en una lista y designación judicial de peritos no inscriptos", *ED* 157-631.

2438. D´Albora, Francisco, *Código Procesal Penal de la Nación*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, p. 363.

523. Los consultores técnicos

La práctica de la prueba pericial promueve en el proceso la opinión de expertos profesionales, técnicos o idóneos que dificultan el control de la prueba por las partes merced a la especialización que se desarrolla. En su tiempo fue evidente la duda sobre la posibilidad de "impugnar" o solo "observar" el dictamen por quien no contaba con los conocimientos exclusivos del perito. Eran épocas de incertidumbre para saber si era factible contar con "peritos de parte", necesarios para fortalecer el derecho de defensa en un área tan sensible y altamente especializada.

La posibilidad de excluir como medio de prueba al dictamen pericial no era solución, y de aceptarlo como tal era menester cumplir con los principios generales de la actividad probatoria (idoneidad del medio, control en la producción, resistencia al dictamen infundado o impreciso).

Cuando se introduce en el Código Procesal el *consultor técnico*, el legislador encuentra fundamentos al decir que

> ... de la misma manera que las partes, en el aspecto jurídico, cuentan con el patrocinio letrado, no se advierte por qué no podrían tener el apoyo de un experto en cuestiones técnicas, siempre que no desempeñaran simultáneamente esa función y la que se corresponda con la del perito propiamente dicho.[2439]

La figura del "consultor técnico" surgido con la reforma significaba sustituir al antes llamado "perito de parte" pero modificando las condiciones de actuación de este en varios aspectos. Nuestro Código Procesal recoge, en alguna medida la idea del Código Procesal italiano de 1940, aunque este llama "técnico consultor" a todos los peritos, incluido el designado por el juez; la reforma argentina se acerca más al Proyecto de Carnelutti de 1930, en el que solo eran "consultores" los nombrados por los litigantes, habiendo también antecedentes en el Código de Santa Fe y quizás en el de Córdoba, con el perito controlador.

En efecto, la doctrina afirma que el consultor técnico adquiere perfil propio en el pensamiento jurídico italiano a partir del segundo cuarto del presente siglo, siendo Francesco Carnelutti, quien la incluyó en su Anteproyecto de Código Procesal Civil del año 1925 (art. 22). En su *Sistema de Derecho Procesal Civil* señalaba que los defensores habían

2439. Exposición de motivos de la Ley N° 22434.

de clasificarse en dos categorías: *defensores juristas* y *defensores técnicos*, abarcando estos el campo del saber científico o técnico ajeno al derecho. En esa oportunidad, el maestro italiano lamentaba que la figura de los defensores técnicos fuera desconocida por la ley y la doctrina, pues había quedado en sombras en tanto se perfilaba la del asistente técnico del juez, es decir el perito oficial. Sin embargo, recuerda que había escapado de esa tendencia, el nuevo Código de Procedimiento Penal que en su artículo 323 reconoce a las partes la facultad de nombrar consultores técnicos, aptos para convivir con el perito nombrado oficiosamente por el juez.[2440]

Para nosotros, el consultor técnico –tal como lo ha recogido el Código Procesal– constituye una figura análoga a la del abogado, en la medida que procura aportar los fundamentos científicos y/o técnicos que favorezcan el progreso de la pretensión de la parte que representa, lo cual denota, contrariamente al perito, su postura esencialmente parcial, que obliga a evaluar sus razones como si provinieran de la parte misma.

La tarea del consultor técnico consiste en el aporte de datos y reflexiones técnicas que sirvan de base para el control de la eficacia probatoria del peritaje, ya sea para corroborar sus conclusiones o para demostrar un error. Así, las partes cuentan con un auxiliar eficaz para ejercer su derecho de defensa en el ámbito técnico. Además, el asesor de parte actúa como verdadero defensor de quien lo propone y su desempeño puede asimilarse a un patrocinio técnico en ámbitos ajenos al específico saber jurídico, operando como un consultor-defensor reemplazante de la parte que lo ha designado para hacer por ella las observaciones pertinentes, controlando técnicamente el desarrollo de las diligencias periciales, inclusive, pudiendo presentar ese consultor su propio informe dentro del plazo fijado al perito.

De la interpretación de los artículos 471 a 474 del Código Procesal se desprende que la labor del consultor técnico se encuentra íntimamente relacionada con la producción de la prueba pericial, en la medida que pueden presenciar las operaciones técnicas que se realicen y formular las observaciones que consideraren pertinentes, pero no podrán deliberar ni mucho menos intervenir en la elaboración del

2440. Barreiro Navas, Francisco y Rivas, Adolfo, "En torno al consultor técnico", *LL* 1993-E-257.

dictamen pericial propiamente dicho. La ley les concede una intervención limitada a presenciar y observar el acto pericial.

523.1 Proposición y designación

La oportunidad para proponer al consultor técnico coincide con la prevista para el ofrecimiento de la prueba pericial, en la que las partes deben individualizar al experto que habrá de asistirlas. Omitido dicho ofrecimiento, el consultor puede ser propuesto con posterioridad, ya sea en la audiencia prevista por el artículo 473 del Código Procesal, cuando excepcionalmente la causa fuera abierta a prueba en segunda instancia, o en ocasión de ordenarse una medida para mejor proveer, o finalmente, si la prueba pericial fue cumplida por el cuerpo médico forense.

Inclusive, es posible sustituirlo antes de realizar la pericia oficial. La facultad reconocida a la parte para reemplazar al consultor técnico emerge de la propia naturaleza de la función de asistencia que este cumple en el proceso. El reemplazo, por lo tanto, debe tenerse por configurado a través de la mera manifestación de la parte, sin requerir conformidad de la otra ni decisión judicial alguna, bastando con que el juez tenga presente dicha manifestación. Es obvio, por aplicación del principio de preclusión, que el reemplazante no puede pretender una intervención que signifique retrogradar la práctica de la pericia.

El último párrafo del artículo 458 del Código Procesal (conf. también art. 462) dice: "Cada parte tiene la facultad de designar un consultor técnico", dejando en claro que quien ofrece y designa a su consultor es la parte y no el juez, como ocurría antes con el "perito de parte", que solo era propuesto y que además necesitaba la conformidad de la contraria para su designación lo que ahora no se requiere.

El problema surge con la designación, en el sentido de saber si basta con proveer "téngase presente" al ofrecimiento de la prueba, o si es menester que el experto de parte acepte el cargo expresamente. Como al consultor no le caben causales de recusación no tiene necesidad de concurrir al juzgado a formalizar acto alguno, debiendo actuar con el perito oficial cuando este informe la realización de la experticia.

Por otra parte, si se analiza la reforma procesal en lo que se refiere a la intervención de las partes y sus letrados en el peritaje, se constata que ha sido eliminada la exigencia de que ellos se retiren de las de-

liberaciones de los peritos, pero para que estas se realicen hace falta una elemental pluralidad de expertos; de ello resulta, como antes, la obligatoriedad de la actuación conjunta.[2441]

523.2 Variables

Cada parte tiene la facultad de designar un consultor técnico; esta es una facultad que el código tolera, sin precisar si el concepto de "parte" es *nominal* (en cuyo caso el litisconsorcio tiene derecho a solo uno) o *individual* de cada litigante (es decir, sin advertir la posición que tiene en el proceso). Para nosotros, al ser un mecanismo de asistencia técnica que colabora con la parte que se defiende, es una potestad de cada sujeto del proceso tener un consultor técnico.

Si existe unidad de intereses y acción, y solo desacuerdo entre litisconsortes para la designación del experto de parte, el juzgado desinsaculará a uno de los propuestos; en caso de diversidad de opiniones o conflicto técnico entre ellos (*v. gr.* si es un juicio de responsabilidad profesional, cada litisconsorte puede argumentar la culpa mayor del otro), cada uno conserva el derecho de tener su propio consultor.

De allí que al ser ofrecida la prueba cada uno deba indicar en el mismo escrito su nombre, profesión y domicilio; pudiendo, en su caso, reemplazarlo por otro (art. 461, CPCCN).

Se ha destacado que la parte oferente del consultor técnico goza, a diferencia del magistrado, de un entero arbitrio para su designación; en tanto aquella no se encuentra vinculada por las "listas oficiales" suministradas por las Cámaras de cada fuero; y aún más: no es necesario que el consultor técnico que escoge la parte tenga título profesional habilitante; puede no poseerlo, aun cuando la profesión estuviese reglamentada.[2442]

Además, Atilio González observa que la normativa consagra, además de los mencionados, un supuesto en que es el juez actuante en la causa quien hace saber a las partes que podrán designar consultores técnicos (o hacer comparecer a los ya designados), para participar de las tareas inherentes a la ejecución de planos, exámenes científicos, o reconstrucción de hechos que el magistrado puede ordenar de oficio

2441. López Peña, Fernando, "Reforma procesal y la pericia caligráfica", *LL* 1986-A-966.
2442. Barreiro Navas, Rafael Francisco y Rivas, Adolfo Armando, "En torno al consultor técnico", *LL* 1993-E-257.

o a pedido de parte (art. 475, Cód. cit.). Concibiendo, además, la eventualidad de que, fuera de aquellos supuestos que la normación vigente contempla como estadios tempestivos, las partes dispongan del arbitrio de designar consultor técnico:

a. En la hipótesis prevista por el artículo 326, inc. 2, Código Procesal. (*pericia in futurum*), de "prueba anticipada": como tal diligencia es practicada con citación de la parte contraria (art. 327, Cód. cit.), este tiene derecho a ejercer un contralor de la diligencia preparatoria del dictamen pericial con el auxilio de un consultor técnico designado por ella.
b. En el caso de que el juez, como medida oficiosa para mejor proveer (art. 36, inc. 4, Cód. cit.), disponga la producción de una prueba pericial; contingencia procedimental que permite a cada parte designar un consultor técnico que la asesore.[2443]

523.3 Práctica de la consultoría

Con la incorporación legislativa del consultor técnico, se inauguró en nuestro derecho la figura del "patrocinio técnico" facultativo, y por ende, a los principios científicos de la peritación, la concordancia de las reglas de la sana crítica, demás pruebas y elementos de la causa, se agrega un ingrediente: Las observaciones formuladas por los consultores técnicos o los letrados.

Por eso, hay una regla implícita en el trabajo del consultor técnico: *este existe mientras haya prueba pericial*. Si ella no se realiza (*v. gr.* desistimiento de la prueba, negligencia probatoria, no pagar el anticipo de gastos, entre otras posibilidades) no se puede aquel atribuir las funciones de perito para contestar los puntos de pericia; por tanto, si no hay pericia no hay consultor.

Ahora bien, las funciones que desarrolla son básicamente las siguientes: 1) Presenciar la práctica de la pericia y, en ella, formular las observaciones que fueren pertinentes (art. 471, CPCCN). Él no está facultado a "deliberar" con los demás peritos o con el único designado, porque su actividad es de observación (control de la prueba); 2) Puede presentar, por escrito, un dictamen propio, con copia informativa para

2443. González, Atilio Carlos, "El consultor técnico en la normación del Código Procesal de la Nación", *LL* 1990-D-840.

las partes pero sin sustanciar, desde que no se trata de un escrito del que deba darse traslado (art. 120, Cód. cit.), en razón de que la única pericia que se notifica por cédula es aquella realizada por el perito oficial (art. 473, Cód. cit.).[2444] Empero, el plazo para presentar el informe particular es el que tiene el perito oficial;[2445] 3) Colabora con la parte en formular "observaciones" a la pericia ante las explicaciones ordenadas por el juez al perito (arts. 473, párr. 2 y 3 y 474). Pero no está legitimado para pedir explicaciones, toda vez que este acto debe ser suscripto por la parte. Es decir, el consultor carece de mandato para actuar en juicio, a diferencia del procurador o letrado apoderado.

Para González:

> … el consultor técnico también se encuentra legitimado legalmente para efectuar observaciones a la pericia producida, ante las explicaciones requeridas por el juez al perito (artículo 473, cód. cit.); acto procesal susceptible de revestir una doble modalidad en su concreción, según las circunstancias del caso: en audiencia, o por escrito; a saber: a) Si el acto es cumplido en audiencia, y los consultores técnicos estuvieran presentes, estos con autorización del juez, podrán observar lo que estimasen pertinente. En caso de que el consultor técnico no estuviere presente, esa facultad puede ser ejercida por los letrados. b) Si las explicaciones debieran ser presentadas por escrito, las observaciones a las explicaciones brindadas por el perito, podrán ser formuladas por los consultores técnicos dentro del quinto día; o, en su defecto por las partes. c) En la eventualidad de caber la posibilidad de emitir un "dictamen inmediato" (artículo 474, cód. cit.) en el

2444. La presentación del informe del consultor técnico es facultativa y de él no corresponde que se corra traslado ni que se soliciten explicaciones, ni está habilitado a intervenir en la conclusión del dictamen pericial, habida cuenta de que categóricamente se afirma que la prueba pericial estará a cargo de un perito único designado de oficio por el juez. Ello así, su legitimación se limita a presenciar las operaciones técnicas que se realicen con motivo de la práctica del peritaje y a formular las observaciones que considere pertinentes en esa oportunidad y en la referente a la evacuación de las explicaciones formuladas por el perito (CSJN, "Magdalena de León, Laura c. Obra Social para la Actividad Docente", 23/05/1995 *LL online*).

2445. Vulnera el derecho de igualdad de las partes en el proceso considerar que la presentación del dictamen del consultor técnico no es perentoria, pues permitiría la agregación a favor de uno de los litigantes de informes no realizados oportunamente (CNCom., Sala E, "Haarscher, Miguel c. García y Cía. S. A. Soc. de Bolsa", 24/02/2000, *LL* 2000-D-133; *DJ* 2000-2, 1060.

mismo acto de emitir el perito su dictamen (por escrito o en audiencia), el consultor técnico podrá formular las observaciones pertinentes.[2446]

Algunos inconvenientes aparecen cuando colisiona el interés científico del consultor técnico con el interés procesal que la parte defiende. Por ejemplo, el proceder del letrado que cuestiona las conclusiones del perito oficial en contraposición a la opinión del propio consultor técnico por él propuesto –quien, en el caso, consintió el dictamen al omitir criticarlo– resulta contrario a la doctrina de los actos propios, por la falta de coherencia en la postura sostenida en las distintas etapas del proceso.[2447]

Por eso, las presentaciones efectuadas por una parte sin el concurso de la firma de su consultor técnico carecen de por sí de virtualidad suficiente como para oponerse al criterio del perito oficial, profesional en la materia, en la medida en que proviene de legos y por ende no poseen basamento científico alguno.

De igual modo, si la parte no formula observaciones a la pericia, pero agrega un informe del consultor técnico, la actitud es contradictoria con la función que desempeña, pues su tarea es colaborar sin convertirse en perito.[2448]

En el medio de estas situaciones surgen otras alternativas que tienen asimetría jurisprudencial. Una de ellas plantea dudas sobre la posibilidad de que el perito presente el dictamen con la firma de

2446. González, Atilio Carlos, "El consultor técnico en la normación del Código Procesal de la Nación", *LL* 1990-D-840.

2447. CNCiv., Sala H, "Mariño, Fabián R. y otros v. Sanatorio Lavalle SRL y otros", 08/06/1999, *JA* 2000-I-454.

2448. La presentación de un nuevo informe por el consultor de parte, sin aportar elementos objetivos que controviertan los dichos del experto sino sólo sus propias afirmaciones, excede la labor de control de objetividad que constituye su razón de ser dentro del proceso y es inhábil por sí sola para enervar las conclusiones de aquel a quien la ley procesal encomienda el desarrollo de la labor pericial (conf. art. 458, párr. 1) (CNCiv., Sala H, "M., E. C. c. Lodola, Pablo E.", 16/03/1995, *LL* 1997-E-1002, [39.762-S]). Además, es tradicional la jurisprudencia que sostiene que los jueces no están obligados a seguir puntualmente las conclusiones del consultor técnico, pues en principio no revisten el alcance de las emitidas por el perito, en tanto la tarea de aquel consiste en aportar datos y reflexiones –con una base objetiva– que sirvan de sustento para el control de la eficacia probatoria del dictamen de este último, ya sea para corroborar sus afirmaciones o bien para demostrar su error (CNCiv., Sala H, "Bouclier, Elba J. c. Policano, Carlos A. y otro" y "Gatto, Noemí R. c. López, Carlos A. y otros", 18/11/1999, *LL* 2000-D-884, [42.922-S]).

todos o alguno de los consultores. Para ello se tiene en cuenta que el artículo 472 dice que los consultores "podrán presentar" por separado sus respectivos informes, sin prohibirles que acompañen las conclusiones de la pericia oficial.

De ello surgen varios interrogantes. Por la doctrina de los propios actos, la parte que acompaña con su firma el dictamen pericial consiente conclusiones e invalida una reflexión contraria posterior. Claro que ante esto solo es posible de aceptar que el consultor sustituya el interés de la parte, lo que nos parece inevitablemente nulo, desde que solo es un asesor, no tiene representación de la parte, ni puede decidir la estrategia defensiva.[2449]

El consultor técnico constituye una figura diferente del perito y análoga a la del abogado, pues es un defensor de los intereses de la parte que lo propone, a quien sirve con su ciencia y técnica en cuestiones no jurídicas, pero de su particular incumbencia. Por ello, el juez al ponderar en la sentencia el dictamen pericial debe considerar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 477 del Código Procesal, las observaciones hechas por los consultores técnicos pero no equiparar el trabajo de los peritos y el de los consultores, ni otorgarles a estos la importancia que le corresponde a aquellos. En consecuencia, la parcialidad ínsita en la esencia de su función aparece en contradicción con cualquier pretensión de objetividad en su proceder.[2450]

2449. Por eso, se afirma que la conducta del consultor técnico que sin previa consulta a su comitente, presentó en un expediente judicial un dictamen que no avalaba la posición de este –en el caso, contrató al actor como consultor para juicios suscitados a raíz de la construcción de un complejo habitacional–, configura una transgresión del recíproco deber de lealtad, el cual existe en todo contrato bilateral, pues la buena fe contractual imponía al locador de los servicios honrar sus obligaciones mediante una conducta integralmente leal adecuada a las circunstancias. Es improcedente la demanda por resolución contractual entablada por quien fue contratado como consultor técnico para ciertos procesos judiciales –en el caso, suscitados a raíz de la construcción de un complejo habitacional– si el actor había sido removido justificadamente porque faltó a su deber de lealtad al presentar sin previa consulta, un dictamen que no avalaba la posición del comitente, pues era su deber ético renunciar a la continuación de sus tareas o advertir la incompatibilidad entre sus convicciones profesionales y los intereses del cliente, comunicando su plan de acción para darle oportunidad de ejercer la facultad contemplada en el art. 461 del Cód. Procesal (CNFed. Civil y Comercial, Sala I, "Quintero, Carlos A. c. Instituto de Vivienda del Ejército", 25/09/2003, *DJ* 2004-1-191).

2450. Algunos sostienen que "… lo expresado no pretende restar valor a la participación procesal del consultor técnico, cuya importancia radica en constituir un control

523.4 Valor probatorio del informe particular

La calidad de asesor que tiene el consultor técnico no debe perder de vista dos contingencias eventualmente en contradicción. Una proviene del carácter científico de su tarea, donde no siempre es posible tener variables para la interpretación ni argumentos en contrario. Desde esta perspectiva, el experto particular no debiera quedar afectado por la parcialidad objetiva que lo adscribe a una parte de la controversia. Sin embargo, recién observamos el conflicto que genera acompañar el dictamen oficial y ponerse así en contra de una conducta anterior deliberada y jurídicamente eficaz. Otra, también vinculada, es la ética profesional que obliga moralmente al profesional, técnico o idóneo, a no ir contra aquello que constituyen los pilares de la ciencia, de forma que en todo dictamen particular debe estar implícito dicho deber de responsabilidad profesional.

Ahora bien, emitido un informe propio, el mismo se articula entre los medios de prueba de la parte, y como tal, debe ser evaluado con las reglas de los artículos 386 y 477 del Código Procesal, es decir, que

---

de objetividad y legalidad de la labor del experto oficial, pudiendo aportar en su caso una opinión disidente de la del perito; informe que por las razones antes expuestas habrá de evaluarse con rigor, y, lógicamente, deberá aportar un sustento propio y serio para ser merecedor de alguna atendibilidad, graduable según las circunstancias. Resumidamente y a modo de conclusión, puede entonces decirse que: a) Como medio de prueba, el dictamen pericial no vincula al juez. b) La apreciación del dictamen pericial –como de toda prueba– ha de llevarse a cabo con aplicación de las reglas de la sana crítica. c) La prueba pericial, como toda otra prueba, ha de ponderarse en conjunto con el resto del material de convicción que surja de las actuaciones, incluidas las presunciones y los indicios, que constituyen verdaderas pruebas cuando se fundan a su vez en hechos probados, y cuando por su número, gravedad, precisión y concordancia, inducen al juzgador a un estado de certeza moral sobre la materia litigiosa (arg. art. 163, inc. 5, párr. 2, Cód. Proc.). d) La sana crítica aconseja la aprobación de las conclusiones periciales cuando aparecen suficientemente fundadas y no pueden oponérseles argumentos que las desvirtúen. e) Los elementos susceptibles de inducir a la falta de atendibilidad de un dictamen pericial no se reducen a la existencia de argumentos científicos y/o técnicos que se le contrapongan, sino que abarcan toda la gama de las pruebas adquiridas para el proceso, evaluadas en particular y en conjunto, conforme a la sana crítica y en orden a su relevancia de acuerdo a la naturaleza del extremo de cuya prueba se trata. f) Los consultores técnicos, cuya consagración legislativa es manifestación del derecho de defensa en juicio, son asesores de las partes y no del juez, con la parcialidad que ese rol naturalmente confiere a su desempeño" (Ammirato, Aurelio Luis, "Sobre la fuerza probatoria del dictamen pericial", *LL* 1998-F-274).

el dictamen sirve como "documento" o "informe", siempre, claro está, relacionado con el dictamen pericial; pero no puede quedar aislado, desde que la función del asesor técnico es de formular las observaciones que su experiencia advierte y que la parte no está en condiciones de captar por no ser idónea al respecto. De allí que si la pericia no se impugna ni observa, el dictamen en soledad carece de eficacia alguna. Si es documento, su agregación es extemporánea; si es informe, no fue requerido oportunamente; tampoco es un dictamen de experto en calidad de amigo del tribunal (*amicus curiae*).

Síguese de lo expresado que el magistrado se halla constreñido inexcusablemente al meritar en la sentencia al dictamen pericial, tener en cuenta el informe producido y las observaciones hechas por el consultor técnico respecto de las explicaciones brindadas por el experto a requerimiento judicial. Aspecto de la decisión en la que adquiere un particular significado atender a la adhesión o discrepancia que exhiban los informes respectivos, con las conclusiones del dictamen pericial.[2451]

Cuando se cumplen dichas premisas de objetividad y oportuna observación, el dictamen del consultor técnico adquiere relevancia únicamente cuando las conclusiones del informe elaborado por el perito designado de oficio manifiestan claramente la incompetencia del experto, y/o los fundamentos brindados en el dictamen –ponderados a la luz de la sana crítica– adolezcan de clara insuficiencia.

Pero es esta una regla poco frecuente, recordando que los jueces no están obligados a seguir puntualmente las conclusiones del consultor técnico, pues en principio no revisten el alcance de las emitidas por el perito, en tanto la tarea de aquel consiste en aportar datos y reflexiones –con una base objetiva– que sirvan de sustento para el control de la eficacia probatoria del dictamen de este último, ya sea para corroborar sus afirmaciones o bien para demostrar su error.[2452] Es común que se

2451. González, Atilio Carlos, "El consultor técnico en la normación del Código Procesal de la Nación", *op. cit.*

2452. CNCiv., Sala H, "Bouclier, Elba J. c. Policano, Carlos A. y otro" y "Gatto, Noemí R. c. López, Carlos A. y otros", *op. cit.* También se afirma que el consultor técnico constituye una figura diferente del perito y análoga a la del abogado, pues es un defensor de los intereses de la parte que lo propone, a quien sirve con su ciencia y técnica en cuestiones no jurídicas, pero de su particular incumbencia. Por ello, el juez al ponderar en la sentencia el dictamen pericial debe considerar, de conformidad con lo dispuesto en el art. 477 del

señale que, dada la particular relevancia de los dictámenes emanados del Cuerpo Médico Forense, sus conclusiones deben prevalecer sobre las formuladas por la experta designada de oficio aunque estas últimas no hayan sido observadas por las partes y máxime si el dictamen emanado de dicho cuerpo también fue suscripto sin ninguna observación por los consultores técnicos designados por las partes.[2453]

En suma, el magistrado es soberano en la valoración de la fuerza probatoria del dictamen pericial, teniendo en cuenta para ello sus elementos adjetivos, los principios científicos en los cuales se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los consultores técnicos o los letrados y las demás situaciones de convicción que la causa ofrezca, valorada desde el conjunto de elementos obrantes. El juez no debe equiparar el trabajo de los peritos con el de los consultores ni otorgarles a estos últimos la importancia que le corresponde a aquel.

La ley autoriza al consultor técnico a presenciar las operaciones técnicas realizadas por los peritos designados en autos, pero no se encuentra legitimado para intervenir en la elaboración del dictamen propiamente dicho. Por tanto, no corresponde aplicar la norma prevista por el artículo 477 del Código Procesal al informe del consultor técnico de parte, ya que dicha norma está literalmente referida al dictamen de perito designado de oficio por el juzgado.[2454]

Código Procesal, las observaciones hechas por los consultores técnicos, pero no equiparar el trabajo de los peritos y el de los consultores, ni otorgarles a estos la importancia que le corresponde a aquellos (CNFed. Contenc. Adm., Sala IV, "Mozo S.A., Vicente H. c. Dirección de Remonta y Veterinaria del Ejército Argentino", 27/11/1997, *LL online*).

2453. CNCom., Sala E, "Soler, Gladys c. Mantel, Margarita I.", 11/03/1997, LL 1997-D-577; *DJ* 1997-3-279.

2454. Aunque el perito desarrolle conclusiones personales, si sus afirmaciones obedecen a elementos de juicio que tuvo en cuenta y se apoyan suficientemente en los antecedentes de la causa y en sus conocimientos técnicos específicos, queda satisfecha su labor como auxiliar de la justicia, a la que contribuye con su saber, ciencia y conciencia (CSJN, "Pose, José Daniel c/ Chubut, Provincia del y otra s/ daños y perjuicios", 12/01/1992, Fallos: 315:2834).
En la doctrina sostiene Fenochietto que "El nuevo art. 477, titulado 'Eficacia probatoria del dictamen', contiene una regla de juicio que debe tener presente el sentenciador para tasar la 'fuerza probatoria' del dictamen pericial. Ahora, a la competencia del perito, los principios científicos de la pericia, la concordancia con las reglas de la sana crítica, demás pruebas y elementos de la causa, se agrega un nuevo ingrediente, '... las observaciones formuladas por los consultores técnicos o los letrados conforme a los

524. Designación del perito

Se reitera en la cuestión de procedencia de la prueba pericial el dilema de capturar al perito como auxiliar del juez o como medio de prueba. Si el juez necesita para apreciar los hechos controvertidos del aporte que le ofrecen quienes tienen conocimientos especializados en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica, no hay problema en afirmar que la designación de expertos está fuera del ámbito de las partes. En cambio, del análisis del Código Procesal, es evidente la funcionalidad como medio de prueba pues las partes la ofrecen (art. 459) y tienen en su poder de disposición acordar puntos de pericia y proponer un perito en particular (art. 462).

Sostiene Falcón que

> … siendo las partes dueñas de la acción, no se les puede negar que se pongan de acuerdo para proponer perito y puntos de pericia. Pero no debemos olvidar que la pericia es un medio de ilustración del juez, por lo que este no debe aceptar pasivamente el acuerdo de partes, debiendo verificar si el perito tiene el conocimiento especializado que el caso requiere, si los puntos son pertinentes y si conviene presentar otros, incluso existen supuestos donde la pericia no puede ser dejada de lado (demencia, tasadores).[2455]

---

arts. 473 y 474." Debe repararse que la ley indica al juez 'las observaciones' no los escritos de los consultores que podrán ser desconsiderados en momento del juzgamiento. Entendemos que no se trata de un error del legislador, cuanto de otro matiz distintivo de las figuras perito-consultor. Lo expuesto no impedirá al juez hacer mérito de los escritos de los consultores agregados a la causa, por dos razones como mínimo. Una, en tanto la norma no se lo prohíbe; la segunda surge implícitamente del último párrafo del art. 477, '… los demás elementos de convicción que la causa ofrezca', y uno de estos puede ser aquella actividad desplegada por los consultores técnicos. El distintivo reside en la ausencia de 'deber' por parte del juez de considerar estos trabajos; simplemente consistirá en una 'facultad' de su oficio. Cabe concluir que la opinión técnica del consultor, aun cuando se encuentre matizada por la parcialidad, no impide rescatarla como un dictamen científico y en su consecuencia enmarcado en la 'objetividad de la investigación' que caracteriza a la función pericial. Aspiramos a que su actuación en el proceso, de un modo similar al patrocinio letrado, no persiga simplemente el triunfo de los intereses de su cliente, cuanto además, el dictado de una sentencia justa, supremo valor al que aspira la función jurisdiccional" (Fenochietto, Carlos Eduardo, "Peritos y 'consultores técnicos' en la ley 22.434 modificatoria al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", *op. cit.*).

2455. Falcón, Enrique Manuel, *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, *op. cit.*, T. III, pp. 353-354.

Esto último trae otro elemento a considerar, toda vez que la necesidad de contar con un dictamen pericial, a veces, es forzoso por estar impuesto por la ley;[2456] mientras que cuando no lo es, queda acotado en la referencia de los medios de prueba que voluntariamente los sujetos procesales ofrecen.

Para ello las partes deben indicar el medio técnico que requieran, y aclarar la especialización que ha de tener el perito. En el mismo acto se proponen los puntos de pericia, que constituyen el objeto sobre el cual deberá expedirse el experto. Si las partes quieren estar asistidas por profesionales del área, en el mismo escrito deben designar consultor técnico, e indicar su nombre, profesión y domicilio.

La pericia estará a cargo de un perito único designado de oficio por el juez, salvo en el supuesto de mediar el acuerdo a que se refiere el artículo 462 del Código Procesal; o cuando haya una disposición legal expresa o una remisión como la que se realiza hacia el artículo 626,

2456. La prueba pericial adquiere un rol determinante en casos como la declaración de demencia, o de inhabilitación de personas, habida cuenta de que es necesario utilizar este medio de prueba y el dictamen puede llegar a ser vinculante en la decisión del juzgador. Respecto de la fuerza probatoria del dictamen pericial en los juicios de insania, debe distinguirse entre el dictamen que admite la enfermedad y el que la niega. Si según el dictamen el denunciado está sano, el juez no puede declarar la interdicción. De lo contrario, se perdería en los procesos de insania una garantía esencial para el denunciado, que ha querido asegurar el art. 142 del Código Civil. Por otra parte, es la solución que resulta del espíritu –si no de la letra– de los arts. 142 y 143 del mismo ordenamiento en cuanto imponen el examen previo y ordenan que los peritos califiquen la demencia (CNCiv., Sala F, "M., M.", 27/11/1979, *LL* 1980-A-0154R.; *DJ* 980-3-132; *ED* 87-211). Si del dictamen pericial surge que el denunciado es insano, el juez puede persuadirse de la opinión contraria mediante otras pruebas. Sin embargo, en tal caso deberá extremarse la prudencia judicial, ya que no debe olvidarse que la interdicción es fundamentalmente una garantía para el propio insano, que podría quedar desprotegido si a pesar de que su enfermedad le impidiese gobernar su persona y sus bienes, no se le proporcionarse la protección jurídica necesaria (fallo recién citado).
En el caso de nulidad de testamento, se deben distinguir las pericias realizadas al documento y las del testador. Las pericias caligráficas y grafológicas tienen un valor meramente coadyuvante en materia de nulidad de testamento y para aquilatarlas debidamente debe ser sometida su valoración a peritos médicos que son quienes pueden apreciarlas mejor en relación con el estado mental del testador. En este sentido, los resultados deben ser severamente juzgados –se refiere a las pericias caligráficas y grafológicas– pues una dolencia momentánea, un cansancio físico pasajero, la edad, pueden acarrear modificaciones que no sean sin embargo expresivas de una pérdida de la perfecta razón (CNCiv., Sala F, "Levaggi, Silvano J. y otro c. Levaggi, María A., suc.", 12/09/1979, *JA* 979-IV-178; *ED* 86-633).

inciso 3, con relación a los procesos de declaración y de inhabilitación, como así también al juicio por nulidad de testamento, donde se impone y autoriza, respectivamente, a nombrar tres peritos.

En ambos casos, el o los peritos deben ser designados por el juez interviniente en el proceso y es él quien fija las pautas en orden a la elaboración y presentación de la pericia. El nombramiento se realiza a través de la lista que confeccionan las Cámaras de apelaciones, en las que anualmente se inscriben las personas que deseen ser nombradas como tales.

524.1 Los puntos de pericia

Se denomina "puntos de pericia" a la consulta específica que se requiere al experto; es puntual y precisa debiendo versar sobre todas las cuestiones que imponen una respuesta profesional o técnica, sin que sean admisibles puntos de derecho,[2457] salvo que este fuera el objeto puntual de la discusión.

El proceso de designación se suscita en una sola fase, *primero* se analiza la pertinencia de la prueba, *luego* se confronta la existencia de la especialidad que se pide en el perito propuesto, *después* se evalúa la admisión de los interrogantes que se plantean y recién tras haber dado a la contraparte oportunidad de referirse a cada cuestión, se procede a designar perito.

Si la parte contraria también ofertó prueba de peritos, tiene el mismo procedimiento, de manera que la vista que ambos tienen para una prueba que puede ser común, resulta sobreabundante.

Obsérvese que la redacción acordada al párrafo segundo del artículo 459 del Código Procesal por la Ley N° 25488, pretende mantener la vista que antes se otorgaba para fijar los puntos de pericia, o determinar el interés en la producción de la prueba, y el alcance consecuente de las costas por su realización; ahora, el procedimiento trata de forzar una presunta armonía entre el mecanismo del ex proceso ordinario (sin ofrecimiento probatorio) y la derogación del sumario.

En efecto, propuesta la prueba pericial corresponderá dar vista a la parte contraria para que se pronuncie sobre ella; pero no se advierte que el artículo 359 impone al juez el deber de abrir a prueba y obrar de acuerdo con el régimen del artículo 360, de manera que el plazo de

2457. Parra Quijano, Jairo, *Tratado de la prueba judicial. La prueba pericial, op. cit.*, T. V, p. 113.

prueba comienza a partir de esta celebración, sin que haya existido –de hecho– un traslado anterior. Por eso, el artículo 367 del ordenamiento ritual es incongruente e innecesario.

En consecuencia, pensamos que la vista es inoficiosa y conspira contra el principio de celeridad procesal. En nuestro parecer, cada parte al concretar la prueba de la que pretenda valerse, debe indicar sus propios puntos de pericia, y manifestar si tiene o no interés en la pericia que el otro ofrece. Es obvio que si este no ofreció prueba pericial, y sí lo hace la contraparte, la manifestación no se podrá concretar al tiempo de celebrar la audiencia del artículo 360, en particular al tiempo de efectuar las alegaciones previstas en el inciso 2, pues estaría consumado el plazo de oposición por el principio de preclusión.

El régimen dispuesto por el Código Procesal aparece, entonces, desajustado con el sistema articulado en el proceso por audiencias, donde la prueba de peritos deja de tener un régimen individual como parecía tenerlo antes de la reforma.

En líneas generales, entonces, el régimen que se aplica actualmente es el siguiente: 1) Las partes ofrecen la prueba e indican la especialidad del experto y los puntos de pericia sobre los que requieren dictamen; 2) se evalúa la admisión de la prueba, que siguiendo el principio de libertad y amplitud probatoria, raramente es declarada inadmisible; 3) de los puntos de pericia se corre vista a las partes, quienes tienen cinco días para contestar el traslado y proceder a impugnar su procedencia por no corresponder conforme a la necesidad probatoria del caso; o manifestar que no tiene interés en la pericia, y que se abstendrá, por tal razón, de participar en ella; en este caso, los gastos y honorarios del perito y consultor técnico serán siempre a cargo de quien la solicitó, excepto cuando para resolver a su favor se hiciere mérito de aquella (art. 479, Cód. cit.); 4) abierto el juicio a prueba se convoca a las partes a la audiencia preliminar, donde el juez designará el o los peritos propuestos, fijará los puntos de pericia, ordenará las modalidades de realización y el tiempo acordado para presentar el dictamen, el que de omitirse se entiende que es de quince (15) días (art. 460, párr. final, CPCCN).

A partir de esta providencia comienza el plazo para recusar al experto designado.

Habitualmente, la providencia de pruebas se labra conjuntamente con el acta de la audiencia, de manera que en ella el juez debe tener

presente que es deber del oficio no solo ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos (art. 36, inc. 4, Cód. cit.), sino también, señalar, antes de dar trámite a cualquier petición, los defectos u omisiones de que adolezca, ordenando que se subsanen dentro del plazo que fije, y disponer de oficio toda diligencia que fuere necesaria para evitar o sanear nulidades (art. 34, inc. 5, ap. b], Cód. cit.); dicho esto para no soslayar que la insuficiencia de los puntos de pericia o la vaguedad de estos, no se pueden corregir con las diligencias para mejor proveer, porque no solo se beneficia al negligente, sino que subsana una clara omisión judicial.[2458]

524.2 Recusación del perito

Desde que se celebra la audiencia preliminar y se desinsaculan de las listas a los peritos propuestos, cada parte tiene cinco (5) días para recusar al nominado.

El plazo es perentorio, y no se trata de un excesivo rigor formal, sino de la aplicación del principio de preclusión que rige en nuestro proceso, siempre y cuando las causales sean anteriores y de conocimiento de las partes a su recusación.

Distinto es el caso del perito propuesto por las partes de común acuerdo, donde se aplica por analogía el plazo establecido en el artículo 18 del Código Procesal. Es decir, el perito puede ser recusado en todo momento, puesto que las causales deben ser sobrevinientes o conocidas con posterioridad a la designación, dentro del quinto día de haber llegado a conocimiento del recusante y hasta el momento de la presentación del dictamen. Esta última solución es también aplicable al perito designado de oficio, para causales posteriores o previas pero de conocimiento tardío respecto a la designación.

2458. Si el tribunal consideró insuficientes los puntos de pericia propuestos por las partes y necesitaba especificaciones acerca del mecanismo de producción de las patologías descriptas en el dictamen pericial, en su carácter de director del proceso y en función de la carga procesal de buscar la verdad real de los hechos controvertidos que impone el art. 33 del Cód. Procesal del Trabajo, debió utilizar los medios que la ley le otorga para evitar que por un defecto formal, derivado de su propia exigencia, se frustre el derecho sustancial (TS Córdoba, Sala laboral, "Acosta, Esteban c. Empresa Provincial de Obras Sanitarias", 10/07/1997, *LL* 1998-E-784; *LLC* 1998-698).

Son causas de recusación de perito las previstas respecto de los jueces (art. 17, Cód. cit.); también, la falta de título o incompetencia en la materia de que se trate, a no ser que en el lugar donde tramita la causa no hubiera peritos con título habilitante, en cuyo caso se puede nombrar a cualquier persona con conocimientos en la materia (art. 464, párr. final, Cód. cit.).

La incompetencia material no se refiere a la falta de título, sino a la aplicación de un título no apto para la tarea indicada: a) porque el alcance del diploma es insuficiente (*v. gr.* maestro mayor de obras o constructor donde se necesita un arquitecto o ingeniero civil); b) porque no es el título que menciona la ley (*v. gr.* pericia de predios rústicos por ingenieros civiles, debiendo realizarlas ingenieros agrónomos); c) por ser una profesión general respecto de un área particular (*v. gr.* médico clínico, debiendo ser psiquiatra o legista, etc.).[2459]

En cambio cuando se trata de un perito profesional con título habilitante, las causales de recusación son las que tienen los jueces; y rigen subsidiaria y analógicamente la aplicación de los preceptos establecidos para la recusación con expresión de causa al juez. En el caso de perito sin título habilitante, se agregan a las anteriores la incompetencia, ello en virtud de carecer de la presunción de idoneidad que otorga el título profesional.[2460]

Por el principio de defensa, interpuesta la recusación por alguna de las partes, se le dará traslado al perito recusado para que dentro del tercer día, reconozca o no la causa que lo inhabilita. Si el perito dice que es cierto o guarda silencio, se impone el reemplazo en sus funciones. En caso que niegue la causal que se le atribuye, dicha controversia será tramitada por incidente separado, a fin de no interrumpir el curso del proceso, pero, la producción de la prueba pericial se diferirá a la resolución del incidente.

2459. Falcón, Enrique Manuel, *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, op. cit.*, T. III, p. 355.

2460. En este sentido se afirma que la idoneidad del perito para expedirse respecto de la incapacidad psicofísica derivada de un accidente no puede cuestionarse por ser su especialidad la pediatría, pues ello en modo alguno puede destituir su calidad profesional ni su registro como médico legista (CNCiv., Sala B, "B., M. A. c. Mattos, Miguel A. y otros", 24/11/1999, *LL* 2000-D-863, [42.847-S]).

La providencia que resuelve la recusación es irrecurrible, sin perjuicio de ser considerada por la alzada al resolver el principal, siempre y cuando el interesado la mantenga.[2461]

Para Falcón, la inapelabilidad debe fundarse en que si se rechaza la recusación del perito, no tiene sentido discutir formalmente sobre sus cualidades, sino sobre la pericia en sí, que tiene numerosos controles. Sin embargo, esta posición resulta peligrosa –dice el académico procesalista–, en tanto varias causales de recusación hacen absolutamente incompatible el dictado de la pericia por una persona incompetente, cualquiera sea el contenido del dictamen, porque se invade la defensa en juicio, que es previa a los resultados.[2462]

524.3 Reemplazo del perito

Cuando se admite recusación, el juez, de oficio, reemplazará al perito sin más sustanciación. Inmediatamente debe elegir (desinsacular) otro experto para que concrete la producción de la prueba pericial.

También el consultor técnico puede ser sustituido por otro que designe la misma parte en *cualquier estado del proceso*, pero la intervención del nuevo consultor no implica retrotraer la pericia ya practicada, puesto que esa etapa cumplida ha sido alcanzada por el principio de preclusión.

Dispone el artículo 469 del Código Procesal que

> El perito aceptará el cargo ante el oficial primero, dentro del tercero día de notificado de su designación; en el caso de no tener título habilitante, bajo juramento o promesa de desempeñar fielmente el cargo. Se lo citará por cédula u otro medio autorizado por este Código.
> Si el perito no aceptare, o no concurriere dentro del plazo fijado, el juez nombrará otro en su reemplazo, de oficio y sin otro trámite.

El párrafo final dice que la Cámara determinará el plazo durante el cual quedarán excluidos de la lista los peritos que reiterada o injustificadamente se hubieren negado a aceptar el cargo, o renunciaran

2461. Es un típico supuesto de replanteo que debe tramitar por esta vía, dice Colombo (*Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, op. cit.*, T. III, p. 645); a diferencia de Falcón que entiende que no es un replanteo sino de un sustituto de la apelación (Falcón, Enrique Manuel, *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, op. cit.*, T. III, p. 358).

2462. Falcón, Enrique Manuel, *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, op. cit.*, T. III, p. 357.

después de haber aceptado el cargo sin motivo atendible, rehusare a dar su dictamen o no lo presente oportunamente (art. 470, cód. cit.).

Una vez notificado por cédula o, con otro medio autorizado por el código (*v. gr.* telegrama, acta notarial, etc.), el perito debe comparecer ante el tribunal dentro de los tres (3) días para aceptar el cargo para el que fue designado. La comparecencia es obligatoria cuando el experto es desinsaculado de la lista oficial de peritos que las Cámaras de apelaciones registran en cada año. De manera que no es facultativa la asistencia para aceptar el cargo. Si falta, puede ser removido de la lista, que importa no tener otras designaciones, y en su caso, también se puede dar conocimiento del hecho a la entidad que nuclea al profesional.

Este es un mecanismo inoficioso e innecesario que obliga a comparecer a un acto que dista de ser formal y que podría sustituirse con la aceptación por escrito. Suele justificarse la comparecencia exigida, no por el carácter obligatorio de aceptar personalmente el cargo, sino por el deber de concurrir al llamado judicial que se sanciona cuando es omitido (artículo 243, Código Penal).

El Código refiere al oficial primero como funcionario encargado de concretar la aceptación del cargo, pero en los hechos puede ser el prosecretario administrativo, o el jefe de despacho.

La aceptación del cargo implica prestar juramento o promesa de desempeñar fielmente la tarea encomendada, para el caso de no contar con título habilitante de la profesión requerida. Se dispensa al profesional habilitado, habida cuenta de que el juramento o promesa ha sido prestado, con anterioridad, en el momento de recibir el título.

Una vez que acepta, resulta procedente la regulación de honorarios solicitada por el solo hecho de haber aceptado este el cargo; y hasta allí, es debida por su orden, en cuanto dicha aceptación tiene lugar antes de un acto de declinación, renuncia o desistimiento de la prueba.

524.4 Remoción del perito

Hay tres causales para remover al perito. Está claro que se interpreta que hubo una aceptación del cargo y que tras ella sucede alguno de los motivos siguientes que llevan a la remoción del experto: a) cuando renuncia expresamente al cargo aceptado sin dar razones o los motivos sean inatendibles, superficiales o inconsistentes; b) cuando rehúsa sin causa

justificada a dar su dictamen; y c) cuando dilata el tiempo de presentación y pese a las intimaciones que se le cursan,[2463] abandona el cumplimiento de emitir el dictamen pericial al que se comprometió oportunamente.

Las consecuencias son: a) la eliminación de la lista de expertos; b) la pérdida de honorarios, y si estuvieran regulados, corresponderá revocar la providencia, y c) la formación de un incidente, si la parte lo reclama, donde tramitará el derecho de los litigantes a ser indemnizados por los gastos de las diligencias frustradas, más los daños y perjuicios ocasionados (art. 470, Cód. cit.).

525. Producción de la prueba pericial

La pericia la realiza el experto oficial, es decir aquel que resulta desinsaculado de la lista o que hubiera sido elegido por acuerdo entre partes (art. 461, CPCCN). La realización exige dar cumplimiento a otras acciones, antes de emprender con la confección del dictamen.

Primero tiene que comunicar a las partes el día de realización de la pericia, no siendo la omisión una causa de nulidad, porque no es un deber que tenga que cumplir estrictamente el experto.[2464] A lo sumo, puede estar en contacto con los consultores técnicos para que estos estén presentes en las entrevistas o estudios, pero no es imprescindible que practique notificaciones a las partes.

El código sostiene que los consultores técnicos de partes, estas y sus letrados, pueden asistir a la práctica de la pericia y formular observaciones, pero no obliga a nadie a estar presente, dejando al acto en una mera potestad individual.

2463. No es requisito de ley la intimación previa, pero constituye una práctica constante con la que no todos coinciden (Cfr. Falcón, Enrique Manuel, *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, op. cit.*, T. III, p. 361, nota 107).

2464. Se afirma que frente a la omisión del experto de informar día y hora en que se llevará a cabo la pericia, no pueden considerarse lesionadas las garantías constitucionales de defensa en juicio y debido proceso si el interesado no manifestó su intención de participar en la producción de la prueba impugnada, ya que ha tenido oportunidad de hacer valer sus derechos al contestar el traslado de las conclusiones del perito. En consecuencia, la omisión apuntada no configura un perjuicio que justifique la declaración de nulidad, máxime considerando que su valoración es de carácter restrictivo y los interesados pueden producir en el transcurso del proceso las pruebas pertinentes (CNCiv., Sala B, "Bonifati de Lorenzatti, María E. c. Sarbatino, Carlos", 21/03/1994, *LL* 1994-E-527).

Claro que si alguna de ellas hubiera hecho saber en el expediente y al perito su interés en presenciarla, la omisión del aviso puede constituir un factor irritante, nada más, porque ninguno pierde la facultad de observar o impugnar *a posteriori*.

Cuando el objeto de la diligencia pericial fuese de tal naturaleza que permita al perito dictaminar inmediatamente, podrá dar su informe por escrito o en audiencia; en el mismo acto los consultores técnicos podrán formular las observaciones pertinentes (art. 474, cód. cit.).

Esta es una disposición de poca práctica, pese a lo encomiable de su ponderación. En los hechos no sucede, porque la mecánica de producción de la prueba encuentra limitaciones al tener que esperar la fijación de hechos, y la determinación de los puntos de pericia. Por ello se posterga en demasía los tiempos, al tener que esperar la sustanciación y la celebración de la audiencia preliminar.

525.1 Formalidades del dictamen

El dictamen se vierte por escrito con copia para las partes. El artículo 472 del régimen procesal indica que debe contener una detallada explicación de las operaciones técnicas realizadas y de los principios científicos en que se funde.

La pericia debe brindar al juez las respuestas concretas a los puntos en ella involucrados, y suministrarle los elementos de juicio necesarios para verificar objetivamente el acierto y el respaldo empírico o científico de aquella. El dictamen pericial es el informe o resultado final de las prácticas efectuadas por el experto designado en autos. Con él, corona su labor y hace saber al juez sus conclusiones debidamente fundadas y sin limitarse a una mera información de datos o reflexiones puramente subjetivas, porque de ser así, carecería de sustento al no tener el cimiento científico que le asigna valor probatorio.

No basta que el perito adquiera convicción sobre la materia de su dictamen, sino que debe suministrar los antecedentes y explicaciones que justifiquen esa convicción, porque deben prestar un verdadero y real asesoramiento al juez, a quien corresponde valorar el acierto de las conclusiones que exponen. Por ello se ha sostenido en la jurisprudencia que el informe pericial que no da explicación pormenorizada

de las operaciones técnicas realizadas y de los principios científicos en que se funda la opinión, carece de fuerza probatoria.[2465]

El dictamen debe contener la descripción del hecho sometido a examen, o la persona o cosa sobre la que habrá de informar la relación minuciosa de las operaciones realizadas, y de sus resultados, determinando si fuera posible, las fechas. Por último, las conclusiones, que son la respuesta a los puntos de pericia solicitados. El informe se presenta al juez, pero también son destinatarios las partes, no para quedar persuadidos de la verdad científica alcanzada, sino para confirmar o revertir las conclusiones en orden a las posiciones respectivas que ocupan en el proceso.

525.2 Conducta del perito

Se ha planteado un interrogante a resolver cuando la pericia carece de efectos probatorios. El problema consiste en analizar la conducta del perito cuando su dictamen no produce efectos positivos probatorios por la poca seriedad de los fundamentos, cualquier otro desinterés o manifiesta irresponsabilidad.

La importancia que en el proceso jurisdiccional se le ha asignado a la prueba pericial resulta tan extendida que muchas veces la sentencia traduce lo que el perito piensa. El juez solo enuncia en términos jurídicos lo que técnicamente se le expone. Interpreta y califica, pero no varía sustancialmente la verdad que por el dictamen se aporta. Esta cuestión ha llevado a sospechar sobre la eficacia del sistema para la apreciación de las pruebas, pues se mudaría del método de la libre valoración hacia una tasación inmodificable por el cientificismo que la sostiene.

Sin embargo, el fin de las pruebas es producir certeza, y como dice Gorphe, esa certeza a veces se detiene a mitad de camino, es decir, en una simple probabilidad o verosimilitud. No se podría pretender llegar en este punto a una certeza apodíctica, y solo excepcionalmente se obtiene una certeza física, basada en verificaciones materiales precisas, como en el caso de identificación por impresiones mensurables, especialmente por las huellas digitales, que da corrientemente varios millones de probabilidades de exactitud, contra una de error. Generalmente, solo se trata de una certeza empírica, como todo lo que recae

2465. CNCiv., Sala C,"Cresseri, Artidorio c. Sadaic", 19/09/1978, *LL* 1979-B-112; *JA* 978-IV-543; *ED* 81-174.

sobre las acciones humanas; en la vida corriente habrá que contentarse con esto; se trata de una gran probabilidad o verosimilitud.[2466]

Ahora bien, si la pericia convence por sus fundamentos, es preciso que estos resuelvan sus conclusiones sobre la base del conocimiento personal de quien emite el dictamen. A mayor complejidad del problema, mayor será la importancia de la opinión científica. En todos los supuestos, constituye exigencia de la operación técnica practicada que se fundamente en los principios científicos respectivos. Es decir, nunca la pericia puede ser un conjunto de apreciaciones personales, sino un resumen enjundioso de metodologías expuestas detalladamente.

Al mismo tiempo, el dictamen se basa sobre puntos precisos sometidos por las partes, de forma que ese núcleo no puede ser rebasado. Por eso, la pericia tampoco puede formularse como una proposición dogmática sin demostraciones vinculadas con el objeto procesal específico.

Cuando se considera que la pericia debe portar un valor esclarecedor importante, más por la técnica que se debe aplicar que por los fundamentos escritos del perito, la posibilidad de calificar la conducta del perito que no cumple adecuadamente su función en el proceso está plenamente cubierto por las facultades de dirección que tiene el juez o tribunal.

En efecto, como auxiliar del oficio judicial, el perito tiene obligaciones hacia ella que parten de la contribución emergente de su saber, ciencia y conciencia. Su situación como técnico capacitado hace razonable la aceptación del dictamen aun respecto de aquellos puntos en que expresa su opinión personal, siempre que tales afirmaciones obedezcan a elementos de juicio que haya tenido en cuenta, a pesar de que puede –aunque debe– no expresarlos con toda amplitud.

La promesa o juramento para desempeñar fielmente el cargo discernido (art. 469, Cód. cit.), lo obliga a colaborar en la administración de justicia. No importa que entre las causales de remoción del artículo 470 ya citado, no figure la deficiencia del dictamen, pues esta contingencia se remite a la disponibilidad de las partes, sea para impugnar, para solicitar explicaciones o para peticionar su nulidad.

Aquí se trata de valorar la conducta del perito oficial, que asume un deber y al mismo tiempo ha de responder a una carga procesal.

2466. Gorphe, Francis, "La apreciación judicial de las pruebas", *LLBA*, 1967, p. 494.

A su vez, es un derecho-deber de los jueces ponderar acabadamente la debida realización de todos y cada uno de los actos del proceso.

525.3 Traslado. Explicaciones. Nueva pericia

Dice el artículo 473 del Código Procesal:

> Del dictamen del perito se dará traslado a las partes, que se notificará por cédula. De oficio o a instancia de cualquiera de ellas, el juez podrá ordenar que el perito dé las explicaciones que se consideren convenientes, en audiencia o por escrito, atendiendo a las circunstancias del caso.
> Si el acto se cumpliere en audiencia y los consultores técnicos estuvieren presentes, con autorización del juez, podrán observar lo que fuere pertinente; si no comparecieren esa facultad podrá ser ejercida por los letrados.
> Si las explicaciones debieran presentarse por escrito, las observaciones a las dadas por el perito podrán ser formuladas por los consultores técnicos o, en su defecto, por las partes dentro del quinto día de notificadas por ministerio de la ley. La falta de impugnaciones o pedidos de explicaciones u observaciones a las explicaciones que diere el perito, no es óbice para que la eficacia probatoria del dictamen pueda ser cuestionada por los letrados hasta la oportunidad de alegar con arreglo a lo dispuesto por el artículo 477.
> Cuando el juez lo estimare necesario podrá disponer que se practique otra pericia, o se perfeccione o amplíe la anterior, por el mismo perito u otro de su elección.
> El perito que no concurriere a la audiencia o no presentare el informe ampliatorio o complementario dentro del plazo, perderá su derecho a cobrar honorarios, total o parcialmente.

Practicada la pericia se notifica a las partes por cédula o con alguna de las modalidades previstas en el artículo 136 del régimen procesal. El juez, de oficio o a pedido de partes, puede requerir explicaciones al experto sobre aquellas cuestiones que interpreta deben ser esclarecidas, ampliadas, o contestadas en el eventual error que se denuncie.

Las *explicaciones* que se piden no son técnicamente una impugnación al dictamen, porque la finalidad que llevan persigue reforzar los argumentos dados al contestar cada punto de pericia. Las respuestas se pueden contestar por escrito o en una audiencia convocada especialmente para ello, quedando a criterio del tribunal la decisión respectiva.

Si opta por hacerlo en audiencia, se puede autorizar a los consultores técnicos o, en su defecto, a los letrados presentes, para que realicen allí las observaciones que consideren pertinentes, una vez que el perito sea oído. De todos modos, las argumentaciones pueden plantearlas unos u otros sin preferencia por la especialización que tengan los asesores de partes.

De otro modo las *observaciones* se responderán por escrito. Ellas se notifican por ministerio de la ley (art. 133, cód. cit.) a las partes, las que contarán con cinco (5) días para impugnarlas o efectuar nuevas observaciones. La ausencia de escritos en este sentido no significará consentir ni convalidar las explicaciones ofrecidas.

Para algunos, las explicaciones también son impugnaciones encubiertas que tienen por objeto aclarar puntos que resultan oscuros, corregir omisiones o determinar la existencia de errores materiales.[2467]

Concretadas las respuestas y de no mediar observaciones ni pedido de explicaciones, la eficacia probatoria del dictamen puede continuarse en el alegato,[2468] porque solo cuando la crítica asienta en cuestiones de construcción formal del dictamen, la objeción se realiza dentro del plazo de prueba, al igual que cuando se plantea la nulidad de la pericia.

Es que la validez probatoria es cosa distinta del régimen procesal de las nulidades. Cuando a la pericia se la ataca por nulidad, las causas difieren. Así puede ser por: a) cuando hay vicios en el consentimiento o de la voluntad, como si el experto hubiera perdido la razón, o la tuviera afectada por violencia, dolo o cohecho; b) si el experto no tiene título habilitante estando reglamentada la profesión; c) si la pericia violó el derecho de defensa o no se cumplió con las formalidades impuestas por la ley o dispuestas en la decisión judicial.

2467. Falcón, Enrique Manuel, *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, op. cit.*, T. III, p. 380.

2468. Si bien es cierto que es factible impugnar el dictamen pericial en el alegato, ello es así en tanto lo cuestionado no hubiera sido necesario aclararlo en la etapa del primer traslado. Tratar de desmerecer el informe cuando ya es tarde, supone un acto que no debe aceptarse, porque hubo negligencia por parte del impugnante, o no actúa de buena fe (CNEsp. Civ. y Com., Sala V, 1987/04/21, "Roldán, Aparicio c. Guarnaccia, Liberato y otro", *LL* 1989-B-618; *J. Agrup.*, caso 6010, *DT* 1987-B-1127).

Aclara Falcón que

> … si bien la nulidad puede ser declarada de oficio, el momento para objetar la pericia es el traslado que se otorga en la oportunidad del artículo 473 del Código Procesal, dentro del término de cinco días. No opuesta en esa oportunidad, se pierde el derecho a articularla en el futuro. Además, y en general, por vía del principio de instrumentalidad de las formas, no procede la nulidad de la pericia, así sea defectuosa, si cumplió el fin para el cual estaba destinada, según inspira el artículo 169.[2469]

La calificación del valor probatorio del dictamen pericial tiene en la apreciación judicial de la prueba, una singularidad que la diferencia del resto de los medios probatorios. En efecto, una vez que la experticia se notifica a las partes, y el juez la considera liminarmente, puede suceder que ocurran pedido de explicaciones, se realicen observaciones sobre la eficacia de ella, o el mismo juez considere que es insuficiente y, por ello, mandar que se practique una ampliación de la pericia o se realice una nueva. Esta decisión importa considerar, asimismo, la continuidad en el cargo del perito discernido en su momento.

Ahora bien, si la pericia no fue objeto de observación ni de impugnación alguna por los interesados, las consideraciones generales destinadas a atacarlas que recién se introducen al expresar agravios, carecen de relevancia y debe estarse, por consiguiente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 473, a las conclusiones a las que llegaron los expertos, si no juegan elementos eficaces de convicción que autoricen a apartarse de ellas. Pero, la circunstancia de que el dictamen del perito oficial no haya sido observado por las partes no es óbice para que el juez disponga la realización de una nueva pericia médica con intervención del cuerpo médico forense, con fundamento en los artículos 36 inciso 4 y 473 del Código Procesal y el artículo 63, inciso c) del Decreto-Ley N° 1285/58.

525.4 Consentimiento de la pericia

Si las partes no efectúan observaciones a la pericia, ni piden explicaciones de ella, la consienten por omisión y con ese proceder permiten presumir la conformidad con el dictamen. Distinta es la cuestión cuando no se agregan observaciones a las respuestas efectuadas a la

2469. Falcón, Enrique Manuel, *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, op. cit.*, T. III, p. 384.

impugnación, o al pedido de explicaciones, donde el mismo Código alerta sobre la ausencia de consecuencias por el silencio.[2470]

Cuando se presenta pedido de explicaciones, se realizan observaciones o se deduce la nulidad por impugnación del valor probatorio, el escrito respectivo solo tiene traslado para el experto, pues no se debe sustanciar con la contraparte, desde que lo cuestionado es la actividad del perito.

En suma, la impugnación de una pericia debe constituir una contrapericia, que debe contener –como aquella– una adecuada explicación de los principios científicos o técnicos en los que se la funde, por lo que no puede ser una mera alegación de los pareceres subjetivos o de razonamientos genéricos del contenido del dictamen que ataca. En consecuencia, pese a que se debe dar lugar a la oposición, no es dable admitir cualquier impugnación a una pericia, sino aquellas que se funden objetivamente en la incompetencia del experto, en errores o en el uso inadecuado de los conocimientos técnicos o científicos en los que pudiese haber incurrido.

Por eso, la impugnación del dictamen pericial es improcedente si no se aportan los elementos de convicción necesarios para acreditar la falsedad o error de sus conclusiones.[2471]

La decisión final puede ser: a) que se practique otra pericia; b) que se perfeccione la emitida; o c) que se amplíe la anterior. En cada caso, a discreción del magistrado, por el mismo perito u otro de su elección (art. 473, penúlt. párr., Cód. cit.).

525.5 Celebración conjunta de la pericia

Cuando la experticia sea realizada en equipo, el juez se puede apartar de las reglas comunes de presentación formal, y disponer las

2470. La pericia médica no observada en primera instancia o que no fue objeto de pedido de explicaciones en la oportunidad prevista por el art. 473, no puede ser luego impugnada en la alzada en ocasión de expresar agravios, pues la ley procesal marca el momento específico para tales actos (CNCiv., Sala H, "Díaz, Rosa c. Consorcio de Propietarios Boulogne Sur Mer 458 y otra", 13/04/2000, *LL* 2000-E-885, [43.015-S]; *DJ* 2001-1-666). Por tanto, la falta de impugnación u observación del dictamen pericial al momento de contestar el traslado conferido, impide por extemporánea la observación efectuada en el recurso de apelación (CNFed. Civ. y Com., Sala III, "La Holando Sudamericana Cía. de Seguros c. Servicio de Transportes Aéreos Fueguinos y otro", 05/05/1995, *LL* 1996-D-817).

2471. CNCiv., Sala A,"B., J. C. c. Compañía Elaboradora de Productos Alimenticios S.A.", 19/04/2000, *LL* 2000-E-385.

modalidades de cómo se deba trabajar y exponer el dictamen final. El trabajo en conjunto no elude la designación de consultores técnicos, sino todo lo contrario, refuerza la necesidad de tener cada parte un asesoramiento especialmente calificado.

526. Anticipo de gastos

La realización de la pericia puede importar gastos que el experto no tiene que afrontar. Aceptado el cargo tiene el escaso tiempo de tres (3) días, contados desde que compareció al juzgado para asumir la función discernida, para requerir al juez que le ordene a las partes el depósito de una suma de dinero que él puede cuantificar, pero cuya determinación solo es potestad de la jurisdicción, con el objeto de imputarla a gastos de las diligencias. Es decir que no es un anticipo de honorarios.

El anticipo de gastos a que tienen derecho los peritos reconoce como exclusivo objeto cubrir las presuntas erogaciones de dichas diligencias necesarias para efectuar el trabajo encomendado, cuya realización exige desembolsos de alguna importancia, que no tienen por qué ser soportados por él. De allí que el adelanto de costos al perito tiende a cubrir los que demande la tarea encomendada y por ello la parte puede requerir su oportuna rendición y el reintegro del saldo no justificado.

El monto del anticipo debe fijarlo el tribunal, decisión que no se suple por la conformidad con el pedido del perito manifestado por una sola parte, sin perjuicio del valor que tiene a su respecto. El derecho del perito al anticipo de gastos conforme al artículo 463 rige también respecto del peritaje ordenado por el tribunal en virtud de diligencias para mejor proveer, sin perjuicio de lo que en definitiva se resuelva sobre las costas.[2472]

Una vez dispuesto el depósito, las partes tienen cinco (5) días para concretarlo, plazo que comenzará a correr a partir de la notificación personal o por cédula de la providencia que lo ordena. La resolución se puede impugnar solo con el recurso de reposición, sin apelación en subsidio.

2472. CNCiv., Sala A, "Ricciuti, Juan M. y otra, Garbagnoli, María suc.", 10/12/1987, *LL* 1989-B-618; *J. Agrup.*, caso 6004.

Si la prueba es común el anticipo se divide entre partes, cincuenta por ciento (50 %) cada una, y si en ellas hay un litisconsorcio, se reparte también por partes iguales. No rige el principio de comunidad de gastos ni de repetición de lo pagado, porque el anticipo es una carga para la producción de la prueba, de modo tal que la parte que no cumple con el pago pierde la prueba por desistimiento. El que una parte tenga beneficio de litigar sin gastos no obliga a la otra a tener que afrontar la totalidad del anticipo.

El párrafo final del artículo 463 refiere a la presunción de desistimiento de la prueba cuando no se deposita el anticipo de gastos. En realidad, la presunción actúa como un supuesto de caducidad o negligencia, según lo disponga de oficio el juez o lo plantee la parte contraria en los fundamentos del artículo 384.

En uno u otro caso, el plazo para depositar el importe se cuenta desde la fijación judicial que resuelve el derecho al anticipo de gastos, y no desde que se corre traslado de la providencia que pone en comunicación a las partes el pedido que hace el perito.

527. Honorarios

Los honorarios de peritos están alcanzados por el Decreto N° 240/99, parcialmente modificado y ratificado por la Ley N° 24307. Ella precisa los alcances del plexo normativo de desregulación sobre un conjunto de regímenes profesionales identificados, a fin de individualizar las disposiciones que han quedado total o parcialmente derogadas por el Decreto N° 2284/91, ratificado por la Ley N° 24307.

527.1 El pago de honorarios al perito

La cuestión relativa al pago de honorarios de peritos tiene una larga polémica que asienta en resolver si el experto debe esperar a que la sentencia sea definitiva para conseguir la firmeza de los honorarios regulados; o sin estar regulados, determinar si tiene un derecho de satisfacción inmediata, o al menos rápida, sin esperar la condena en costas.

Además había un problema de cuantía y de privilegios que provocaron reacciones de cada sector, logrando beneficios unilaterales que

fueron equilibrados con la sanción de la Ley N° 24432 cuando modifica el artículo 478 del Código Procesal, al que se le dio la redacción siguiente:

> Los jueces deberán regular los honorarios de los peritos y demás auxiliares de la justicia, conforme a los respectivos aranceles, debiendo adecuarlos, por debajo de sus topes mínimos inclusive, a las regulaciones que se practicaren en favor de los restantes profesionales intervinientes, ponderando la naturaleza, complejidad, calidad y extensión en el tiempo de los respectivos trabajos.

La primera cuestión ensaya, a nuestro entender, varios temas relacionados. El derecho de cada perito a cobrar conforme sus propios aranceles no supone anticipar el pago porque se revierte el sentido de la condena en costas. Sin embargo, también la Ley N° 24432 agregó en el artículo 77 del Código Procesal, un párrafo donde queda asentado que. "Los peritos intervinientes podrán reclamar de la parte no condenada en costas hasta el cincuenta por ciento (50%) de los honorarios que le fueron regulados, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 478".

Es decir, que el desinterés oportunamente señalado en la práctica de la pericia sería la única excusa del obligado a pagar, sin condena, los honorarios que se hubieran regulado al experto.

También se dice que las disposiciones de los artículos 505 del Código Civil y 277 de la Ley de Contrato de Trabajo, reformados por la Ley N° 24432, solo amparan al condenado en costas, por lo tanto es improcedente la aplicación del límite en ellos establecido a la parte vencedora que por aplicación del artículo 77 del Código Procesal, debe abonar el 50% de los honorarios del perito interviniente, sin perjuicio de la facultad que le asiste para repetir del vencido en costas lo que deba sufragar.[2473]

Si bien el artículo 9 de la Ley N° 24432 no señala qué ocurre en los casos de distribución de costas por su orden, no cabe declarar inaplicable el artículo 71 del Código Procesal, sino adecuar su *ratio* a la situación concreta. A ese fin, cabe tener presente que el criterio que preside al nuevo último párrafo del artículo 77 del Código citado no es otro que el de no llevar la responsabilidad por el pago de los honorarios periciales de quien tuvo razón para litigar y debe considerarse vencedor más allá del límite que marca el 50 % de los honorarios regulados.

2473. CNTrab., Sala X, "Ruzzi de De Lisio, Teresa Beatriz c. Volma Forma De Morris, Gustavo Malamute y otros", 30/09/1999, *ED* 185-394.

En síntesis, el artículo 77 del Código Procesal, según la reforma introducida por el artículo 9 de la Ley N° 24432, parte de un supuesto de hecho específico, cual es la existencia de una imposición de costas contra una de las partes en forma total. En tal caso, el otro litigante, que se entiende absuelto del pago de las costas, solo puede ser obligado a abonar hasta un 50 % del honorario regulado al perito.

Pero esta decisión legal solo se aplica en el régimen federal, sin alcanzar a resolver el problema de fondo. En efecto, la condena en costas se vincula con la sentencia en una relación precisa e inmediata que une la decisión sobre la relación jurídica sustancial con el pago de los gastos originados por la tramitación del proceso.

Es decir que no hay condena o distribución de la obligación de devolver las sumas invertidas para la iniciación y sustanciación del juicio, hasta tanto sea sentenciada la cuestión de fondo que motivó la función jurisdiccional.

Esta distinción es importante porque el crédito por honorarios nace con anterioridad a este momento, advirtiéndose con mayor claridad en los casos de renuncia o revocación del mandato, donde se tiene en claro que una cosa es el derecho a la regulación de honorarios y otra diferente el derecho a perseguirlos de un obligado determinado.

Así lo entiende la jurisprudencia al decir que

> Si bien es necesario distinguir el derecho a la regulación de honorarios de la relación de crédito entre el beneficiario y los eventuales obligados al pago, no hay que olvidar que a los efectos de percibir honorarios judicialmente establecidos, se entabla un vínculo entre el condenado y el beneficiario del trabajo profesional.[2474]

2474. CNCiv., Sala H, 1991/09/18, "Kablowski, Conrado c. Municipalidad de Esteban Echeverría", 07/07/92. Al disponer el art. 12 de la Ley N° 21839, que los profesionales que actuaren en asuntos o procesos propios, percibirán sus honorarios de las partes contrarias, si estas fueren condenadas a pagar las costas, no hace distingo entre el caso que el abogado se patrocine a sí mismo y la gestión procuratoria, si la cumplió él mismo. Por ello debe revocarse la decisión que desconoció al recurrente el derecho al honorario correspondiente a la actuación como procurador en causa propia pues no se aprecia la razón por la cual se admite que un profesional sea patrocinante de sí mismo y no que sea procurador de sí mismo, pues aun cuando en el segundo caso no haya representación, no por ello deja de existir labor profesional retribuible (CSJN, "Anzorreguy, Hugo A. (h). c. Frigorífico Cervantes, S.A.", 04/03/1986, *LL* 1986-D- 154). Mientras no hay sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que imponga la condena en costas, el abogado o procurador no tiene acción contra la contraparte porque la acción

La accesoriedad referida obra respecto a la ejecutividad de las costas, y no guarda nexo intrínseco con la resolución sustancial. No interesa, al efecto, que las costas se hubiesen impuesto en etapas o procesos anteriores al dictado de la sentencia definitiva, porque la condena ya impuesta genera por reflejo, un derecho propio e independiente, que se fundamenta en pautas objetivas de conocido origen.

En nuestro libro sobre *Costas procesales*,[2475] hemos dicho que las costas resultan un accesorio de la sentencia, que no tiene vinculación con la relación sustancial; por ello, la cuestión concerniente al modo de distribuir los gastos causídicos es un tema que no compone la relación jurídica procesal, formada solamente por los lazos establecidos en la situación de fondo.

Con mayor severidad, podemos agregar que es deber del oficio judicial, una vez dictada la sentencia, resolver sobre las costas. Una conducta contraria, omisiva o difusa, no puede llevar a la incertidumbre de saber quién debe solventar los gastos ocasionados, o dar pie para entender que se distribuyen en el orden causado.

Cuando jurisprudencia y doctrina coinciden en señalar que la decisión respecto de las costas es un accesorio de la sentencia, no quieren expresar –salvo ciertas excepciones– que la suerte del principal decide el curso de los obligados al pago. Ello podrá ser cierto solo a título de principio, tal como lo expone el artículo 68 del régimen federal; pero indicativamente, la pauta para distribuir los gastos causídicos es independiente de las motivaciones que el juez desarrolle en los fundamentos del pronunciamiento.

Cuando ellos se argumentan, en realidad, es porque el juez se aparta de la regla *victus victori* considerando que tiene razones suficientes para distribuir las costas sin aplicar el principio objeto del vencimiento puro y simple. Por ejemplo, si la demanda prospera absolutamente, los mismos tópicos desenvueltos para explicar el porqué del éxito serán suficientes para decir el curso de las costas. Aun más, en la tónica del

---

de cobro recién nace cuando existe tal condena firme. Antes de ella, es evidente que el abogado o procurador nada puede reclamar a la otra parte, pues no se sabe si finalmente será o no acreedor de aquel a quien reclama (SC Mendoza, Sala I, "Gaspar, Luis A. c. Banco de Previsión Social", 11/12/2002, *LL Gran Cuyo* 2003 [abril], 202).

2475. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Costas Procesales, op. cit.*, en especial capítulo XXVI.

principio objetivo, el juez no tiene necesidad de dar explicaciones cuando existe un claro derrotado; con ello basta para aplicar la regla indicada.

En el fondo, esta modalidad es una aplicación particular del principio *iura novit curia*, lo que importaría, igualmente, una limitación objetiva del principio dispositivo y al derecho subjetivo de las partes.

Como institución de neta raigambre procesal, las costas son el resultado objetivo de apreciaciones personales del juez, quien confrontando los sucesos desarrollados con sus resultados finales, como otras contingencias de orden subjetivo (*v. gr.* la conducta observada en el curso de la litis), permiten llegar a una resolución particular que dispone, esencialmente, quién y cómo se retribuirán al contrario los desembolsos que debió realizar para el reconocimiento del derecho.

Sin embargo, la accesoriedad no siempre ha tenido la misma lectura, porque ciertos pronunciamientos y parte de la doctrina han entendido que la suerte del crédito principal decide la de los accesorios, de manera que podrían darse supuestos de créditos privilegiados nacidos en una sentencia que extienden sus efectos a las costas y honorarios, o *mutatis mutandi*, obligaciones principales que por insatisfechas impedirían que las otras pudieran cancelarse.

Se llega así al conflicto central ¿hay obligación de pagar honorarios sin condena en costas?

La independencia mentada entre la sentencia y los honorarios profesionales es más evidente en los casos de abandono del patrocinio, sea por renuncia o revocación del mandato; supuestos en los cuales el derecho a la regulación de estipendios surge inmediata, aun cuando queden supeditados en su monto a las cifras finales que arroje el proceso al tiempo de liquidar (tasación de costas).

Sin embargo, existirá una obligación cuantificada y un derecho a perseguir su cobro. Chiovenda decía que

> Al lado de esta acción del procurador contra el vencido, nacida del fallo, coexiste la acción contra el cliente nacida del mandato, y que es libre de ejercitar con preferencia; pero no por esto el cliente es acreedor del vencido respecto a las costas adjudicadas al procurador, ni debe parecernos incongruentes que a la deuda del cliente con su mandatario no corresponda una acción de aquel contra el vencido, lo cual solo ocurre en

el caso de compensación de las costas, o cuando el vencido sea a su vez acreedor del vencedor.[2476]

Al ejercitar un derecho propio, el abogado tiene una acción personal diferente de la que proviene de la condena en costas. Es cierto que, ante la sentencia que lo constituye a él y su cliente como beneficiarios, puede compartirse e identificarse la situación; empero, existen elementos suficientes para trazar distancias entre costas y honorarios.

Recordemos que para el primero conceptuamos todos los gastos necesarios para la promoción y sustanciación de la litis; mientras que los honorarios dependen de la regulación precisa tomada sobre pautas antes conocidas y en base a un monto líquido y determinado.

Las costas como los honorarios son accesorios de la sentencia, en el sentido del deber judicial de establecer una ordenación en los obligados al pago. Pero a nadie escapa que los acreedores son diferentes, porque el abogado tiene el derecho a percibir sin diferenciar entre obligados inmediatos y mediatos o directos (condenados) e indirectos (clientes); a lo sumo, ciertas leyes arancelarias imponen una secuencia precisa que impide ir contra el cliente sin antes intentar el cobro de los obligados.[2477]

En cambio, el vencedor puede repetir todos los gastos (procesales y preprocesales) que debió invertir para lograr una sentencia que reconociera su derecho, o calificara su situación personal sin darle preeminencia al resultado del proceso (casos de distribuciones subjetivas de costas).

Otra coincidencia radica en la utilidad que obtienen partes y letrados de la condena en gastos causídicos, con la particularidad de que el reembolso de costas solamente lo consigue aquel litigante que siendo parte procesal, recibe de la sentencia un crédito ejecutable en tal sentido; a diferencia del crédito emergente por honorarios profesionales

2476. Chiovenda, José, *La condena en costas*, *op. cit.*, p. 455.

2477. La Ley N° 21839 es clara en la obligación, pues en el art. 48 establece que "los profesionales podrán solicitar la regulación de sus honorarios y cobrarlas de su cliente al cesar en su actuación". Por eso, también, sólo el pronunciamiento final es el verdadero título ejecutivo contra el perdidoso en el pleito. Entonces, si el crédito del profesional contra el adversario vencido sólo puede provenir de la sentencia que lo condena en costas y si aquel carece de legitimación para pedir dicha imposición, queda doblemente claro que durante el curso del proceso y antes de recaer dicho pronunciamiento, el profesional de que se trata, obviamente, no tiene ni puede invocar crédito alguno como a cargo de la parte contraria, en relación a los trabajos que aquel hubiera cumplido hasta entonces.

que le pertenecen como derechos personales y logran de la sentencia reconocer a un obligado inmediato.

Pero el signo procedimental para ambos es diverso. Mientras las partes tienen una vía ejecutiva para el reembolso de los gastos; los honorarios profesionales se establecen por la labor profesional y tienen la misma rapidez compulsoria de cobro si es beneficiario de la condena dispuesta. De manera que la acción para perseguir el cobro de los emolumentos nace con la distribución (condena), en cuanto se atribuya a esta el carácter de título de crédito; siendo, en cambio, la repetición de costas por la parte acreedora, un beneficio originado exclusivamente en la sentencia, y que lo tiene como único destinatario.

Como nuestra legislación no contiene un instituto particular de otros ordenamientos que permiten al abogado solicitar que la condena en costas se ordene en su favor, para el supuesto de que fuera este quien hubiese anticipado los costos necesarios para preparar y tramitar la litis, es necesario buscar otras soluciones.

El caso del abogado es plenamente aplicable al conflicto que plantean los peritos que actúan ocasionalmente y quedan sometidos a un régimen que posterga el cobro de emolumentos.

Chiovenda utiliza el vocablo para explicar que cuando el procurador anticipa las costas de un pleito, al dictarse la condena contra el vencido quedan establecidos, de un lado el crédito del abogado respecto a su patrocinado, y de otro, el crédito de este contra su adversario. "Ambos créditos tienen por objeto las costas, y la idea de simplificar las cosas, suprimiendo transmisiones inútiles para crear un vínculo directo entre el procurador del vencedor y el vencido".[2478]

Esta es una de las pocas ocasiones donde costas y honorarios se unifican en un mismo acreedor, y es verdaderamente excepcional cuando él no es otro que el abogado. No es del caso destacar los inconvenientes que trajo esa figura, al punto que distintos autores la interpretaron como un derecho de subrogación, otros la entendieron como novación, sin perjuicio de las opiniones que la calificaron corno una delegación de derechos.

Quizás por ese fracaso previsto, ni nuestro codificador ni las leyes, en general, la asumieron bajo esta figura. En realidad, los hechos señalan que no puede existir la cesión de obligaciones contraídas para

2478. Chiovenda, José, *La condena en costas, op. cit.*, p. 441.

la defensa del crédito en el juicio. Los gastos y costas devengados hasta el momento de la cesión, tanto las que le hayan sido impuestos en beneficio de la otra parte, como las de su propia representación o defensa, continuarán como obligaciones a su cargo, exigibles contra el cedente por la vía y en las condiciones que la ley determina.

Por otro lado, en relación al cesionario se ha dicho que está obligado al pago de los gastos y honorarios que pesaban sobre el cedente hasta el momento de la cesión y el importe de lo que él perciba del crédito cedido. Ello pues, por un lado, ha debido antes de aceptar la cesión informarse de las obligaciones contraídas por el cedente para la demanda y defensa en juicio del crédito mismo y, en tales condiciones, debe aplicarse por analogía la regla que hace pasar al sucesor particular las obligaciones contraídas respecto a la cosa transmitida.[2479]

Consagrada la autonomía del crédito que emerge de la sentencia condenatoria, surge en primera lectura que los honorarios no son accesorios de la deuda principal en los términos del artículo 523 del Código Civil, porque el derecho a la regulación nace de las reglas del mandato, la cuantía de los honorarios depende del monto del proceso y el derecho a perseguir el cobro, se relaciona con la sentencia de costas.

Estas condiciones reafirman que la accesoriedad de los gastos causídicos es independiente de la relación jurídica, y sí dependiente del proceso en cuanto obligación de pronunciamiento sobre quién debe asumir sus costos. Por eso, si en la petición que debe resumir las pretensiones de la demanda no se agrega el pedido de imposición de costas, ello no impide que el juez las resuelva de oficio.

Sin embargo, pueden encontrarse en la misma sentencia derivaciones que obligan a una nueva interpretación. En efecto, hay casos donde la sentencia dictada sobre la relación sustancial (pretensión material) incide en la distribución de las costas y en los obligados a responder por ellas. Es el caso del artículo 75 del Código Procesal, según el cual "en los casos de litisconsorcio las costas se distribuirán entre los litisconsortes, salvo que por la naturaleza de la obligación correspondiese la condena solidaria...".

2479. C. 1ª CC La Plata, Sala III, causa 177.601, reg. sent. 161/79 en Morello, Mario Augusto; Sosa, Gualberto Lucas y Berizonce, Roberto Omar, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación, op. cit.*, T. II, p. 81.

Aquí el abogado se encuentra frente a un dilema: ¿a quién reclama sus honorarios? ¿Puede hacerlo por la totalidad a solo uno de los condenados? o ¿debe fraccionar la deuda en tantos obligados como partes se hubiesen constituido? Claro está que si la sentencia declara la solidaridad obligacional no tiene el profesional que resolver estos interrogantes.

Pero la crisis aparece ante la difusa identidad que tiene en nuestra literatura procesal los conceptos de partes en litisconsorcio y solidaridad establecida por una sentencia creadora de derechos.

Siguiendo los términos dispuestos por el código, la obligación de pagar costas y honorarios es divisible entre litisconsortes de acuerdo con el "interés" que cada uno represente en el proceso. Pero como la norma debe interpretarse en el concierto adjetivo, es menester adecuar su lectura a las previsiones de los artículos 68, 70 y 163 inciso 5, párrafo final (calificación del comportamiento procesal), de manera que el juez podrá distribuir la imposición y eximir a alguno de ellos.

Ahora bien, los liberados de costas tienen, no obstante, una deuda pendiente con el letrado que los ha patrocinado, derecho que proviene del mandato o comisión conferido, y que demuestra, una vez más, la independencia que tiene el derecho a perseguir el cobro de haberes profesionales respecto de la sanción en los gastos causídicos.

Inclusive, existe un problema adicional acerca de la solidaridad impuesta desde una sentencia judicial; porque en este terreno no se pisa tierra firme, y ha dado lugar a distintas interpretaciones basadas en las potestades y funciones que tiene la labor jurisdiccional.[2480]

2480. Siendo que la solidaridad tiene como fundamento y finalidad el interés común en base al cual se ha constituido la obligación a favor o a cargo de varias personas y que permite dar mayor seguridad al acreedor para percibir el pago, cabe confirmar la sentencia de grado que consideró solidaria la obligación de pago asumida por los demandados con relación a los honorarios de los actores, en razón de la prueba acreditada en el expediente, el carácter irregular de la sociedad que integraban y la postura omisiva que asumieron en el proceso para cumplir con las cargas que les competían (CNCiv., Sala L, "Aristizabal, María C. c. Noval, María de la Aurora y otros", 05/05/2006, *LL* 5/09/2006-7). Tratándose de dirimir los efectos del contrato celebrado entre el abogado y su mandante en relación al pago de los honorarios regulados judicialmente, cuando el letrado en el convenio renunció expresamente a la "solidaridad" aludida en el art. 58 del Dec. Ley N° 8904 de la provincia de Buenos Aires y mantuvo esa relación durante más de 16 años, resulta jurídica y éticamente inadmisible pretender el cobro de las regulaciones judiciales de honorarios por su actuación letrada como mandatario del banco demandado y el restablecimiento de un derecho contractualmente renunciado, lo que quedaría subordinado a la exclusiva voluntad de una de las partes (arts. 1197, 1198

Desde esta perspectiva algunos sostienen que si de la letra del artículo 700 resulta que la solidaridad pasiva tiene como fuente, entre otras, la sentencia judicial, resulta claro que al no ser función del juez crear derechos sino declararlos, no puede derivarse, entonces, que por esta vía puedan originarse nuevas relaciones sustanciales. Claro que si la solidaridad deriva de la misma obligación, es justo ampliar la condena resarcitoria con los rubros que deriven de la tasación por ese concepto.

Supongamos que la sentencia considere que resulta intrínsecamente solidaria la deuda y por ello indica que las costas deben soportarse en idéntico sentido; pues bien, en estos casos la independencia

---

y concs., Código Civil; Dec. Ley N° 8904) (SC Buenos Aires, "Banco de La Pampa c. Castello, Ernesto R. y otra" 22/03/2006, *LLBA* 2006 [setiembre], 1048; *DJ* 18/10/2006-528; *IMP* 2006-21-2717). En una acción para el cobro de honorarios por servicios de asesoramiento prestados por la actora debe admitirse la defensa de falta de legitimación pasiva opuesta por una de las empresas codemandadas integrante de un conjunto económico, pues la mera circunstancia de que la codemandada sea una empresa integrante del mismo grupo no permite imponerle el pago de obligaciones que han sido asumidas contractualmente por otra sociedad integrante de aquel, máxime si la actora no acreditó que al constituirse aquellas se impusieran solidaridades mutuas ni que así fuera asumido frente a ella por la excepcionante ni que la solidaridad surja impuesta por la ley (CNCiv., Sala D, "Cohen, Alejandro M. y otro c. Ansaldo Energía S.P.A.-Sucursal Argentina y otro", 30/08/2005, *LL* 2006-A-579; *IMP* 2006-1-270). Es improcedente la condena solidaria pretendida por el letrado que solicita se le regulen honorarios por los trabajos profesionales realizados con motivo de un acuerdo laboral homologado por la autoridad administrativa, ya que dicho acuerdo no determina responsable en garantía o solidario ni en el mismo tuvo intervención directa la empresa a la cual el letrado pretende se le imponga la condena (CTrabajo, Córdoba, "P., J. A. c. Microemprendimientos Córdoba S. de H. y otros", 07/04/2004, *LLC* 2004 [setiembre]-868). Siendo las costas accesorios del capital a cuyo pago quedó obligado el demandado en un porcentaje menor que otro codemandado y sin que se estableciera solidaridad alguna –en el caso, en un juicio en el que se demandó a un banco y al Banco Central de la República Argentina, este fue condenado a abonar menos del 50 % del total de la condena–, corresponde modificar la sentencia y disponer que en dicha proporción cancele los honorarios regulados al perito contador que interviniera en el proceso. (C. Apel. CC San Isidro, Sala I, "A., J. R. c. Banco Central de la República Argentina", 22/06/2002, *LLBA* 2002-1454).

Las obligaciones del cliente y del condenado en costas hacia el abogado, no son solidarias, sino concurrentes, *in solidum* o convergentes, donde hay un mismo acreedor, identidad de objeto, diversidad de causa y de deudores, y en las que –a diferencia de la solidaridad– la vida de la prescripción no se propaga en la obligación convergente (del voto en disidencia del doctor Coviello) (CNFed. Contenc. adm., Sala I, "Inti Huasi S.A. c. La Nación y Puntual S.R.L", 30/10/2001, *RCyS* 2001-VI-50, con nota de Norma Olga Silvestre).

entre crédito profesional y costas queda establecida en los términos concretos de las explicaciones precedentes.

Pero si la condena no establece solidaridad alguna y secciona los intereses, de alguna manera se quiebra el sistema pensado para la regulación de las costas procesales, porque el norte que fija el criterio objetivo se difumina con limitaciones imprevistas.

527.2 Obligados al pago

El derecho a perseguir el cobro de honorarios regulados a peritos tiene limitaciones: a) contra quien alegó en tiempo y forma el desinterés en la pericia; b) contra quien no es condenado en costas; c) contra quien tiene beneficio de litigar sin gastos, aun encontrándose en trámite.

El primer aspecto encuentra que no es bastante haber dicho oportunamente que impugnaba la procedencia por no corresponder conforme a lo dispuesto en el artículo 457 del Código de rito; pues puede ocurrir que, habiéndose declarado procedente la prueba, la sentencia aún no se ha dictado, de modo que no se sabe si la pericia constituirá o no uno de los elementos de convicción coadyuvante para la decisión.

Lo mismo respecto a manifestar que no tiene interés en la pericia, y que se abstendrá, por tal razón, de participar en ella, porque, si bien como regla del caso, los gastos y honorarios del perito y consultor técnico serán siempre a cargo de quien la solicitó, excepto cuando para resolver a su favor se hiciere mérito de aquella, no existe sentencia que ponga claridad en el punto.[2481]

La situación de los honorarios varía si la sentencia se pronuncia y la prueba se estima útil, de modo que con el alcance conferido por el

2481. La obligación de pagar los honorarios del perito, que recae sobre la parte no condenada en costas, proviene de la ley, ya sea en virtud de la teoría del enriquecimiento sin causa (como los casos del empleo útil, la gestión de negocios impropia, las recompensas entre cónyuges, el pago de mejoras, la repetición del pago sin causa, etc.) o del principio de analogía que emana de esas soluciones particulares (CNCiv., Sala A, "Centro de Suboficiales del Ejército y Aeronáutica c. Círculo de Suboficiales de las Fuerzas Armadas", 03/06/1997, *LL* 1997-E-673). También se afirma que, existiendo una regulación firme de honorarios a favor del perito actuante, resulta indudable su derecho a perseguir el cobro de los mismos a cualquiera de las partes, y aun cuando no existiera pronunciamiento sobre la imposición de las costas, salvo los supuestos de excepción contemplados en el art. 478 del Código Procesal (CNCiv., Sala D, "M. c. S. de M.", 24/11/1990, *LL* 1992-A-439, con nota de Susy Inés Bello Knoll).

artículo 478, inciso 2, los honorarios que integran las costas no siguen el curso del principio de la derrota, porque el experto podrá reclamarlos a cualquiera de los litigantes.

Claro está que, para que los honorarios del perito se consideren comunes y por ende deban ser soportados por ambas partes, no resulta necesario que dicha prueba tenga el carácter de "prueba común", porque basta con que dicho medio haya sido aceptado por la parte que no lo propuso.

Obsérvese que, si bien los peritos pueden orientar el cobro de sus honorarios a cualquiera de las partes, ello cede en el supuesto de que la parte vencedora haya hecho uso de la opción del artículo 478, que concede al litigante el medio de eximirse de soportar el costo de diligencias superfluas impugnando su procedencia en tiempo propio, solución que no se altera aun cuando la parte condenada en costas actuare con beneficio de litigar sin gastos. Deriva entonces la procedencia de requerir el cobro de honorarios del perito a la parte que manifestó su desinterés en la producción de la pericia y se abstuvo de participar en ella, si dicho medio probatorio fue ponderado a los efectos de admitir la demanda por ella entablada.

La ausencia de condena en costas ya vimos que no es determinante y que admite procurar el cobro contra cualquiera de las partes, lo que supone admitir la ejecución parcial sin sentencia de fondo. Vale decir, que la percepción de honorarios se satisface por el trabajo en sí, y no por la eficacia que tiene en el resultado.

En esta línea, dice Atilio González que

> … en seguimiento del principio de presunción de onerosidad de todo trabajo o servicio prestado que sienta, criteriosamente, el artículo 1627 del Código Civil, los honorarios remunerativos de la labor del consultor técnico son determinados por el juez e integran la condena impuesta (artículo 461, Código cit.); cuyo pago es soportado por el sujeto pasivo de esa obligación, según el principio objetivo del vencimiento (artículo 68, Código citado). Hace excepción al principio mencionado, lo preceptuado por el artículo 478, inciso 2, en la hipótesis de que la parte contraria a la oferente de la prueba pericial haya manifestado carecer de interés en la pericia y que se abstendrá, por tal razón, de participar en ella. En tal caso, los gastos y honorarios del consultor técnico (y los del perito), serán

> soportados siempre por quien requirió ese medio de prueba; excepto cuando para resolver en favor del abstenido se hiciera mérito de aquella. Procede señalar, a todo evento, que como el consultor técnico –al igual que el perito–, no se encuentra vinculado por la decisión condenatoria en costas, puede perseguir el cobro de sus honorarios contra ambas partes constituyentes del proceso, indistintamente: contra el condenado en costas, como obligado de responsabilidad; y contra la parte contrapuesta a esta, como obligada de garantía; salvo la acción regresiva de esta contra aquel.[2482]

527.3 El pago de honorarios al consultor técnico

Los honorarios del consultor técnico integran la condena en costas otorgando un título ejecutivo contra el vencido en juicio y/o su cliente. Es aplicable al caso la doctrina del fallo plenario emitido el 16/09/76 en autos "Aguas y Energía c. Oliver" en cuya oportunidad se resolvió que el perito puede cobrar sus honorarios contra cualquiera de las partes, incluso la vencedora en costas, sin perjuicio del derecho de repetir la contraparte la suma abonada en exceso de acuerdo con la imposición de aquellas.[2483]

La semejanza entre perito y consultor no significa que la tarea tenga igual remuneración, dado que el consultor es asimilable al letrado de la parte –asesor jurídico este, asesor en otra ciencia o arte aquel–, cuyo honorario integra las costas, pero no puede ser reclamado por el letrado del vencido en costas contra la parte vencedora.[2484]

La cuantía se debe fijar en una proporción menor de la que se establece para los peritos designados de oficio, dada la distinta naturaleza de sus dictámenes.

2482. González, Atilio, "El consultor técnico en la normación del Código Procesal de la Nación", *op. cit.*

2483. CNFed. Contenc. Adm., Sala I, "San Andrés Fueguina S.A. c. Dirección Gral. Impositiva", 02/06/2000, *LL* 2000-F-552.

2484. El consultor técnico, a diferencia del perito designado de oficio, no está habilitado para ejecutar sus honorarios contra cualquiera de las partes intervinientes, ya sea en su totalidad o bien en un 50 %, según resulte aplicable o no la reforma introducida en el art. 77 del Código Procesal por la Ley N° 24432, pues se trata de un profesional que actúa en exclusivo interés de su mandante (CNFed. Contenc. Adm., Sala IV, "Carracedo, Augusto B. c. Banco Central", 18/04/2000, *LL* 2000-F-976 (43.191-S); *DJ* 2001-1-452.

528. Apreciación de la prueba pericial

En el derecho procesal moderno la tendencia es dejar libre al juez para que pueda apreciar la prueba conforme las reglas de la sana crítica. Esto no siempre fue así, y en particular, el dictamen pericial hasta la modificación del Código de Procedimientos por la Ley N° 4128 era vinculante para el juez cuando el perito tuviese título y sus conclusiones fueren terminantemente asertivas. Era una de las pruebas legal o tasada. El artículo 26 de la Ley N° 4128 en coincidencia con lo que ya disponía el artículo 346 del Código de Procedimientos en Materia Penal, dispuso que la pericia no vinculara al juez. La sanción del Código Procesal (Ley N° 17454) y su posterior reforma (Ley N° 22434) mantuvieron el mismo criterio.[2485]

La fuerza probatoria del dictamen pericial depende de varias cuestiones que se evalúan con las reglas de la sana crítica y otras ponderaciones especiales como: a) la competencia del perito; b) los principios científicos o técnicos en que se funda; c) las observaciones formuladas por los consultores técnicos o los letrados, conforme a los arts. 473 y 474 y d) los demás elementos de convicción que la causa ofrezca (cfr. art. 477, CPCCN).

La opinión del experto tiene relevancia probatoria, cuando las conclusiones se basan en elementos objetivos de valoración y razones técnicas de buen sentido, que sirven de apoyatura a la decisión. El código es claro al establecer la eficacia probatoria del dictamen y dar pautas precisas aunque enunciativas.

Ante la discrepancia planteada entre el criterio del perito oficial y un consultor técnico, ha de prevalecer, en principio, el del primero, pues las garantías que rodean a su designación hacen presumir su imparcialidad y, en consecuencia, mayor atendibilidad.

Si bien el dictamen pericial no es obligatorio para el juzgador, debe acordársele valor probatorio cuando es suficientemente fundado y uniforme en sus conclusiones. La sana crítica aconseja seguirlo cuando no se oponen a ello argumentos científicos legalmente bien fundados. Así debe reconocerse plena validez al dictamen pericial que recae sobre hechos esencialmente técnicos, para cuya aprecia-

2485. Colerio, Juan Pedro, "Hacia un nuevo concepto de prueba pericial", *LL* 1991-A-289.

ción se requiere conocimientos especiales, si no existe duda razonable de su eficacia probatoria.

La libertad judicial de apartarse de las conclusiones del perito no significa, desde luego, arbitrariedad. Aunque el apartamiento no necesita apoyarse en consideraciones de orden técnico, debe encontrar sustento en razones serias, es decir, en fundamentos objetivamente demostrativos de que la opinión de los expertos se halla reñida con principios lógicos o máximas de experiencia, o de que existen en el proceso elementos probatorios provistos de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos.

Los jueces tienen, conforme surge del artículo 477, amplia libertad para ponderar el dictamen pericial pero dicha discrecionalidad no importa reconocerles un libre albedrío absoluto, pues en efecto, si bien es verdad que por categórica o unánime que sea la opinión del experto carece de valor vinculante para el órgano jurisdiccional, también lo es que el apartamiento de las conclusiones establecidas en aquel debe encontrar apoyo en razones serias, es decir, en fundamentos objetivamente demostrativos de que la opinión de los expertos se halla reñida con principios lógicos o máximas de experiencia, o de que existen en el proceso elementos probatorios provistos de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos.

Por tanto, la opinión del perito designado de oficio no es vinculante, pero posee particular eficacia probatoria en materias propias de su especialidad, dada la subjetividad que cabe suponer en un auxiliar de la justicia y los conocimientos técnicos que respaldan sus conclusiones.[2486]

2486. CNCiv., Sala I, 2001/10/11, "Sánchez Granel Ingeniería S. A. c. O.S.N.", *Revista La Ley* de 24/04/2002, p. 9, fallo 103.636. Asimismo, los dictámenes médicos, aun los emitidos por el Cuerpo Médico Forense, no resultan vinculantes para el tribunal, a quien corresponde ponderar la prueba rendida en los términos de los arts. 386 y 477 del Código Procesal según las reglas de la sana crítica, incluida asimismo la prueba pericial (CNTrab., Sala VII, "Argañaraz, Celestino S. c. Hart S. A.", 09/04/1999, *DT* 1999-B-2454). Si bien es cierto que la prueba pericial médica no es vinculante para el juez, para apartarse de las conclusiones establecidas por el experto es necesario aportar elementos de juicio que conduzcan a demostrar error o parcialidad por parte del perito, por cuanto la concordancia del dictamen pericial con los principios de la sana crítica, la competencia del facultativo y los principios técnicos en que se fundan, no pueden ser controvertidos mediante simples discrepancias (CNTrab., Sala VII, "Chaile, Ramón A. c. Caja Nac. de Ahorro y Seguro", 12/11/2001, *DT* 2002-A-419).

Finalmente cuadra remitir al parágrafo 570 de este tomo, donde se muestra el valor probatorio de la prueba científica. Es evidente que ella es una fuente probatoria, que se lleva al proceso con el medio más apropiado como es la prueba de peritos; pero el dictamen científico no coincide con la apreciación técnica o el parecer especializado de un experto.

El juez debe hallarse asistido de razones muy fundamentadas para apartarse de una conclusión científica, porque si bien es cierto que las normas procesales no acuerdan al dictamen carácter de prueba legal y permiten al magistrado formar su propia conclusión al respecto, es evidente que su apartamiento de esas conclusiones, en cuanto importan una apreciación crítica en un campo del saber naturalmente ajeno al hombre de derecho, habrá de apoyarse en otros elementos de juicio tan contundentes como el que se valora.

Cuando la crítica se realiza con la conclusión pericial, el apartamiento tiene más posibilidades, porque el juez tiene otras pruebas y otras reglas (artículo 477, Código Procesal) que le permiten advertir el error o el inadecuado uso que el perito ha hecho de sus conocimientos científicos de que ha de suponerse dotado. En consecuencia, para desvirtuar una pericia es imprescindible contar con elementos de juicio; mientras que para no aplicar una prueba científica se requiere de otra prueba tan evidente como la consultada.

La Corte nacional ha dicho que frente a un problema médico, el tribunal no ha de tomar partido adjudicando responsabilidad a la institución demandada, por cuanto la culpa del profesional comienza donde terminan las discusiones científicas y, dentro de las limitaciones de la medicina, puede responsabilizárselo solo cuando se prueba que el tratamiento adoptado constituye un error inexcusable en un graduado y no cuando se le ofrecen a este varias actitudes, admisibles científicamente, eligiendo aquella que a su juicio y según las particularidades del caso resultaba más apta.[2487]

Pericia no es igual a prueba científica, como tampoco lo es el valor probatorio de una y otra.

2487. CSJN, "Albornoz, Luis Roberto y otro c. Provincia de Buenos Aires y otro", 13/03/2007, *LL online*.

Capítulo LXVII
Pruebas complementarias

529. Planos, exámenes científicos y reconstrucción de los hechos

El artículo 475 del Código Procesal establece:

> De oficio o a pedido de parte, el juez podrá ordenar:
> 1. Ejecución de planos, relevamientos, reproducciones fotográficas, cinematográficas, o de otra especie, de objetos, documentos o lugares, con empleo de medios o instrumentos técnicos.
> 2. Exámenes científicos necesarios para el mejor esclarecimiento de los hechos controvertidos.
> 3. Reconstrucción de hechos para comprobar si se han producido o pudieron realizarse de una manera determinada.
>
> A estos efectos podrá disponer que comparezcan el perito y los testigos y hacer saber a las partes que podrán designar consultores técnicos o hacer comparecer a los ya designados para que participen en las tareas, en los términos de los arts. 471 y, en su caso, 473.

La doctrina explica esta iniciativa probatoria del juez diferenciándola cuando es la parte quien la solicita. En el primer caso pueden entrar entre las diligencias para mejor proveer; en el segundo, se llaman medidas complementarias de la pericia.

En todos los casos, tienen por finalidad documentar el hecho que se releva, o determinar un estado que alcanza a sujetos, objetos y documentos. La condición de complementariedad, inclusive, se puede dar aun en el marco del poder de instrucción judicial. Por ejemplo, habiéndose realizado la prueba de peritos, el juez puede ordenar que se integre con la reconstrucción de los hechos con el fin de advertir si el informe emitido (*v. gr.* si concluyó que era imposible frenar por el estado del pavimento y así evitar el accidente) tiene posibilidades de realización diferentes.

La enumeración que trae el artículo en estudio es meramente ejemplificativa, puesto que es un ejercicio más de las medidas tendientes a

esclarecer la verdad de los hechos controvertidos que cuenta el juez a fin de un mejor descubrimiento de las circunstancias y para conseguir más certidumbre en las cuestiones que son objeto de prueba.

La preparación de planos es necesaria cuando permite ver en su lugar y medida el hecho o la cosa que está en conflicto (*v. gr.* en el juicio de daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito, la confección de un croquis es pertinente por la localización que precisa); la reproducción de una película permite analizar cuadro por cuadro las situaciones en conflicto; el relevamiento documental (*v. gr.* pruebas caligráficas o técnicas para deducir la autenticidad de un instrumento) testimonia directamente sobre la cosa u objeto cuestionado, entre otras posibilidades de ordenación de pruebas; pero en ningún caso estas medidas complementarias pueden suplir la negligencia de la parte que no aportó el plano que estaba en su poder; ni las fotos tomadas a consecuencia del accidente; ni el ofrecimiento de la comprobación documental, o el agregado de documentos que estaban en poder de la parte y hacían a la prueba de su derecho.

Fenochietto, en cambio, afirma que estas pruebas complementarias no persiguen sustituir la pericial, sino ampliar sus conclusiones; por eso son pruebas instrumentales que sirven a la eficacia probatoria del dictamen.[2488]

Cuando alguna de estas medidas se plantea por las partes cabe analizar lo siguiente. El principio general es la complementariedad de las pruebas y su integración a los resultados de la prueba pericial (por eso la remisión a los arts. 471 y 473); el supuesto no se puede asimilar a la agregación extemporánea de prueba documental, sino al mejoramiento del dictamen vertido por expertos, razón que torna improcedente la petición cuando, detrás de la pretensión de producir prueba complementaria, se esconde la intención de agregar constancias documentales omitidas.

Si se trata de exámenes científicos que sean propios de la especialidad del perito, deberán ser efectuados por el experto designado. Si no son de su especialidad o requieran de medios técnicos no corrientes, se deberá acudir para su realización a los profesionales en el área o a entidades científicas. Se ha considerado que estos exámenes se encuentran contemplados en el supuesto previsto en el artículo 473 inci-

2488. Fenochietto, Carlos Eduardo y Arazi, Roland, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, op. cit.*, T. II, pp. 518-519.

so 4 del Código Procesal, en cuanto faculta al juez a disponer, cuando lo estime necesario, la práctica de otro peritaje o perfeccionamiento del anterior, por el mismo perito u otro de su elección.[2489]

La reconstrucción de los hechos, en cambio, tiene mayores prolegómenos. Es de práctica común en el proceso penal en la etapa de investigación o de instrucción probatoria, señalando una diferencia importante con el proceso civil que demora en llegar a la etapa de prueba por la exigencia de trabar adecuadamente la litis.

La reconstrucción de los hechos es la reanudación imitativa, descriptiva, testimonial y perceptiva de las conductas presumiblemente delictuosas perpetradas en determinables circunstancias. Por tanto es conveniente que comparezcan el perito y los testigos, como cada uno de los consultores técnicos que hubiesen actuado en el proceso. La realización del acto sucede con representación de los hechos, donde las partes participan como si fuera una audiencia.

Cafferata Nores dice que

> … un acto procesal que consiste en la reproducción artificial e imitativa de un hecho, en las condiciones en que se afirma o se presume ocurrido, con el fin de comprobar si se lo efectuó o pudo efectuar de un modo determinado.[2490]

Coincidiendo con Creus que refiere a la "teatralización" de las secuencias del hecho investigado, según las distintas versiones de sus protagonistas (incluidos imputados, víctimas, testigos), con el objeto de determinar la posibilidad (física) de que se hubiese desarrollado del modo relatado.[2491]

Hablar de reconstruir significa reponer los lugares, cosas o personas en los espacios que tuvieron al tiempo de ocurrir los hechos motivo del proceso. La diligencia pura es un peritaje que se aplica como audiencia para explicar, esclarecer, describir e ilustrar sobre hechos, conocimientos, fenómenos y efectos especiales. La relación sustancial con la reconstrucción de los hechos se basa en la dinamización de los actos investigatorios, de constatación, descarte, convicción, opinión y

2489. Highton Elena y Arean, Beatriz, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Hammurabi, T. 8, pp. 521-522, Fenochietto, Carlos Eduardo y Arazi, Roland, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, op. cit.*, T. II, pp. 518-519.

2490. Cafferata Nores, José, *La prueba en el proceso penal, op. cit.*, p. 168.

2491. Creus, Carlos, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Astrea, 1996, p. 238.

actuación de la prueba pericial. Esto presupone además, la utilización de otros medios probatorios actuados hasta el momento, como informes producidos, documentos agregados, fotografías aportadas, etc.

530. La consulta académica

Cuando el dictamen pericial requiere de una técnica especial (operaciones, dice el Código) o es necesario aplicar conocimientos de alta especialización que no se encuentran entre la nómina registrada en la lista de peritos, a petición de parte o de oficio, el juez podrá requerir opinión a universidades, academias, corporaciones, institutos y entidades públicas o privadas de carácter científico o técnico.

El artículo 476 del Código Procesal, dice la doctrina:

> ... no contempla la posibilidad de que las instituciones que menciona sustituyan al perito en su tarea. Por el contrario, su eventual intervención está prevista para auxiliarlo, mediante la realización de las operaciones o el aporte de los conocimientos técnicos o científicos que trasciendan el conocimiento estrictamente profesional y que el experto necesite para encontrarse en condiciones de producir eficazmente el dictamen pericial. En efecto, la norma supedita la procedencia de la consulta a la circunstancia de que el "dictamen pericial" requiriese operaciones o conocimientos de alta especialización. Cuando el artículo alude al dictamen pericial, se refiere al que regula el artículo 472, que debe presentar el profesional designado como perito. En la regulación específica de nuestro Código la consulta tiene un carácter excepcional. De acuerdo al artículo 476 citado solo cabe admitirlas en los específicos supuestos en que se requieran operaciones o conocimientos de alta especialización, esto es, comúnmente ajenos a los profesionales que se desempeñan como peritos. Ello, a diferencia de lo que ocurre con la prueba pericial, para cuya procedencia la ley se conforma con que exista la necesidad de contar con conocimientos especiales, para acatar la terminología empleada por el citado artículo 457. No obstante esa restricción que se observa en la normativa específica, la posibilidad de colocar la prueba pericial en manos de las universidades o de las otras entidades a las que se refiere el artículo 476, tiene respaldo normativo suficiente (arg. artículo 378 del Código Procesal).[2492]

2492. Rodríguez, Juan Pablo, "La prueba pericial y las universidades (La Cámara Civil y una decisión trascendente)", LL Actualidad, 29/04/2008, p. 1.

De aceptar que es una prueba complementaria sería necesario haber ofrecido la pericia para desde allí advertir que el experto no tiene ni los medios técnicos, ni posee los conocimientos altamente especializados que la experticia requiere. Inclusive, habría un problema con el tiempo para requerir la producción probatoria, porque según Palacio, se encuentra sujeta a los preceptos que rigen la prueba pericial en cuanto al tiempo y forma de ofrecimiento, la fijación del plazo para la presentación del dictamen, la posibilidad de requerir explicaciones, a su fuerza probatoria, y, eventualmente, a la obligación de pagar honorarios. Sin embargo, agrega el maestro, "la índole peculiar de la diligencia excluye la aplicabilidad de las disposiciones relativas a la recusación, la aceptación del cargo, la remoción y el reemplazo, y a la forma de practicarse el peritaje y de presentar el dictamen".[2493]

Para Kielmanovich:

> … no se trata de prueba informativa, ya que no se solicita informes sobre hechos que resulten de asientos, registros o documentos, sino que se efectúa una consulta, o si se prefiere, se requiere información que se reputa conocida intelectualmente por la versación científica o técnica de la entidad consultada. Se prevé aquí una pericia colegial, que puede ser requerida como prueba autónoma, sea que se hubiese propuesto o no la prueba pericial propiamente dicha, o como complementaria de esta, la que en cuanto a su contenido deberá ser también fundada, aunque no rigen a su respecto las disposiciones relativas a la aceptación del cargo, remoción, reemplazo y recusación de los peritos, y las atinentes a la forma de producción y presentación del dictamen. Las entidades públicas están sujetas, en principio, a un deber de informar en este contexto, salvo disposición legal o reglamentaria en contrario, sin que aquellas puedan establecer recaudos o requisitos sin la autorización previa del Poder Ejecutivo, ni otros aranceles que los que determinen las leyes, decretos u ordenanzas. Las entidades privadas, en cambio, si bien se encuentran sujetas también al deber de contestar, por analogía con la prueba informativa (y sus salvedades) pueden sí solicitar una compensación en las condiciones que para aquel medio se acuerda cuando la naturaleza o complejidad de la labor lo justificara. En ambos casos, consideramos

2493. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. IV, p. 695.

que los organismos podrán requerir un anticipo de gastos cuando la naturaleza del trabajo pericial así lo aconseje.[2494]

Para nosotros es una prueba complementaria de la pericia, aunque admite plantearse como *pericia institucional o colegial*[2495] cuando se requiere la emisión de un dictamen; o como *prueba informativa*, cuando la pretensión es informar sobre las características generales de la especialidad, que deben estar asentadas en un registro para poder transcribirlas y cumplir con el pedido de informes.[2496] Si es complementaria, la petición de auxilio o colaboración se debe formular al tiempo de ofrecer la prueba (por el principio de eventualidad), o después de emitirse el dictamen pericial (que es el momento donde el perito pone de relieve la falta de instrumentos o de técnica, como la ausencia de especialización en lo solicitado). En cambio, si la producción que se pretende es por la vía del dictamen pericial especializado (por la técnica o los conocimientos), la prueba se debe ofrecer con todos los demás medios de confirmación, salvando la posibilidad de que se requiera como medida para mejor proveer, tal como lo reconoce sucede de continuo en

2494. Kielmanovich, Jorge, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado, op. cit.*, T. II, pp. 773-774.

2495. Conforme el art. 464 del Código Procesal, la idoneidad del perito admite considerar como tales a: 1) aquellos que poseen título habilitante de una profesión reglamentada, cuya especialidad se encuentre *legislada* en la lista oficial de peritos, donde se encuentre inscripto. Estos profesionales se designan por sorteo entre los pares de su especialidad, y tienen la obligación de aceptar el cargo, salvo causas justificadas; 2) profesionales con título habilitante de una profesión reglamentada, sin estar registrada en la nómina de especialidades que lleva el Poder Judicial. En estos casos, la prueba se realiza con tres variantes: a) Profesiones universitarias o terciarias con colegiación: el experto debe designarse librando un oficio al Colegio o Consejo pertinente, solicitándole sorteen a un colegiado que tenga la antigüedad suficiente para ser perito. Una vez confeccionado el sorteo y remitido al juez, éste lo notificará por cédula para que acepte voluntariamente el cargo. Si no lo hace se procede a sortear otro. b) Profesionales o terciarios sin colegiación: se realiza el mismo procedimiento anterior, pero el sorteo lo debe efectivizar la Facultad. c) Pericia Colegial (art. 476 Cód. Proc., que exige conocimientos de alta especialización en un área de la ciencia o cuando el perito designado considera que lo requerido no corresponde a su saber y no existan otros que puedan suplantarlo.

2496. Otros argumentan que no tiene ningún punto de contacto con la prueba informativa, ya que si bien versará sobre hechos concretos, claramente individualizados, controvertidos en el proceso, los mismos no resultan de la documentación, archivo o registros contables del informante (art. 396, Cód. Proc.) (cfr. Highton, Elena y Arean, Beatriz, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, op. cit.*, T. 8, p. 530).

la justicia, ante la falta de previsión profesional que hace que no sea común que las partes ofrezcan este medio probatorio.[2497]

La necesidad de auspiciar la participación de estas entidades es manifiesta,[2498] pero al mismo tiempo deben quedar resueltos algunos problemas laterales, como el derecho a percibir honorarios.

2497. Ídem.

2498. Dice Rodríguez que "Sería conveniente que la ley facilitara la mas activa participación de estas entidades en el proceso, mediante una reforma que consagre de manera expresa la posibilidad de requerir la medida en forma autónoma y elimine el carácter excepcional que hoy tiene su procedencia, de acuerdo a la regulación legal. La ubicación de las consultas científicas o técnicas a nivel legislativo en un plano de igualdad con la prueba pericial, en cuanto a su procedencia, y su exclusividad cuando el proceso enfrente cuestiones que requieran operaciones o conocimientos de alta especialidad, siempre que en los supuestos verificados, materialmente sea posible la intervención en esa forma de las entidades, sin ocasionar trastornos importantes en su habitual actividad, así como la admisión del derecho a una retribución –arancelada o no–, con los alcances ya precisados, resultaría plausible por los motivos apuntados en el punto anterior. Incluso, las mismas entidades se favorecerían, puesto que ya no verían discutido su derecho a obtener un razonable reconocimiento económico por su cooperación. En definitiva, entonces, dadas las condiciones materiales o fácticas de viabilidad, la ley debería permitir expresamente la posibilidad de optar por la opinión a los entes de alta especialización que menciona el citado art. 476, en los casos que la prueba pericial a cargo de los profesionales que actualmente se desempeñan como peritos resulte admisible, estos es, según el art. 457, cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiere conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada. Asimismo, regular la actuación con carácter exclusivo de las aludidas entidades, en los supuestos en que se necesiten operaciones o conocimientos de alta especialización, a efectos de evitar una duplicación innecesaria de pruebas. Su intervención auxiliar, parecida a la que hoy regula el art. 476, debería circunscribirse a aquellos casos en que medie tal necesidad y por circunstancias fácticas o de otra índole, cuya apreciación corresponde dejar en manos del juez, resulte aconsejable efectuar igualmente la designación de un profesional como perito para cumplimentar la tarea, que quedará finalmente plasmada en el dictamen que elabore. Al mismo resultado se puede arribar, mediante la lisa y llana colocación de la prueba pericial que el Código de forma actualmente regula, también en manos de dichas entidades, con los alcances delineados. En otras palabras, a los fines indicados resulta indiferente que la ley mantenga o suprima la denominación que hoy tiene la medida que consagra el indicado art. 476 del Cód. Procesal, puesto que, en rigor, lo que importa es ampliar el ámbito de actuación de las referidas entidades en la forma precisada. La reforma resulta conveniente, porque para el ejercicio de la función jurisdiccional, el Poder Judicial no puede prescindir, en tan gran medida, del máximo nivel tecnológico y científico que existe en el país. Hay en ello razones de orden público, porque todo lo que hace a la más rápida e idónea resolución de los conflictos, cualquiera que sea la clase de proceso de que se trate, contribuye a mantener el estado de derecho y a asegurar la paz y la armonía social. Además, tiene profundas repercusiones en otros ámbitos del quehacer nacional, como en materia

531. Las pruebas de colaboración

La prueba llega al proceso a instancia de las partes o por iniciativa probatoria del juez; pero hay una tercera posibilidad de obtener opiniones que, sin ser pericias o informes requeridos con fines de persuasión, ni valer como declaraciones de testigos, pueden instalarse como testimonios de terceros que por su indudable confiabilidad, se admite incorporar entre los medios de prueba.

La presentación ante el tribunal donde tramita un litigio judicial de terceros ajenos a esa disputa, que cuentan con un justificado interés en la resolución final del litigio, a fin de ofrecer opiniones consideradas de trascendencia para la sustanciación del proceso en torno a la materia controvertida, tienen recepción bajo el modelo del *amicus curiae* o de los dictámenes extraprocesales de expertos, de similar contextura y finalidad.

531.1 El *amicus curiae*

El amigo del tribunal, que es la traducción que mejor responde al *amicus curiae*, se introdujo en nuestro país con énfasis destacado, a partir de la participación que ejercieron diversas entidades no gubernamentales en la revisión judicial de actuaciones que tuvieron las Juntas Militares que constituyeron gobiernos de facto en la década infame. Por aquel entonces (década de 1980 y en particular desde 1984), la colaboración fue informativa (casi como testigos no convocados); también se ayudó en la investigación aportando datos y presunciones, lo que denota la amplitud con que se puede considerar la actividad que el *amicus curiae* puede aportar.

El tiempo colaboró en el desarrollo de la figura, pero siempre acotado a un reducto de interesados que sabían del problema y dónde querían intervenir. De algún modo, eso fue también un retroceso, porque limitó la expansión hacia todos aquellos que, desde otros lugares o perspectivas, podían llevar al tribunal una visión diferente de la crisis afrontada (traído el ejemplo al presente, una cuestión ambiental pue-

económica, y concretamente de inversiones, que tanto dependen de un poder judicial previsible y eficaz" (Rodríguez, Juan, "Prueba pericial. Consultas científicas o técnicas. Intervención de médicos legistas. Ventajas de estas modalidades", *LL* 1998-B-993).

de tener focos de atención repartidos y todos colaborar con el tribunal ofreciendo sus respectivas miradas al conflicto).

Sus orígenes se remontan al siglo XV en el derecho anglosajón que autorizaba la opinión de extraños con el fin de producir peticiones en un juicio como "amigo del tribunal". El derecho norteamericano lo incorpora luego a su bagaje jurídico, encontrándoselo mencionado en los *yearbooks* con la misma finalidad. Para Pagés Lloveras, el *amicus curiae* era conocido en la ley romana, pero se destacó en el sistema legal inglés y norteamericano.

Fue pensado originalmente para ser un método donde los terceros desinteresados podrían citar casos, en el interés de la justicia, que la Corte pudo pasar por alto. Un amigo de la corte en el *common law* no necesita ser abogado, pero el escrito es sometido siempre por los abogados que actúan en favor del *amicus*. Actualmente, en el sistema americano el escrito del *amicus* no es realmente neutral, por lo que se requiere identificar a la parte que apoya y no debe nunca olvidarse de proporcionar un análisis legal profundo y exacto a la Corte. El escrito no debe ser una pérdida de tiempo para los jueces, dado que "las cortes dan la bienvenida al informe racional de una persona o de un grupo informado, pero pueden rechazar un escrito chillón o exagerado que genere más calor que luz".[2499]

Actualmente en Argentina, el también llamado "asistente oficioso" se introdujo en la Ley N° 402 de procedimiento ante el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuyo artículo 22 dice:

> *Amicus Curiae*. Cualquier persona, puede presentarse en el proceso en calidad de asistente oficioso, hasta diez (10) días antes de la fecha de celebración de la audiencia. En la presentación deberá constituir domicilio en la jurisdicción. Su participación se limita a expresar una opinión fundamentada sobre el tema en debate. El/la juez/a de trámite agrega la presentación del asistente oficioso al expediente y queda a disposición de quienes participen en la audiencia. El asistente oficioso no reviste calidad de parte ni puede asumir ninguno de los derechos procesales que corresponden a estas. Las opiniones o sugerencias del asistente oficioso tienen por objeto ilustrar al tribunal y no tienen ningún efecto vinculante con relación a éste. Su actuación no devengará honorarios judiciales. Todas

2499. Pagés Lloveras, Roberto, "El Amicus curiae", Ponencia para el XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal, San Juan (2001), *passim*.

> las resoluciones del tribunal son irrecurribles para el asistente oficioso. Agregada la presentación, el Tribunal Superior, si lo considera pertinente, puede citar al asistente oficioso a fin de que exponga su opinión en el acto de la audiencia, en forma previa a los alegatos de las partes.

En el orden nacional, la Ley N° 24488 de Inmunidad de Jurisdicción, sancionada en el año 1995, estableció en el artículo 7 que

> En el caso de una demanda contra un Estado extranjero, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto podrá expresar su opinión sobre algún aspecto de hecho o de derecho ante el tribunal interviniente, en su carácter de "amigo del tribunal".

En la provincia de Río Negro, la Ley N° 4185 (B.O. 21/05/2007) incorporó la figura a la práctica judicial. Hay muchas más resoluciones,[2500] pero la consagración queda impresa con la Acordada N° 28/2004 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, luego modificada por la Acordada N° 14/2006 que agrega el inciso 7 en el artículo primero de la Acordada N° 1/04 –"Amigos del Tribunal"– del tres (3) de mayo de 2006.

Sostiene la Corte nacional que autoriza la intervención de Amigos del Tribunal en todos los procesos judiciales correspondientes a la competencia originaria o apelada en los que se debatan cuestiones de trascendencia colectiva o interés general. Para ello argumenta:

1. Que como un provechoso instrumento destinado, entre otros objetivos, a permitir la participación ciudadana en la administración de justicia, el Tribunal considera apropiado que, en las causas en trámite ante sus estrados y en que se venti-

2500. Es muy importante la Acordada extraordinaria Nº 85/2007 de la Cámara Nacional Electoral que da intervención al *amicus curiae*. También se releva la causa "Juplast S.A. c/ Estado Nacional y A.F.I.P. s/ amparo" sobre improcedencia de presentaciones efectuadas como *amicus curiae* (CS, 2006/10/31) donde expresa que: "Las presentaciones deben ser efectuadas por terceros ajenos a las partes que cuenten con una conocida competencia en la cuestión debatida" y "con la única finalidad de expresar una opinión fundada sobre el objeto del litigio" (párr. 2 del art. 1 del regl. aprob. por la acord. cit.). Este último recaudo no se cumple cuando la presentación tiene por objeto que la causa sea resuelta en un determinado sentido, con la finalidad de que se establezca así un precedente aplicable a otros pleitos de análoga naturaleza –iniciados o por promoverse– en los que los presentantes o sus representados sean parte o tengan un interés de carácter pecuniario comprometido en su resultado. En el indicado supuesto, la existencia de tal interés determina la improcedencia de la intervención como Amigos del Tribunal de quienes lo tuvieren, pues resulta incompatible con la imparcialidad que debe guiar la actuación de estos.

len asuntos de trascendencia institucional o que resulten de interés público, se autorice a tomar intervención como Amigos del Tribunal a terceros ajenos a las partes, que cuenten con una reconocida competencia sobre la cuestión debatida y que demuestren un interés inequívoco en la resolución final del caso, a fin de que ofrezcan argumentos de trascendencia para la decisión del asunto.

2. Que, en efecto, en el marco de las controversias cuya resolución por esta Corte genere un interés que trascienda al de las partes y se proyecte sobre la comunidad o ciertos sectores o grupos de ella, a fin de resguardar el más amplio debate como garantía esencial del sistema republicano democrático, debe imperar un principio hermenéutico amplio y de apertura frente a instituciones, figuras o metodologías que, por su naturaleza, responden al objetivo de afianzar la justicia entronizado por el Preámbulo de la Constitución Nacional, entendido como valor no solo individual sino también colectivo. De otro lado, la intervención que se postula encuentra su fundamento, aun con anterioridad a la reforma de 1994, en lo dispuesto en el artículo 33 de la Constitución Nacional, en la medida en que los fines que inspiran dicha participación consultan substancialmente las dos coordenadas que dispone el texto: la soberanía del pueblo y la forma republicana de Gobierno. No debe prescindirse, por último, de que la actuación de los Amigos del Tribunal encuentra sustento en el sistema interamericano al cual se ha asignado jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22), pues ha sido objeto de regulación en el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (art. 62.3) y ha sido expresamente autorizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con sustento en los artículos 44 y 48 de la Convención Americana.
3. Que desde su constitución en 1863, durante todo su ulterior funcionamiento y hasta la más reciente legislación sancionada por el Congreso de la Nación, le han sido reconocidas a esta Corte las atribuciones necesarias para dictar reglamentos como el presente. En efecto, la Ley N° 48, del 14 de septiembre de 1863, previó que "La Corte Suprema podrá establecer

> los reglamentos necesarios para la ordenada tramitación de los pleitos, con tal que no sean repugnantes a las prescripciones de la ley de procedimientos" (art. 18). La Ley N° 4055, del 11 de enero de 1902, concordemente reiteró que "La Suprema Corte ejercerá superintendencia (...) debiendo dictar los reglamentos convenientes para procurar la mejor administración de justicia" (art. 10). Por último, la Ley N° 25488 de reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, del 19 de noviembre de 2001, expresamente dispuso que "La Corte Suprema de justicia de la Nación queda facultada para dictar las medidas reglamentarias y todas las que considere adecuadas para el mejor cumplimiento de las normas y fines de esta reforma" (art. 4, párr. 2). En las condiciones expresadas y sobre la base de que la figura que se trata, lejos de repugnar a las normas procesales, ha sido admitida por el Congreso de la Nación para ciertas situaciones especiales (Leyes N° 24488 y N° 25875), en ejercicio de las atribuciones indicadas y con particular referencia a las causas en trámite por ante esta Corte y sometidas a su jurisdicción originaria o apelada, corresponde autorizar la intervención de Amigos del Tribunal, con arreglo al reglamento que, como anexo, forma parte integrante del acuerdo.

El reglamento se divide en capítulos que ordenan la posibilidad de intervención de terceros interesados en calidad de amigos del tribunal. De este modo se señala:

> Artículo 1. Las personas físicas o jurídicas que no fueran parte en el pleito pueden presentarse ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en calidad de Amigo del Tribunal, en todos los procesos judiciales correspondientes a la competencia originaria o apelada, en los que se debatan cuestiones de trascendencia colectiva o interés general. La presentación deberá ser realizada con la única finalidad de expresar una opinión fundada sobre el objeto del litigio, dentro de los quince días hábiles del llamado de autos para sentencia. En la presentación deberá constituirse domicilio en los términos del artículo 40 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.
> Artículo 2. El Amigo del Tribunal deberá ser una persona física o jurídica con reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el pleito; fundamentará su interés para participar en la causa e informará sobre la existencia de algún tipo de relación con las partes del proceso. Su actua-

ción deberá limitarse a expresar una opinión fundada en defensa de un interés público o de una cuestión institucional relevante. Dicha presentación no podrá superar las veinte carillas de extensión.
Artículo 3. Si la Corte Suprema considerara pertinente la presentación, ordenará su incorporación al expediente.
Artículo 4. El Amigo del Tribunal no reviste carácter de parte ni puede asumir ninguno de los derechos procesales que corresponden a estas. Su actuación no devengará costas ni honorarios judiciales.
Artículo 5. Las opiniones o sugerencias del Amigo del Tribunal tienen por objeto ilustrar a la Corte Suprema. No vinculan a esta pero pueden ser tenidas en cuenta en el pronunciamiento del Tribunal.[2501]

2501. La Acordada tuvo disidencias de los ministros Augusto César Belluscio, Carlos S. Fayt y Adolfo R. Vázquez, con los argumentos siguientes: 1) Que la participación en el proceso de personas distintas de las partes y los terceros en los términos de los arts. 90 y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación no se encuentra prevista de manera general por el derecho federal, por lo que debe desentrañarse si tiene esta Corte Suprema de Justicia de la Nación facultades para dictar una reglamentación que admita y regule la intervención de los denominados "amigos del tribunal", "amicus curiae", o "asistentes oficiosos". 2) Que las tantas veces citadas "Rules" de la Suprema Corte americana constituyen un supuesto de legislación delegada por el Congreso de ese país en su Suprema Corte, tal como resulta de la *Rules Enabling Act, 28 U.S.C.* ap. 2071, que expresamente faculta al Tribunal a dictar reglas para regular los asuntos de competencia de la justicia federal. Esa delegación –de tal amplitud que ha llevado a aquel tribunal a dictar verdaderos códigos procesales– ha sido considerada constitucional (488 US 361). Es así como las *Rules of the Supreme Court of the United States* "legislan" sobre los requisitos que deben contener los escritos que se presentan ante el Tribunal (Regla 21), la suspensión del procedimiento (Regla 23), la extensión máxima de las presentaciones (Regla 33), las tasas que deben abonarse por la actuación del Tribunal (Regla 38), el curso de los intereses (Regla 42), la distribución de costas (Regla 43), crean recursos contra sus propias decisiones (Regla 44), y, entre otras, regulan sobre la oportunidad, forma y posibilidad de desistir (Regla 46). El contenido de este tipo de disposiciones es claramente ajeno a la facultad reglamentaria que corresponde a esta Corte en virtud del art. 113 de la Constitución, que sólo le autoriza a dictar "su reglamento interior". 3) Que esa misma situación se presenta –entre otros tribunales internacionales– en los sistemas europeo y americano de protección de los derechos humanos, que cuentan con normas expresas que habilitan la intervención de los llamados "amigos del tribunal". Así en el ámbito europeo, el Protocolo 11, cuyo art. 36 prevé la intervención de "cualquier persona distinta del demandante" en las causas que tramiten ante la Gran Sala o una Sala del tribunal respectivo. Pero dicho protocolo ha sido suscrito por los representantes de los estados y no por los jueces que integran aquel tribunal. En cambio, el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dictado por ese tribunal, confiere a su Presidente la facultad de invitar o autorizar a cualquier persona a que presente su opinión (art. 62.3). Sin embargo, esa regulación –al igual que la que resulta de las Reglas de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica– es fruto de la expresa delegación contenida en el art. 25

ap. 1 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado mediante Resolución n° 448 de la Asamblea General de la OEA, celebrada en La Paz, Bolivia, en el mes de octubre de 1999, que dispone que "[L]a Corte dictará sus normas procesales", mientras que en el apart. 3 dispone que "[L]a Corte dictará también su reglamento". 4) Que con relación a la existencia de regulaciones legales que en el orden nacional admiten la participación de algunos funcionarios estatales como amigos del tribunal en circunstancias por cierto excepcionales, debe recordarse que la aplicación extensiva de un estatuto particular "puede comportar una anarquizante perturbación de la compleja estructura que el respectivo sistema legal está en vías de constituir atendiendo a factores y circunstancias cuya consideración incumbe primordialmente a los poderes ejecutivo y legislativo" (Fallos: 229:824). Tal es lo que ocurriría si de las delimitadas y concretas situaciones en que las Leyes N° 24488 (art. 7) y N° 25875 (art. 18, inc. e) admiten la participación de amigos del tribunal, se extraerá un principio general de admisión de la figura en cualquier otra circunstancia. La primera de esas normas autoriza al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto a expresar su opinión sobre algún aspecto de hecho o de derecho en su carácter de "amigo del Tribunal" en casos de demanda contra un estado extranjero. La segunda contempla la atribución del Procurador Penitenciario de expresar ante los jueces a cuya disposición se encuentra un interno su opinión sobre algún aspecto de hecho o de derecho en el mismo carácter –"amigo del tribunal"–. Tales previsiones serían claramente superfluas si se concluyera en que, frente a la ausencia de previsión legal al respecto, la intervención de los *amicus curiae* debiera admitirse. No obsta a esa conclusión lo dispuesto en el art. 113 de la Constitución, el cual no faculta a la Corte a dictar la legislación procesal ni la de organización los tribunales nacionales, todo lo cual son atribuciones del Congreso (art. 67, incs. 12 y 20 de la CN; cfr. acordada 77/90, disid. del juez Belluscio). 5) Que, por último, algunas de las características de los consultores técnicos permitirán descartar cualquier asimilación posible a ellos de los llamados *amicus curiae*. Esta figura ingresa en nuestro ordenamiento procesal a raíz de la limitación a un solo perito que dispuso la Ley N° 22434 de reformas del CPCCN, respecto al número de expertos que cumplirían la tarea pericial en los procesos ordinarios. Así, el código contempla después de esta reforma que la prueba pericial estará a cargo de un único perito –en lugar de tres como eran antes– y que "cada parte tiene la facultad de designar un consultor técnico" (art. 458). El consultor técnico es una persona especializada en algún arte, ciencia o técnica que, a diferencia del perito, no es un auxiliar del juez o tribunal sino que es un verdadero defensor en cuestiones técnicas de la parte a quien asiste y que lo designa. Por ello, se lo ha definido como una figura análoga a la del abogado en tanto opera en el proceso a la manera de este último. Su participación se encuentra absolutamente reglada por las normas procesales y su labor es remunerada e integra la condena en costas (art. 461 del Cód. Proc.). Se advierte entonces que los consultores técnicos no ingresan en el proceso por voluntad propia, sino por designación de las partes; no asisten al tribunal sino a las partes, su actividad es legalmente reglada y onerosa y sus honorarios integran la condena en costas, por lo que carece de toda similitud con la figura considerada en este acuerdo. 6) Que en conclusión, cabe señalar que la admisión de esta figura corresponde al legislador. Su voluntad en tal sentido no puede extraerse de las Leyes N° 24488 y 25875, dado su carácter de leyes especiales. Antes bien, el haberlo reconocido con tal limitado alcance permite entender exactamente lo contrario. La existencia de proyectos en este momento a con-

Esta disposición marca un rumbo cuya proa apunta a la participación popular en la justicia, o en las "cosas de la justicia". Si bien es cierto la convocatoria se realiza a los asuntos de trascendencia institucional o que resulten de interés público; y que la invitación se restringe a los que cuenten con una reconocida versación (técnica o académica), sin perjuicio de tener que demostrar el interés en la solución final del caso (lo que, de algún modo, obliga a fijar una posición perdiendo con ello cierta imparcialidad en la ayuda que se presta); todo ello contribuye para alentar la utopía de varios maestros del Derecho, como es lograr que el acceso a la justicia sea para todos.

Con la Acordada Nº 14 del 3 de mayo de 2006, la Corte Nacional resuelve fomentar la difusión de las causas que tramitan en su sede, procurando la intervención de amigos del tribunal, siempre que las causas ventilasen cuestiones de trascendencia institucional o que resulten de interés público. A estos fines se resuelve con el nuevo inciso 7, de la Acordada N° 1/2004 que se difunda una lista con todas las causas en trámite ante la Corte.

Indudablemente la institución cuenta con marcadas ventajas demostradas en jurisdicciones y actuaciones donde se prevé su intervención. Por ejemplo, en la Ley N° 24488 sobre inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros ante los tribunales argentinos, se explica

---

sideración del Congreso de la Nación corroboran aquella liminar conclusión que se ha adelantado. En este aspecto, cabe hacer notar que en los proyectos con estado parlamentario se requeriría que se trate de derechos de incidencia colectiva o cuestiones de interés público no patrimonial, limitación que no aparece contenida en el reglamento aprobado por la mayoría del Tribunal. Del mismo modo, mientras en este último no se prevé el traslado a las partes, en el proyecto de ley se contempla el deber del tribunal de hacerlo (art. 3). La iniciativa legal incluye la posibilidad expresa de sancionar la conducta de los amigos del tribunal. Finalmente, cabe señalar que en uno de los dictámenes se contempla una cuestión por demás importante –cuyo tratamiento por parte del Congreso no cabe sin más descartar– como es la indicación tanto respecto de quien elaboró la opinión que se pretendería agregar, como la fuente de financiamiento con que cuenta quien pretende intervenir en un conflicto que en principio le es ajeno y cuya actuación no puede generar costas. Estos extremos son de suma importancia si se tiene en cuenta que la figura puede ser utilizada por grupos de interés con la finalidad de influir en la decisión de la Corte y, en tal caso, sería conveniente saber concretamente "quien está atrás" del que eventualmente se presente. Por ello, acordaron: Declarar que esta Corte carece de atribuciones para regular la intervención procesal del Amigo del Tribunal. Todo lo cual dispusieron y mandaron, ordenando que se comunicase y registrase en el libro correspondiente, por ante mí, que doy fe.

que cuando se demanda a un Estado extranjero, el Ministerio de Relaciones Exteriores podrá expresar su opinión sobre algún aspecto de hecho o de derecho ante el tribunal interviniente, en su carácter de amigo del tribunal. También la Convención de los Derechos del Niño en su artículo 4 obliga a los Estados a tomar todas las medidas necesarias para efectivizar los derechos contemplados en la convención, y en su caso, alienta a los jueces y tribunales para requerir, como partícipes oficiosos, a quienes merced a sus conocimientos especializados pueden contribuir con esclarecimientos u orientaciones.

No se debe olvidar el régimen previsto en el artículo 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, expresamente, permite a "cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización" a que presente a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte que si bien no habla específicamente de la figura del *amicus curiae*, ha dado lugar a que tribunales argentinos hayan interpretado que la figura encuadra en este artículo.

Inclusive la reglamentación de los órganos del sistema ha permitido, con amplitud, que se invite formal o informalmente a todos los interesados en un problema para que den sus opiniones por escrito, sin perjuicio de las intervenciones que puedan tener en audiencias especiales.

En líneas generales, la mayor ventaja es la experiencia que puede aportar un "amigo del tribunal". Y hay un elemento que quizás sea el más conflictivo para fijar posición: la neutralidad. En efecto, es cierto que en sus lejanos orígenes en el derecho romano, y en la dinámica judicial anglosajona desde el siglo IX, el *amicus curiae* siempre fue un actor imparcial del conflicto donde era llamado o concurría por sí para dar una opinión fundada en defensa de un interés público o de una cuestión institucional relevante.

Hoy día, la neutralidad no parece ser el centro de gravedad, sino el aporte que puede ofrecer, sin importar si la mirada es unilateral. Recordemos, por el caso, múltiples intervenciones de organizaciones no gubernamentales en situaciones de desaparición forzada de personas, donde la propia entidad patrocinó a familiares en las actuaciones judiciales promovidas merced a la desesperada situación afrontada.

Creemos que el *amicus curiae* es una herramienta de la democracia participativa que golpea las puertas de la justicia procurando impedir que se siga preguntando ¿ud. quién es? (típico problema de la legitimación procesal que exige acreditarse antes de ser oído), para dar lugar a otro interrogante ¿ud., qué quiere? Con una respuesta simple del que llama al pórtico de los jueces: solo ayudarlo a resolver y aportarle con amplitud mis conocimientos.

Es natural que este mecanismo no siga algunos ritmos cansinos del trajín jurisdiccional, donde se resuelve a instancia de parte y según lo alegado y probado por ellas, siempre en el marco del principio de congruencia (*secundum allegata et probata*).

Si pensamos que la actuación del *amicus curiae* puede eludir la imparcialidad, tendremos que acentuar la responsabilidad procesal y la elevación a principio de la regla moral en el proceso. Porque una presentación interesada, sin medida ni serenidad, terca u obcecada, solo genera perturbación y pierde eficacia por la propia unilateralidad. En cambio, si autorizamos la opinión parcial pero basada en la experiencia o en el indudable conocimiento e idoneidad del que profiere la opinión, el que sea parcial no afectará el sentido de la intervención. De otro modo, quedaría alentada una suerte de experticia de parte, o la llamada a un consultor técnico sin neutralidad que privaría al proceso de una de sus máximas reglas: la igualdad en el trato y consideración de las partes.

Descontada esta sutileza, viene un dilema doctrinario: ¿el *amicus curiae* solo interviene en las instancias superiores o puede hacerlo en jurisdicciones e instancias menores? Si observamos lo reglamentado y vigente en materia legal, nacional y provincial, rápido se responde sosteniendo que la participación solo está prevista en la última instancia; apenas algunos proyectos pensaron que podía ser también posible en las Cámaras Federales de Apelación en lo Criminal y Correccional o ante la Cámara Nacional de Casación Penal.[2502]

2502. La Cámara de Diputados aprobó un proyecto que busca regular por ley el instituto del *amicus curiae*, es decir, aquellas presentaciones que pueden realizar terceros ajenos a una disputa judicial. La iniciativa de la diputada Susana Canela (Frente para la Victoria, Salta) fue aprobada por 126 votos (hubo 9 abstenciones) y consta de siete artículos. El primero determina que "toda persona física o jurídica goza del derecho de presentarse ante la Corte Suprema de Justicia, la Cámara Nacional de Casación Penal, en carácter de terceros interesados ajenos a las partes, cuando se encuentren comprometidos derechos de incidencia colectiva o cuestiones de trascendencia institucional". No obstante,

Nosotros creemos que es factible extender la intervención hacia otro tipo de procesos: básicamente, los que denominamos "procesos constitucionales" (amparo, hábeas data, hábeas corpus, amparo ambiental, proceso colectivo, defensa del usuario y consumidor, etc.). En estos la crisis que se padece, excepcionalmente, es individual. Por tanto, cuando lo colectivo se apropia del sentimiento de justicia necesaria, no está mal que acudan otras entidades o personas físicas interesadas en dar su aporte.

En cuanto a las pautas procesales bajo las cuales funciona, cabe resaltar que el *amicus curiae* no es parte, lo que significa que no tiene interés material en la solución del pleito, sino en la forma como ella se resuelve. Una vez más se destaca que es un colaborador de la justicia, sin que ello signifique que tenga derecho a una remuneración ni a honorarios por la incidencia que pueda alcanzar la sentencia definitiva a través de su dictamen.

No obstante, en el *common law*, donde es más frecuente la utilización de la vía, se establecen otras reglas, por ejemplo: a) la actuación, sea de oficio o rogada por el tribunal, no admite resistencia de las partes en conflicto; b) si la presentación es espontánea, el juez de la causa puede rechazar por improcedencia formal o por manifiesta improponibilidad (impertinencia); c) siempre es requisito demostrar y argumentar el interés que se quiere preservar con la intervención;

los terceros "deben tener reconocida competencia en la materia objeto del litigio y deben fundamentar su interés en particular en la causa". El artículo 3 aclara que las opiniones vertidas "no tienen efecto vinculante ante el Tribunal, pero pueden ser tenidas en cuenta en el pronunciamiento de la sentencia". Y el cuarto establece que el *amicus curiae* "no reviste calidad de parte" y que "su intervención no devengará costas ni honorarios judiciales". Los *amicus curiae* son presentaciones que pueden realizar terceros ajenos a una disputa judicial, pero con un interés justificado en la resolución final del litigio, a fin de expresar sus opiniones a través de aportes intelectuales en relación a la materia que se debate y que pueden ser de trascendencia en la sustanciación del proceso judicial. La falta de regulación legislativa del instituto no fue obstáculo para los Tribunales argentinos al momento de expedirse sobre la admisibilidad. Aunque no fueron abundantes las presentaciones de este tipo, la tendencia jurisprudencial argentina es favorable a la aceptación de este instituto. En la parte de los fundamentos, el proyecto concluye que hay elementos de juicio suficientes para la admisión de la figura del *amicus curiae*, aún sin normativa legal específica que la regule. "Como hemos dicho, el instituto tiende a hacer transparente el debate público y la toma de posición ante asuntos que, siendo tratados por los tribunales, tienen una trascendencia social que va más allá de las particularidades del caso", dice. Y agrega: "El futuro de la figura depende entonces de la actividad de las organizaciones no gubernamentales que promuevan temas de interés ciudadano, y de la comprensión de los magistrados acerca de las ventajas de su adopción".

d) si se trata de una persona jurídica organizada (ONG, asociaciones, sociedades, etc.) debe acreditar que el objeto de su agrupación coincide con el objeto a determinar en el proceso.

También hay reglamentaciones menores, como la extensión de folios, o los alegatos verbales que se pueden ofrecer en audiencias públicas. Finalmente, el asistente oficioso no queda vinculado a la causa, y su presentación puede ser sustanciada o no a criterio del tribunal.

531.2 El dictamen de expertos

El informe del *amicus curiae* es voluntario y sometido a reglas de total imparcialidad y neutralidad, al punto que cuando se presenta para sostener la posición jurídica de una parte, es común que se rechace la presentación;[2503] a diferencia del dictamen que se requiere a expertos con el fin de agregarlos como prueba, de carácter instrumental, semejante al reglamentado en el artículo 476 del Código Procesal, pero desigual desde que esta norma está prevista para instituciones, personas jurídicas entidades públicas o privadas, academias, etc.

La función probatoria no está totalmente aceptada, por ejemplo Peyrano sostiene que pueden servir de base para efectuar presunciones *hominis* y como tal, teniendo en cuenta que, en puridad, las presunciones no constituyen un medio de prueba sino un juicio lógico producto de un raciocinio, tampoco los dictámenes de expertos son medios de prueba.[2504] De allí que destaca que los referidos dictámenes no son otra cosa que una suerte de alegato o argumentación técnica de parte que no se pueden confundir con figuras aledañas pertenecientes al derecho probatorio "ortodoxo" tales como la informativa, la pericial o la testimonial técnica. Tampoco guarda relación con la denominada "pericial informativa" regulada por el artículo 476, del Código Procesal. Esta última

2503. La existencia de un interés en que la causa sea resuelta en un determinado sentido, con la finalidad de que se establezca así un precedente aplicable a otros pleitos de análoga naturaleza –iniciados o por promoverse– en los que los presentantes o sus representados sean parte o tengan un interés de carácter pecuniario comprometido en su resultado, determina la improcedencia de su intervención como Amigos del Tribunal, pues resulta incompatible con la imparcialidad que debe guiar la actuación de estos (Fallos: 329:4590, "Juplast S.A. c/Estado Nacional y A.F.I.P. s/amparo").

2504. Peyrano, Jorge Walter, "Sobre los dictámenes extraprocesales de expertos", *LL* 1990-B-1005.

figura –poco difundida y más heterodoxa– es una variante de la prueba pericial a la que también se conoce como pericial colegiada habida cuenta de los organismos que deben evacuar la consulta técnica o científica.

De todas maneras –sigue diciendo Peyrano–:

> ... no puede negarse el tinte pericial que posee la institución que nos ocupa. Ocurre que las características de su producción determinan que en realidad los "dictámenes extraprocesales" puedan asimilarse a la (mal llamada) "pericia de parte" que, como se sabe, de pericia no tiene más que el nombre y la calidad de experto de su autor. Sobre el particular, se ha señalado lo siguiente "no tiene carácter de prueba pericial la peritación que se ha practicado extrajudicialmente a instancia de una sola parte y sin el concurso de las formalidades y garantías que, dentro de poco, veremos se hallan establecidas para la pericia judicial". Eso no quiere decir que esté prohibido a una y a otra parte el aportar al pleito, en su propio interés el resultado del peritaje judicial aunque este vaya privado, *a priori*, de todo valor probatorio puesto que cada uno de los litigantes puede aducir en apoyo de su propio asunto todos los argumentos que estimen oportunos. De donde se infiere que el juez del fondo podrá y deberá tener en cuenta la peritación extrajudicial presentada por una de las partes, no para fundar exclusiva o totalmente sobre la misma su sentencia definitiva, sino para valerse de ella, como de uno de los varios elementos, emergentes del pleito y mediante los cuales él llega a formar la propia convicción.[2505]

532. La pericia arbitral

Una pericia atípica porque tiene efectos resolutivos es la que reglamenta el artículo 773 del Código Procesal, en estos términos:

> La pericia arbitral procederá en el caso del artículo 516 y cuando las leyes establezcan ese procedimiento con el nombre de juicio de árbitros, arbitradores, peritos o peritos árbitros, para que resuelvan exclusivamente cuestiones de hecho concretadas expresamente.
> Son de aplicación las reglas del juicio de amigables componedores, debiendo tener los árbitros peritos especialidad en la materia; bastará que el compromiso exprese la fecha, los nombres de los otorgantes y del o de los

2505. Peyrano, Jorge Walter, "Sobre los dictámenes extraprocesales de expertos", *op. cit.*, con cita a Mattirolo, Luis, *Tratado de derecho judicial civil* (trad. de Constancio Bernaldo de Quiróz y Manuel López. Rey y Arrojo), Madrid, T. II, 1933.

> árbitros, así como los hechos sobre los que han de laudar, pero será innecesario cuando la materia del pronunciamiento y la individualización de las partes resulten determinados por la resolución judicial que disponga la pericia arbitral o determinables por los antecedentes que lo han provocado.
> Si no hubiere plazo fijado, deberán pronunciarse dentro de un mes a partir de la última aceptación.
> Si no mediare acuerdo de las partes, el juez determinará la imposición de costas y regulará los honorarios.
> La decisión judicial que, en su caso, deba pronunciarse en todo juicio relacionado con las cuestiones de hecho laudadas, se ajustará a lo establecido en la pericia arbitral.

El sistema consiste en conferir a uno o varios expertos la decisión de un conflicto donde solamente están controvertidas situaciones de hecho (por ejemplo, si en el accidente marítimo hubo o no avería). Tal como se expone, la presencia del juez perito se asemeja al dictamen pericial, pero difiere en el mecanismo de intervención –en el caso regido por el procedimiento que tienen los amigables componedores– y en la facultad resolutiva que dispone. Coinciden, en cambio, en la necesidad de tener conocimientos especiales en un oficio, arte o profesión.

La particularidad estriba en que la pericia arbitral puede producirse en ocasión de un proceso o fuera de él y

> ... conduce al pronunciamiento de una decisión provista de fuerza vinculatoria para el juez. Si bien este, en efecto, tiene atribuciones para apreciar libremente el derecho aplicable al caso, debe hacerlo sobre la base de las conclusiones de hecho establecidas por los peritos árbitros.[2506]

Según Barrios de Angelis, el citado dictamen constituye una decisión, pero no alcanza más que a una de las dos zonas fundamentales del conflicto: no afecta al derecho; solo se pronuncia sobre un hecho. El juez aunque no puede negar que los hechos son tales como el perito arbitrador los establece, tiene amplia facultad para apreciar el derecho del caso.[2507]

El caso del artículo 516 del Código Procesal refiere al supuesto de que las liquidaciones o cuentas fueren muy complicadas y de lenta y difícil justificación o requirieran conocimientos especiales. No obstante la cercanía que la norma establece con el juicio de amigables

2506. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, T. IX, p. 180.
2507. Barrios de Ángelis, Dante, *El juicio arbitral*, Montevideo, Idea, 1956, p. 97.

componedores, existen separaciones evidentes que permiten darle suficiencia y autonomía a la pericia arbitral.

En efecto, en la segunda solo se actúa sobre hechos; no se necesita cláusula compromisoria, ni acuerdo preestablecido. El punto de contacto que las vincula reside, fundamentalmente, en la circunstancia de que tanto una como otra tienen como finalidad de la decisión de un conflicto o divergencia entre partes.

Respecto al tiempo que puede ocurrir la pericia arbitral conviene recortar tres momentos posibles: uno de ellos como diligencia preliminar (caso del art. 323, inc. 11); o prueba anticipada (art. 326, inc. 2); otro a partir de la decisión judicial que lo establezca; o bien, en cualquier tiempo cuando las partes acuerden su conveniencia y no discrepen sobre la cuestión de derecho.

En el primer supuesto procede, ejemplificativamente, respecto de los vicios y defectos atribuidos a las cosas vendidas.

Como prueba anticipada, dice Colerio que

> … si bien no es utilizada con la frecuencia que sería de desear, la pericia arbitral permite una rápida, justa y económica composición de intereses y si en algún caso puede no terminar de resolver el conflicto, avanza en tal forma sobre su solución que actúa como un elemento altamente persuasivo para dilucidar la cuestión.[2508]

Por sentencia accede en el caso de liquidaciones o cuentas muy complicadas o de lenta y difícil justificación o que requieran de conocimientos especiales.

En cuanto a la hipótesis de procedencia por vía consensuada, los requisitos son mínimos al no ser necesaria la formalización escrita del acuerdo, bastando la simple denuncia donde se determine el objeto de la discusión fáctica.

Si alguna de las partes rehúsa la constitución del juicio pericial, el interesado en la formación del procedimiento debe instar la demanda ante el juez competente a fines de que este opere la audiencia donde se esclarece el conflicto y, en su caso, se designarán peritos.

Finalmente, quedan ciertas dudas respecto a la posibilidad de articular impugnaciones al dictamen pericial, toda vez que tratándose de

2508. Colerio, Juan Pedro, "Una solución disvaliosa que desnaturaliza las ventajas de la pericia arbitral", *ED* 02/02/1993.

contingencias de hecho donde se resuelve sobre la base de conocimientos científicos o técnicos, parecería insuficiente que las partes pudieran criticar aquello para lo cual no están preparados; sin embargo pueden requerirse explicaciones por la vía de la aclaratoria pertinente; o la nulidad de todo el juicio si el mismo tuviera los vicios de incongruencia que expusimos oportunamente para el procedimiento por árbitros.

El cumplimiento de lo resuelto se orienta por las normas sobre ejecución de sentencia, siendo juez competente aquel que dispuso la realización del juicio arbitral.

En materia de honorarios se ha dicho que el proceso de peritos árbitros está desprovisto de formas legales, por lo que quienes en él actúan se limitan a recibir los antecedentes o documentos que las partes les presentan y a pedirles las explicaciones del caso. Esa diferencia esencial con el juicio ordinario impide inicialmente la equiparación de ambos procesos a los fines de la regulación de honorarios, no obstante las semejanzas extrínsecas que presentan debido a la complejidad de las cuestiones debatidas, la prolongación temporal de su sustanciación, o al pacto de observar determinadas formas propias de los juicios ordinarios, las cuales persiguen asegurar un mínimo de orden en el trámite y no alteran la naturaleza del proceso.[2509]

533. El reconocimiento judicial

El reconocimiento judicial[2510] es una prueba de percepción directa sobre cosas o lugares, que tiene la ventaja de poner al juez en contacto con las circunstancias que son objeto de debate.

2509. CSJN, Fallos: 320:700, "Blanco, Guillermo y otro c. Petroquímica Bahía Blanca y otro".

2510. Algunos códigos provinciales denominan a este medio probatorio "inspección judicial" (*v. gr.* Córdoba, Santa Fe, Jujuy y Tierra del Fuego), expresión que, literalmente considerada, puede interpretarse en el sentido de que restringen la actividad del juez a una mera percepción visual de las materias que constituyen el objeto de la diligencia, no obstante que, según debe entenderse, aquel puede utilizar el oído, el gusto, el olfato y el tacto cuando se trata, por ejemplo, respectivamente, de comprobar la existencia de ruidos molestos, un determinado sabor, la penetración de gases o la existencia de malos olores, y la calidad o estado aparentes de una mercadería. De allí que resulte más apropiada, en la interpretación de Palacio, la denominación de "reconocimiento judicial" que utiliza el Código Procesal y los ordenamientos procesales

El Código Procesal (art. 479) la presenta como medio de prueba disponible de oficio y para las partes; tiene funciones complementarias para la apreciación conjunta, a cuyo fin se admite el reconocimiento judicial de lugares o de cosas, con la concurrencia de peritos y testigos a dicho acto, y con las medidas previstas en el artículo 475.

No obstante, Alsina tiene dicho que técnicamente el reconocimiento judicial no es un verdadero medio de prueba. Porque con ella no se incorpora un antecedente que no conste ya en el proceso, toda vez que se trata de apoyar la apreciación de una prueba producida, o que resulta de la cosa sobre la cual recae la inspección. Por eso, sostiene que la diligencia solo sirve para ilustrar al juez, permitiéndole aclarar circunstancias que de otra manera no habrían podido ser valoradas con precisión.[2511]

Le contesta Palacio, afirmando que

> ... dicha tesis carece de fuerza persuasiva, por cuanto la cosa sobre la cual recae el reconocimiento no configura en sí misma una prueba sino un instrumento probatorio del cual cabe extraer un dato (fuente de prueba) que, cotejado con los hechos controvertidos (objeto de la prueba), permitirá al juez convencerse de la existencia o inexistencia de estos. La circunstancia de que el lugar, la cosa o la persona reconocidas suministren un dato (fuente) coincidente con el hecho a probar no altera el carácter de medio probatorio que reviste el reconocimiento judicial, pues dicho carácter está dado por la actividad desplegada por el juez a fin de verificar, mediante su percepción sensorial, las cualidades o características del lugar, cosa o persona sometidas a examen. Precisamente por ser el reconocimiento judicial un verdadero medio de prueba, carece de sustento válido la jurisprudencia establecida en el sentido de que aquel constituye una medida de ejecución potestativa para el juez, quien puede decretarlo o denegarlo con prescindencia del pedido formulado por las partes.[2512]

Históricamente el reconocimiento judicial adquiere relevancia en los Fueros Castellanos (que exigía inspeccionar el cuerpo de la mujer violada), pero la primera regulación de esta prueba surge con las Parti-

---

que a él se han adaptado, o bien la de "examen judicial" que emplean los códigos de La Rioja y Mendoza (Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. IV, p. 478 y ss.).

2511. Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, op. cit.*, T. III –Juicio ordinario–, p. 135.

2512. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. IV, p. 482.

das de Alfonso X el Sabio. En la Partida 3ª se habla de la prueba por vista del juzgador: "Prueva de ver el judgador la cosa sobre que es fecha".

La legislación posterior contiene con frecuencia referencias del derecho de Partidas y emplea expresiones como "vista de ojos, vista ocular o prueba ocular", así, en la Instrucción del Marqués de Gerona de 1853, que solo tuvo un año de vigencia, habla de "prueba ocular". La Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855, antecedente de la de 1881, es la que introduce la actual denominación de *reconocimiento judicial*, aunque también utiliza el término *inspección* cuando hace referencia a los interdictos de obra nueva y obra ruinosa.

La reforma de 1881 mantuvo la expresión de reconocimiento judicial (art. 633 y ss), en contraposición al Código Civil español (arts. 1240 y 1241) que al regular la prueba de las obligaciones introdujo la "inspección personal del juez", término muy utilizado en otras legislaciones, como las de procedimientos en lo penal.

En Italia la prueba se refiere como *ispezione giudiziale*, los códigos franceses de *vérifications personnelles du juge* y en el derecho alemán de *augenschein*, que se puede traducir como inspección ocular.

533.1 Objeto de la prueba

La producción de la prueba de reconocimiento judicial tiene dos manifestaciones. Como medio que se debe ofrecer al tiempo de cumplir con la carga de verificar los hechos que asientan las pretensiones (demanda, contestación y, en su caso, con la reconvención); o como diligencia autónoma en el marco de los poderes probatorios del juez implícitos en el artículo 36, inciso 4 del Código Procesal. Inclusive, esta última posibilidad, se puede ordenar en el plazo de prueba (antes o después de la prueba pericial), o como medida para mejor proveer.

El objeto es tomar contacto directo con lugares u objetos materiales, de manera que no es solo la percepción sobre el medio de prueba (testigo, documento, perito que da explicaciones en el acto), sino, además, trabajar sobre los hechos sin intermediaciones ni relatos que interpreten los sucesos. Esto supone una importante manifestación de principio de inmediación, en cuyo acto el juez no permanece pasivo, sino que desarrolla una actividad procesal activa para el esclarecimiento de los hechos.

De la Oliva Santos discrepa con esta afirmación pues sostiene que con el reconocimiento judicial el juez entre en contacto directo, no con los hechos a probar, sino con los lugares, objetos o personas y a través de ellos puede considerar probados o no determinados hechos o afirmaciones de hechos. Salvo que el reconocimiento verse sobre la misma cosa litigiosa, el contacto del juez con los hechos es a través de esos lugares, objetos o personas. La inmediación, por tanto, no es plena, aunque sí superior a la de los otros medios de prueba. Lo que el juez percibe con los sentidos externos, debe completarse con las ideas y saberes que la experiencia le ha proporcionado.[2513]

Con exactitud expresa Devis Echandía que

> ... en realidad no se trata de que el hecho inspeccionado sea prueba de sí mismo, como suele decirse, sino de que su prueba consiste en su verificación por el juez, mediante sus sentidos, y por lo tanto existe indudablemente una actividad probatoria. Prueba es la inspección judicial y no el hecho inspeccionado; el segundo es el objeto de la primera.[2514]

No se debe confundir el reconocimiento judicial con la prueba pericial, ni como un suplemento de esta pese a la mención de llegar al acto habiendo ejecutado planos, relevamientos, o demás exigencias dispuestas a tenor del artículo 475 del Código Procesal; porque, si bien las dos operan sobre los mismos hechos, el objeto y la finalidad son distintos. En el reconocimiento, la relación entre el juez y el objeto, lugar o persona debe ser directa; el juzgador percibe sus características a través de sus sentidos y según el entendimiento ordinario, excluyendo el análisis técnico o científico que es propio de la prueba pericial. No obstante en muchas ocasiones ambos medios de prueba pueden tener lugar sobre la misma.

Tampoco se debe relacionar con la reconstrucción de hechos, porque en el caso no habría reconocimiento del estado de cosas, lugares o personas, sino la elaboración de una técnica de reproducción de hechos pasados que se han perdido, a diferencia del reconocimiento o inspección que estudia las cosas en el estado en que se encuentran.

2513. De la Oliva, Andrésy Fernández, Miguel Angel, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, T. II, p. 322.

2514. Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Editorial ABC, 5ª ed., T. II, p. 415.

Aunque en determinados momentos y legislaciones se ha hablado de inspección ocular en relación con el reconocimiento judicial y parece que está previsto para que el juez perciba por mediación de la vista el objeto, persona o lugar a reconocer, nada impide que el juez pueda servirse de los otros sentidos, por ejemplo: oír los ruidos procedentes de una fábrica, degustar algún producto comestible, comprobar los olores que salen de un restaurante, etc., todo encaminado a la mejor comprensión de los hechos controvertidos en el litigio por parte de quien posteriormente ha de hacer una valoración de los mismos para dictar una sentencia justa.[2515]

533.2 Oportunidad

El reconocimiento judicial, antes denominado "inspección ocular" porque ponía el acento en la observación sensorial de la vista, puede ofrecerse como prueba anticipada, o conjuntamente con las demás pruebas, al tiempo de plantear la demanda, contestarla o reconvenir. Ordenado el examen, la providencia que dispone producir la prueba debe individualizar lo que deba constituir su objeto y determinar el lugar, fecha y hora en que se realizará. Si hubiere urgencia, la notificación se hará de oficio y con un día de anticipación.

Como prueba anticipada lo contempla el artículo 326, inciso 2, del Código Procesal que la admite cuando existen motivos que hacen temer cambios fundamentales en los lugares, cosas o personas. La realización puede ser antes de formalizar la demanda, o después de presentada, antes de comenzar la etapa probatoria. Es decir, aun sin haberse fijado los hechos litigiosos, ni dispuesta la prueba a producir en la audiencia preliminar (art. 360).

Sin embargo, esta posibilidad debe estar revestida de fundamentos claros y precisos que sostengan la necesidad de practicar de inmediato la prueba, toda vez que la anticipación puede impedir que se concrete con el sentido de utilidad funcional que prevé el artículo 479, cuando permite que se realice en conjunto con testigos y peritos a los fines de que estos puedan aportar conocimientos e información, o ejecutar una reconstrucción de los hechos.

2515. Oliva Salvador, Ana Delia, "El reconocimiento judicial", *Revista Procuradores*, Nº 61, España, 2003.

En lo que respecta al juez, puede disponer de oficio el reconocimiento judicial en cualquier momento del período probatorio y aun con posterioridad al llamamiento de autos para sentencia.

533.3 Requisitos objetivos, subjetivos y formales

Como toda prueba está sujeta al test de admisibilidad y pertinencia que se exige para todos los medios. La norma comienza indicando que el juez "podrá" ordenar la producción, con los parámetros de utilidad y necesidad que están presentes en las reglas generales de la prueba.

La utilidad no basta para producirla, debiendo la parte demostrar la necesidad de que sea el tribunal el que verifique los sitios, cosas o personas. Cabe recordar que nuestro sistema procesal ha seguido la línea de la ley española, y allí, desde mucho tiempo antes de la reforma, el Tribunal Supremo había concretado una línea jurisprudencial (desde 1951) que sostuvo que, para la admisión del reconocimiento judicial no bastaba la utilidad, el interés o la conveniencia, sino que era preciso la "necesidad", dejando en manos del juez la decisión. Con esta interpretación procuraba evitar la proliferación de esta prueba que obligaba a los jueces a desplazarse fuera del asiento del juzgado; hasta que en 1993 modifica el criterio y dice que la admisión de la prueba no es obligatoria para el juez, sino que su práctica se acordará cuando se estime "precisa y necesaria" para el mejor esclarecimiento de los hechos.[2516]

La nueva Ley de Enjuiciamiento, en su artículo 353, párrafo primero, incluye "la conveniencia", como justificación para la admisión de esta prueba, lo que suponemos, deberá contribuir a modificar la postura ju-

2516. STS 26 de noviembre 1985 (RAJ 5902/1985) "Es menester que la diligencia de prueba no se halle incursa en las prohibiciones o limitaciones establecidas por el legislador… y ser de notorio influjo en el pleito para que mediante él se consiga el esclarecimiento de extremos esenciales e importantes del mismo que tiendan a facilitar al juzgador la resolución de la cuestión controvertida, toda vez que si, a tal fin, fueran inútiles, innecesarios o irrelevantes, debieran ser rechazados de oficio (STS 4 de octubre 1993 [RAJ 7545/1993]). La prueba de reconocimiento judicial, no obstante, la importancia y la conveniencia de su práctica, sobretodo en las contiendas de dimensión territorial, no es obligatoria para el juez en forma incondicional, sino que su práctica tendrá lugar cuando lo estime precisa y necesaria para el mejor esclarecimiento y sobre fijación de los hechos. Toda vez que la eficacia de la prueba de inspección personal del juez solamente será onerosa cuando claramente permita apreciar por las exterioridades de las cosas reconocidas el hecho que se trata de averiguar (STS 2 de febrero 1993 [RAJ 791/1993])".

risprudencial mantenida hasta ahora, admitiendo su práctica de una manera menos restrictiva. Por otro lado, la nueva redacción permite la posibilidad de que el reconocimiento sea no solo sobre el "sitio o cosa litigiosa" sino también sobre algún "objeto, lugar o persona", ampliando así el campo de reconocimiento, más acorde con la finalidad de la prueba.

En nuestro país el reconocimiento judicial que reglamenta el artículo 479 del Código Procesal se destina a "lugares" o "cosas"; estos deben permitir la representación de los hechos conducentes y controvertidos que son objeto de prueba, porque si no quedan rastros o vestigios, la prueba es manifiestamente inútil.

En cuanto a su posibilidad jurídica, el objeto del reconocimiento judicial no puede hallarse configurado por hechos cuya prueba –por ese medio– se encuentra expresa o implícitamente prohibida por la ley. Tal lo que ocurriría si se propusiera la práctica de dicho medio para probar un contrato, o una enfermedad o impedimento físico que requiera el reconocimiento de una persona que se niega a someterse a la diligencia.

Cuando la prueba se concreta solamente al reconocimiento, el juez puede delegar el cumplimiento en el secretario, u ordenar producirla con un mandamiento de constatación, o requiriendo al juez de la jurisdicción que, vía convenio Ley N° 22172, la lleve a cabo. Pero si la celebración toma la forma de audiencia, por la concurrencia de peritos y testigos al acto, la presencia del juez es ineludible (art. 34, inc. 1, CPCCN).

La prueba tiene reglas y procedimientos propios, que si bien permiten la concurrencia de testigos y peritos, no significa que a estos se les aplique las reglas de producción probatoria que les corresponde. Como se trata de una forma de audiencia, se celebra con quienes concurran, salvo que las ausencias impidan llevar a cabo la prueba en forma efectiva, por haberse dispuesto en el objeto que las mismas debieran practicar alguna actividad específica (*v. gr.* emitir dictamen pericial de inmediato).

533.4 Forma de la diligencia

A la diligencia asistirá el juez o los miembros del tribunal que este determine. Las partes podrán concurrir con sus representantes y letrados y formular las observaciones pertinentes, de las que se dejará constancia en acta (art. 480, Cód. cit.).

A pesar del carácter de prueba de percepción directa antes indicado, es posible que se delegue la práctica porque, en definitiva, se trata de fijar o conservar la situación de un lugar, el estado de cosas o personas, que quien lo concrete puede informarlo con posterioridad. Por eso, la eficacia probatoria del reconocimiento judicial, ya sea que concurran o no las partes a tal acto, requiere su documentación mediante el levantamiento de un acta en la cual se deje constancia de las percepciones y observaciones recogidas durante el desarrollo de la diligencia.[2517]

De lo contrario, se cercena el derecho de defensa de las partes, en tanto se las priva de un elemento de juicio apto para fundar sus alegaciones críticas, se sustrae toda posibilidad de información al órgano judicial competente para conocer de un recurso interpuesto contra la sentencia que hace mérito del reconocimiento, y se impide la valoración de la prueba al juez que, eventualmente, suceda en el desempeño del cargo a quien practicó la diligencia.

Las partes pueden asistir con sus consultores técnicos y realizar las observaciones que estimen pertinentes, todo lo cual se vuelca en el acta (art. 125, inc. 5, cód. cit.). Actualmente, con la reforma introducida por la Ley N° 25488 al sistema de celebración de las audiencias, al disponer la práctica de un reconocimiento judicial, el juez puede ordenar a las partes que se aporten los medios técnicos necesarios para su efectiva celebración (*v. gr.* videograbadoras; cámaras fotográficas, cuyos gastos se recuperan por el sistema de costas), de acuerdo con el artículo 125, incisos 6 y 7 del referido ordenamiento.

2517. Palacio, Enrique Lino, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. IV, p. 484.

SECCIÓN 4ª
FINALIZACIÓN DE LA ETAPA DE DEBATE

Capítulo LXVIII
Conclusión de la causa

534. Alegatos

La prueba reunida en los cuadernos de cada parte se agrega al expediente principal una vez que se produce totalmente. Es verdad que en el ánimo del legislador estuvo presente la intención de que este acto se dispusiera de oficio, en orden a que es deber de jueces y tribunales, tomar medidas tendientes a evitar la paralización del proceso, a cuyo fin, una vez que ha cumplida la etapa probatoria se pase a la siguiente en el desarrollo procesal, disponiendo, "sin necesidad de gestión alguna de los interesados" (art. 482, CPCCN) o "de oficio" (art. 36, inc. 1, Cód. cit.) las medidas necesarias; sin embargo, la práctica habitual muestra que son las partes quienes lo requieren, al punto que de no hacerlo pueden caer en el riesgo de la caducidad de la instancia.[2518]

2518. Aunque el supuesto es de interpretación restrictiva, porque se interpreta que el deber del Secretario de poner el expediente a despacho una vez agotada la etapa de conclusión de la causa, previa agregación de los alegatos, a fin de que el juez dicte el llamado de autos para sentencia, exime de la carga del impulso procesal y, por ello, no se produce la caducidad de instancia frente a su omisión (CNCiv., Sala A, "García de González Carabelli, Celeste c. Pardal, Teresa J. y otros", 10/08/1998, *LL online*). O cuando se afirma que el art. 495 del Cód. Procesal prescribe que vencido el plazo para presentar los alegatos, el Secretario sin petición de parte, pondrá el expediente a despacho agregando los mismos si se hubieren presentado, no procediendo la declaración de caducidad de instancia en dichas circunstancias (CNCiv., Sala E, "Copan Coop. de seguros Ltda. c. Marziano, Franco", 26/03/1992, *LL online*). Inclusive la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoce la excepcionalidad de la perención en estos casos. Afirma en este sentido que el carácter restrictivo con que debe interpretarse la caducidad de la instancia resulta particularmente aplicable si el proceso se encuentra en estado avanzado, la recurrente lo ha instado durante años, produjo la prueba por ella ofrecida y solo restan los alegatos para que esté en condiciones de ser dictada la sentencia que resuelve la cuestión de fondo y, de mantenerse la resolución que declaró la caducidad, perdería su derecho a reclamar los daños y perjuicios en virtud de que operaría la prescripción de la acción (art. 4037 del CC) (CSJN, "Pschepiurka, Sara Beatriz c/ Izaguirre, Roberto", 16/04/2002, Fallos: 325:694). También cuando argumenta que, por ser la caducidad de instancia un modo anormal de terminación del proceso,

De todas maneras, de conformidad con lo establecido por el artículo 313, no se puede actuar independientemente del contexto general donde está inserto el proceso. Así, el inciso 3 del mencionado artículo hace una atribución de responsabilidades al secretario y en especial al prosecretario administrativo, por lo que si el expediente se paraliza porque alguno de ellos no cumple con la actividad que la ley impone, no es posible decretar la perención, ya que se estaría ante una declinación y transferencia inadmisible de responsabilidades.

De acuerdo con ello, el funcionario que cada legislación procesal disponga (prosecretario administrativo en el orden federal; secretario en la provincia de Buenos Aires, oficial primero en algunas provincias),[2519] sin sustanciación alguna practicará la incorporación de los expedientes de prueba, y procederá a la certificación de ella, que consiste en confrontar si los medios ofrecidos por cada parte se han cumplido o existen actuaciones de producción pendiente.

Cumplido, comunica al juez el resultado, quien a su vez notifica a las partes por nota el resultado del informe, a efectos que se cumplimente con la prueba sin actividad, se termine la realización, o se desista de ella. Si el informe da cuenta de la culminación de la etapa probatoria por no restar prueba pendiente de producción, se dispondrá la clausura de la etapa probatoria y se dejarán las actuaciones en estado de presentar alegatos. Esta providencia se notifica por cédula, y una vez firme se entregará el expediente a los letrados por su orden y por el plazo de seis (6) días a cada uno, sin necesidad de petición escrita

---

cuyo fundamento reside en la presunción de abandono de aquel, debe interpretarse con carácter restrictivo, de ahí que la aplicación que de ella se realice debe adecuarse a esas características, sin extender con excesivo ritualismo el criterio que la preside más allá de su ámbito propio, en particular, cuando el juicio se encuentra en estado avanzado, los justiciables lo han instado durante años y sólo faltan los alegatos para que esté en condiciones de ser dictada la sentencia que resuelve la cuestión de fondo (CSJN, "Astarsa S.A. y otros c/ Ministerio de Economía", 14/09/2000, Fallos: 323:2498).

2519. El deber de agregar los cuadernos de prueba al expediente principal, así como la clausura de la etapa probatoria y la certificación de la prueba rendida o que se encuentre con producción pendiente, es un deber que cambia de responsables. La Ley N° 25488 acuerda esta tarea al prosecretario administrativo (ex oficial primero de la Ley N° 22.434), aunque la providencia correspondiente sea deber del secretario, en los términos del art. 38 inc., párrafo final (cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, op. cit.*, T. II, p. 613).

y bajo su responsabilidad para que presenten, si lo creyesen conveniente, el escrito alegando sobre el mérito de la prueba (art. 482, cód. cit.).

Los alegatos son la crítica concreta y razonada que las partes realizan sobre las pruebas producidas, tanto cuanto respecto a su propia actividad, como a la de su oponente. Si bien la no presentación del alegato ningún perjuicio ni sanción conlleva al litigante, es cierta la utilidad que el mismo posee, pues en él encontrará el sentenciante recapitulados en forma metódica los hechos en que las partes fundan sus pretensiones, la prueba que a cada uno de ellos se refiere y las razones que se aducen para demostrar el derecho.

Es una facultad procesal que se puede declinar sin responsabilidades ni riesgos, pero que al asumirla tiene requisitos que cumplir. En primer lugar hay un deber vinculado con el tiempo de devolución del expediente que se concede en préstamo a los fines de concretar dicha actividad (art. 127, inc. 1, CPCCN), en razón de que, transcurrido el plazo sin que el expediente haya sido devuelto, la parte que lo retuviese perderá el derecho de alegar sin que se requiera intimación (art. 482, Cód. cit.); después, existe una carga de fundamentación que impide considerar cuestiones extrañas al objeto para el cual el alegato se destina.

534.1 Contenido del alegato

Una primera observación en el tema no puede dejar de advertir el sentido que tienen en nuestro sistema procesal los alegatos sobre el mérito de la prueba, pues de ello se trata, es decir, de presentar al juez una conclusión razonada, crítica y ordenada sobre las confirmaciones que ha logrado cada parte respecto a sus pretensiones.

En la historia de nuestras intenciones, cabe recordar que la importancia del alegato se midió por la trascendencia eventual del conflicto, tomado en la perspectiva del modelo de trámite donde la causa debía desarrollarse, de allí que la Ley N° 17454 que sancionó en 1967 el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, resolvió eliminar el acto en los juicios sumario y sumarísimo.[2520] Después, la Ley N° 22434

2520. Decisión muy cuestionada por la doctrina; así Cuadrao decía que "La supresión de los alegatos tampoco ofrece, a nuestro juicio, ninguna justificación; por cuanto su función y las razones que abonan su existencia, esto es: señalar con precisión las cuestiones en debate y analizar con justeza y ponderación la prueba producida, no conspira

(1981) revirtió el sentido del artículo 495 (actualmente derogado por la Ley N° 25488) admitiendo alegatos en el juicio sumario, sosteniendo en pocas líneas la "Exposición de motivos" que "se autoriza la presentación de alegatos, teniendo en cuenta la importancia que pueden tener algunas controversias".

A la intención del legislador se sumó el pensamiento de los autores que, en gran mayoría, destacan al acto como un escrito facultativo, no esencial y menos aun, fundamental para formar la convicción del juez, al margen de la verdadera importancia que pueda tener el proceso.

La jurisprudencia también sostiene que el alegato no es una pieza fundamental ni esencial del procedimiento y de su falta de presentación ningún perjuicio o sanción proviene al litigante, salvo los que se deriven de su natural merma de defensa; además –se agrega– el alegato no implica la incorporación de elementos novedosos; su función se circunscribe a la expresión del juicio de cada parte sobre el resultado de la actividad probatoria y aunque su presentación pueda reputarse útil a la formación del criterio judicial, se ratifica que no es una pieza fundamental ni esencial del procedimiento.[2521]

Con otra mirada se sostiene que

> La presentación de alegatos no constituye una carga para las partes, sino una mera facultad. Se trata, no obstante, de un trámite de singular

contra la sumariedad de un proceso de conocimiento, sino, por el contrario, tienden a facilitarla; ayudando al juez en su excepcional misión de averiguar la verdad y declarar la justicia, que es el fin último del proceso. Y es acaso aquí, precisamente, porque la prueba fue objeto de limitaciones que impidieron el mayor relieve de los hechos, o porque la litis sufrió desviaciones más complejas y difíciles de lo que la aparente sencillez de la cuestión permitía inicialmente adelantar, cuando sea más necesario el aporte de esa sistematización, análisis, discriminación y debida valoración de los hechos y sus circunstancias, con el del derecho, jurisprudencia y doctrina pertinentes. Sin que sea de olvidar, como siempre, que por los trámites del proceso sumario han de sustanciarse la generalidad de las cuestiones; con lo que el escrito de alegato ha quedado virtualmente irradiado del procedimiento; de un procedimiento, además, rigurosamente escrito, y, por consiguiente, con mengua para la jerarquía y mérito de la labor del profesional. Y lo que es más grave: cerrando la fuente más fecunda, el camino más directo y el estímulo mayor, para la investigación y ejercicio de la lógica jurídica, comprobando la constante diferencia de los litigios y la sutileza de los derechos que las leyes consagran y que el derecho procesal precisamente, se encarga de pedir y establecer" (Cuadrao, Jesús, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Depalma, 1969, p. 527).

2521. CFed. Civil y Comercial, Sala II, "Novartis AG c/ Laboratorios Rontag S.A s/ cese de oposición al registro de marca", 05/07/2000, *LL* 2001-B-616; *DJ* 2001-2-387.

> importancia para la efectiva defensa de los derechos en conflicto aunque no haga al desarrollo en sí del proceso. La finalidad específica –al margen del contenido de otros capítulos adicionales o secundarios– se centra en destacar la eficacia y poder de convicción de los elementos de juicio allegados a la causa, señalando críticamente el *mérito* o *demérito* de los mismos. En tales condiciones, constituye, de ordinario, un elemento de fundamental e inestimable valor para el juez; y es a través de tales piezas que los abogados tienen oportunidad, sobremanera, de llevar un aporte y colaboración de jerarquía que, no pocas veces, constituirá el "proyecto de la sentencia".[2522]

Criterio que pone de relieve que donde impera la clave práctica de la eficacia del alegato es en la redacción correcta, razonada y con adecuada fuerza de demostración del esfuerzo de la parte para probar y convencer.

Fue Eisner quien delineó con esmerada prolijidad la importancia de elaborar un "buen alegato". Decía el profesor titular de la Universidad de Buenos Aires (que nos permitió en el año 1983 ingresar a esta casa como profesor adjunto de su cátedra), que la función del alegato

> … no se limita al examen crítico de la prueba en sí, sino naturalmente al de su aptitud para iluminar los hechos objeto del debate y formar la convicción del juez respecto de su existencia y modalidades reales. Por lo tanto el alegato debe comenzar –como es de práctica– por un análisis y presentación ordenada de las cuestiones y de la plataforma fáctica que las sustenta a tenor de lo expuesto en los escritos liminares de demanda y contestación y, en su caso, reconvención y su responde. Se trata de una decantación técnica de los hechos relevantes y conducentes para la decisión del pleito que son enunciados en cuanto importan el presupuesto lógico de la norma jurídica que se intenta hacer valer para el éxito de la pretensión o de la defensa, respectivamente.
>
> Tales hechos deben ser señalados debidamente en el alegato ya sea para mostrar su relación necesaria con los requisitos legales en que se funda la acción, para demostrar que no requieren prueba en los casos de mediar admisión o reconocimiento, importar hechos notorios o normales o hallarse favorecidos por una presunción legal que los tiene por ciertos en determinadas circunstancias o para contribuir a la decisión sobre el régimen de distribución de la carga de la prueba que pesa sobre cada uno de los litigantes y que, en definitiva, según cual fuere esa carga,

2522. Morello, Mario Augusto; Sosa, Gualberto Lucas y Berizonce, Roberto Omar, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación, op. cit.*, T. V-B, pp. 543-544.

> determinará la suerte del juicio según fuere el éxito probatorio del que la soporta a criterio del juez.
> Además, no existiendo en nuestro proceso civil la posibilidad de la "dúplica" y de la "réplica" –que la había en el derecho español– ya que solo la admite la ley para el caso de tratarse de cuestiones declaradas "de puro derecho", donde se corre un "nuevo traslado por su orden" (art. 359, Cód. Proc.), el alegato de bien probado brinda la oportunidad, a las partes, de poder replicar las consideraciones y argumentos del adversario, como en el caso del actor y del reconviniente que estuvieron impedidos de refutar los dichos de su accionado y reforzar sus propios argumentos que los contradicen.
> La exposición prolija, razonada y sistemática de los puntos controvertidos, es pues una función muy importante como prólogo de la apreciación de la prueba y como ordenamiento deseable.[2523]

Ahora bien, la redacción precisa obliga a señalar el contenido específico del escrito, de modo que si es una síntesis, no se puede realizar una transcripción de las actas de declaraciones de parte o de terceros, sino, antes bien, una valoración de ellas espejada con las afirmaciones realizadas y las pretensiones que debían confirmarse con la prueba.

De este modo el alegato debe contener, en primer lugar, una descripción de la prueba rendida por la parte que representa; también puede incluir una crítica sobre la realizada por la contraria, pero no es obligatorio ni necesario, desde que el alegato es un acto unilateral de manifestación que destaca méritos individuales. Allí debe exponer las conclusiones que le sugieran la actividad probatoria y, en particular, evaluar el resultado de cada medio en particular.

Sobre la prueba pericial es posible practicar nuevas observaciones que se suman a las realizadas cuando se impugnó la experticia y se presentó la contestación; o al concretarse dichas observaciones que respondidas no admitían otra alegación (arts. 473 y 477, Cód. Proc.). Inclusive se pueden dar razones jurídicas vinculadas con la eventual subsunción de los hechos dentro de las normas jurídicas invocadas.[2524]

2523. Eisner, Isidoro, "Importancia, contenido y límites del alegato de bien probado", *LL* 1984-C-880; también en *Nuevos planteos procesales: ensayos y notas sobre el proceso civil*, La Ley, Buenos Aires, 1991, ps. 189 y ss.

2524. Kielmanovich, Jorge, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado, op. cit.*, T. II, p. 786. Aquí agrega que "En razón de acontecimientos sobrevinientes y la garantía del debido proceso legal, se ha admitido igualmente la introducción, más que en el alegato en sí, en la oportunidad de alegar, de materias extrañas a la

Además, como para dictar sentencia el juez debe considerar la conducta desenvuelta por las partes en el proceso (art. 163, inc. 5, cód. cit.), en el alegato se pueden denunciar aquellos actos de inconducta notoria o manifestar los que se interpreten como vulneraciones al principio de lealtad, probidad y buena fe (art. 34, inc. 5, ap. e, e inc. 6, CPCCN).

Por último, es lícito en el alegato presentar mayores desarrollos doctrinarios, legales o jurisprudencias respecto de las cuestiones y pretensiones invocadas en los escritos de constitución del proceso. Lo que, en principio, no es admitido es que se intente utilizar el alegato como vehículo de introducción de nuevas o distintas pretensiones o medios de ataque y de defensa que no fueron expuestos en la debida oportunidad procesal –ya preclusa– de la demanda o el responde. En caso de ocurrir tal invasión indebida, el juez no la computará ni estimará para la formación de su fallo.[2525]

Cuadra destacar que la trascendencia del alegato, como escrito integrante del derecho de defensa en juicio, ha llevado a decretar la nulidad de la sentencia cuando este se dicta sin haberse agregado la pieza presentada por una de las partes.[2526]

534.2 Límites del alegato

La diferencia entre alegaciones y afirmaciones es importante a esta altura, para indicar que las primeras son exposiciones que introducen hechos, exponen situaciones, fijan posiciones o critican situaciones jurídicas del proceso. Mientras que las afirmaciones son los hechos o realidades aseveradas que deben confirmarse con la prueba. Los hechos alegados son materia de prueba cuando resultan

materia probatoria *per se*, cuestión que para nosotros no supone ampliar el contenido del escrito, sino que, como se ha dicho, definir la temporaneidad de una presentación, más aún cuando, y a diferencia de lo que acontece con los alegatos que no se sustancian con la contraria, de aquellas piezas sí deberá correrse traslado a la contraria".

2525. Eisner, Isidoro, "Importancia, contenido y límites del alegato de bien probado", *op. cit.*

2526. La declaración de nulidad de la sentencia dictada sin la agregación del alegato realizado por una de las partes no requiere que el interesado pruebe el perjuicio que se derivaría de esa omisión, pues este emerge *per se* cuando se trata del desconocimiento de etapas esenciales del proceso cuya omisión lacera el ejercicio del derecho de defensa (Cám. Apel. Civ. y Com. de Rosario, Sala II, "Sol Tec de Daniel Noé c. Supermercados Mayoristas Makro S.A.", 28/08/2001, *LL* Litoral 2001, 1300, con nota de Meori Andrea.

conducentes y controvertidos, pero el *alegato* es una pieza procesal construida con alegaciones o manifestaciones de solo una de las partes, que pretende persuadir al juez del mérito probatorio cumplido, por el cual se quiere demostrar con las conclusiones que presenta en el escrito o, en su caso, en la exposición oral vertida en audiencia, que se tiene derecho a una sentencia favorable.

Para Guasp todo el proceso se nutre de alegaciones, porque son datos que se llevan al expediente, sea para introducirlos, bien para fijarlos definitivamente, o para enjuiciar su valor, formulando una postrera crítica en torno al mismo. Mediante la alegación, el material lógico que el juez tiene que servirse figura actualmente en el proceso, y, a través de la depuración ulterior que supone su prueba, se convierte en el instrumento indispensable sobre el que ha de apoyarse la sentencia.[2527]

Distingue las *alegaciones de introducción* –o introductivas– mediante las cuales el dato lógico (fáctico-jurídico) ingresa por primera vez al proceso, como ocurre en la demanda que formaliza una pretensión, de las llamadas *alegaciones críticas* –o conclusivas– que tienen lugar cuando se ha producido prueba y entonces resulta conveniente que tales datos sean iluminados por los medios de demostración utilizados para convencer al juez de su existencia y en especial por el resumen, confrontación, análisis y merituación que se haga de dichas pruebas.[2528]

También Palacio llama *alegaciones críticas* a las que tienen por finalidad valorar la eficacia de las alegaciones introductorias en función de la prueba producida para demostrar la existencia o inexistencia de los hechos respectivos; de allí que sea llamado alegato el acto mediante el cual cada una de las partes expone al órgano judicial, por escrito o verbalmente de acuerdo con el tipo de proceso de que se trate, las conclusiones que les sugieren las pruebas producidas.[2529]

En consecuencia el alegato es un escrito conclusivo que trabaja con material obrante en el expediente. Las pretensiones que se ingresen por esta vía, que no se hayan planteado en la contestación de la demanda, o en escritos de respuesta a traslados corridos, comportan una reflexión

2527. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Cívitas (edición revisada y adaptada a la legislación vigente por Pedro Aragoneses), 4ª ed., 1998 T. I, p. 293.

2528. Eisner, Isidoro, "Importancia, contenido y límites del alegato de bien probado", *op. cit.*

2529. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. VI, p. 203.

tardía que obsta a su consideración, aun cuando de ello se siga algún gravamen, pues tal situación se ha producido a raíz de la conducta discrecional del mismo, constituyendo tal principio una aplicación de la regla romana por la cual nadie puede alegar su propia torpeza.

Por eso en el alegato hay que omitir toda inclusión de cuestiones que hubieran precluido en su tiempo de alegación. Por ejemplo, si bien las partes pueden alegar y probar circunstancias que hacen a la idoneidad de la prueba, no lo pueden hacer para referirse especialmente al testigo, pues para ello habría perdido la oportunidad para hacerlo (art. 428, CPCCN). En todo caso, la prueba testimonial se analiza en conjunto.

Es decir que el límite central está en analizar la prueba propia y ajena, sin alterar o modificar las pretensiones oportunamente expuestas, ni ofrecer alternativas de solución diferentes al objeto planteado (*v. gr.* si la demanda fue de resolución contractual, y tras la prueba queda evidente que el cumplimiento es factible, no puede quien pretendió la rescisión proponer en el alegato que se cumpla la convención, como recurso posible).

Obviamente tampoco se puede mejorar la demanda o integrar cuestiones que no se fundaron adecuadamente, o que se omitieron cuando se debió realizar.[2530]

Además, siendo posible introducir en el escrito doctrina y jurisprudencia no invocada con anterioridad (no sirve la petición de aplicar jurisprudencia de la Cámara a los fines del recurso de inaplicabilidad de ley, salvo que fuera doctrina plenaria posterior a formalizar la demanda), no se puede aprovechar este permiso para cambiar el sustento de las afirmaciones (*v. gr.* si se demandó por daños y perjuicios derivados de la relación de consumo, no se puede solicitar que se apliquen los fundamentos de la Ley de Defensa de la Competencia, cuando el caso versa sobre derechos del usuario

2530. Si en momento alguno la demandada invocó la condición de "personal de vigilancia" del actor para excusarse de abonar las horas extras pretendidas, pues solo dijo que no habían sido laboradas y subsidiariamente que en caso de haberlo sido, fueron debidamente pagadas y recién en su alegato –extemporáneamente– adujo que las tareas de dirección o vigilancia como las realizadas por el actor se encuentran exceptuadas del límite máximo de siete horas de jornada que impone la legislación vigente, al admitirse tal excepción, se ha lesionado gravemente el derecho a la defensa en juicio de su contraria quien nada pudo probar o argüir al respecto (art. 175, Cód. de Proced. Civil aplicable en virtud de lo que dispone el art. 111 LPT). Corresponde, por tanto, casar el pronunciamiento (TS Córdoba, Sala Laboral, "Barrionuevo, Raúl c. Aseo, S.A.", 28/12/1987, *LL online*).

o consumidor). Vale decir que no se pueden desnaturalizar los argumentos jurídicos que sostuvieron la demanda pretendiendo usar otros que se introducen con el alegato.[2531]

Son muy pocas las innovaciones que se pueden agregar: a) que la condena agregue intereses no pedidos;[2532] b) concretar el monto de la pretensión;[2533] c) reclamar desvalorización monetaria;[2534] d) fijar el

2531. En el anteproyecto de Lascano se lee en los antecedentes que: "Ha nacido, de ahí la costumbre de reducir los escritos de demanda y de responde a su más mínima expresión; se limita el primero a exponer escuetamente los hechos y a concretar la materia objeto de sus pretensiones, y el segundo a negar esos hechos categóricamente como lo quiere la ley. Los fundamentos jurídicos, las razones de derecho, se ocultan para hacerlas valer al alegar de bien probado, es decir, en un momento en que si bien no corresponde, es sin embargo conveniente, porque no puede ser rebatida por el adversario y por lo tanto escapan también al juez, a quien naturalmente se le supone guiado en absoluto por las partes. Ese procedimiento de emboscadas y sorpresivo, que tal vez no sea de la esencia del procedimiento escrito, pero que sin duda lo hace posible más que ningún otro, puede evitarse dando a los alegatos el carácter que deben tener, sea que se adopte la oralidad o se la repudie" (Lascano, David, *Proyecto de Código de Procedimiento Civil y Comercial*, La Plata, Instituto de Altos Estudios de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, 1935, p. 60).

2532. Los intereses constituyen un accesorio de la condena, lo que imposibilita su reclamo independiente en otro juicio, si en el anterior se determinó con carácter definitivo las sumas que debía pagar la demandada y los intereses fueron desestimados por no haber sido objeto de la demanda y reclamárselos tardíamente en el alegato (CNCiv., Sala C, "Durán, Roberto y otro c. Once de Julio, S.R.L.", 30/09/1987, *LL* 1988-E-334, con nota de Carlos Eduardo Fenochietto; *DJ* 1989-1-1088).

2533. Corresponde revocar el fallo de grado que denegó la ampliación del monto demandado efectuado en el alegato en base a la mayor valuación resultante de las pericias producidas en la causa, con fundamento en que el actor no condicionó la suma solicitada a lo que en más o en menos resultare de la prueba, pues, la ampliación de la cuantificación de modo alguno resulta violatoria del principio de congruencia toda vez que no se sale de los hechos propuestos en la litis y se sustenta en idéntica situación jurídica (Cámara 8ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba. "Sucesión de Alba Amalia Santisteban c. Municipalidad de Córdoba", 27/11/2007, *LLC* 2008 (abril), 314; *RCyS* 2008, 889).

2534. La oportunidad procesal para reclamar la desvalorización monetaria trasciende el estadio de los escritos iniciales del pleito, pudiendo reclamarse al tiempo de alegar y aún en segunda instancia encontrando su justo límite en tanto no se vulnere el contradictorio y entendiéndose que no se vulnera el derecho de defensa en tanto la demandada haya tenido oportunidad de hacer valer el mismo en la expresión o contestación de agravios, argumentos que han podido ser evaluados por la Cámara que deberá apuntar en su caso al principio de la reparación integral (Cám. Apela. Civ. y Come. de Rosario, Sala IV, "Banco Vaf C. L. c. Leyes, P. y otra", 05/06/1988, *LL online*).

monto del proceso a los fines arancelarios y determinación de la tasa de justicia,[2535] entre otros.

534.3 Plazo para alegar

El plazo para presentar el alegato es común (art. 482, CPCCN), que significa unificar el término de vencimiento, pese a que existe un plazo independiente para retirar el expediente. De este modo, con la clausura de la etapa probatoria y la puesta en secretaría de los autos para alegar, comienza una etapa de presentaciones facultativas cuya extensión depende del número de litisconsortes y de la resolución que adopte cada uno.

El plazo comienza a contarse desde que consiente el auto que pone los autos para alegar. Pero ¿cuándo empieza el conteo? Algunos sostienen que la providencia que pone en secretaría los autos para alegar adquiere firmeza a los cinco días de notificado a todos los interesados, pues se trata de un plazo común, solución que garantiza adecuadamente el debido proceso;[2536] otros se basan en que la providencia que manda poner los autos para alegar es suscripta por el prosecretario del juzgado y, en consecuencia, solo susceptible del recurso de revisión ante el juez previsto por el artículo 38 del Código Procesal, de modo que la misma queda firme en el plazo de tres días.[2537]

Inclusive, se agrega que frente a la regla del artículo 379 vigente, que implica la inapelabilidad de las providencias de prueba mas no la imposibilidad de que el juez mismo las revoque por contrario imperio, si se pone de manifiesto la existencia de algún error, el plazo para que

2535. Si el actor inició demanda de daños y perjuicios cuyo monto, comprensivo del daño emergente y lucro cesante, fue precisado en los peritajes realizados en la causa y en el alegato de la parte actora, sin que se mediara plus petición inexcusable, lo decidido por la Cámara de Apelaciones al disminuir el quantum del segundo de los rubros para determinar el monto del proceso y regular honorarios, no resulta una derivación razonada del derecho vigente de conformidad con las circunstancias de la causa (del voto en disidencia del doctor Zaffaroni. La mayoría de la Corte Suprema declaró inadmisible el recurso extraordinario por aplicación del art. 280, Cód. Proc.) (CSJN, "Resinas Naturales S.A.I.C. y C. c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales", 07/06/2005, *LL online*).

2536. CNCiv., Sala A, "Q. de N., H. E. c. L. de N., L.", 14/07/1995, *LL* 1995-D-649; *DJ* 1995-2-592.

2537. CNCiv., Sala B, "P. de V., G. y otros c. V. O.", 16/04/1993, *LL* 1994-E-308, con nota de Jorge Kielmanovich.

quede firme la providencia que ordena la agregación de las pruebas, su certificación y la entrega del expediente a las partes para alegar no es ya de cinco (5) sino de tres (3) días (conf. art. 239, cód. cit.).[2538]

En realidad, la confusión deriva de los términos ambiguos del artículo 482. Es verdad que se ha dispuesto que el prosecretario letrado deba poner los autos para alegar, providencia esta que se ha de notificar personalmente o por cédula; y que el secretario puede suscribir la providencia. También lo es que, en uno u otro caso, la resolución de mero trámite es susceptible del recurso de reposición, y queda consentido al tercer día de la última notificación, dado que se trata de un plazo común, aunque divisible para el retiro por su orden del expediente. Pero no se ha de soslayar que la providencia es simple y puede causar gravamen irreparable, de manera que el recurso que se articule por la vía del artículo 38 aunque se resuelve por el juez de manera definitiva, permite encuadrar la decisión en el marco del artículo 242, inciso 3, del Código Procesal y llevar la impugnación por la senda del recurso de apelación.

En consecuencia, pensamos que el auto que dispone poner los autos para alegar queda consentido después del quinto día de consentida la providencia por el último de los notificados.[2539] Quienes tengan unificada la representación (art. 54 del ritual) se cuentan como una sola parte.

534.4 Plazo común

El plazo para alegar es común y vence para todas las partes una vez agotada la suma de los distintos términos de seis (6) días, concedidos a cada parte que no hubiese unificado representación.

2538. CNCiv., Sala C, "Grunbaum, Oscar S. c. Samain, Luis E. y otra", 02/06/1981, *ED* 97-580.

2539. Observa Kielmanovich que "el art. 495 del Código Procesal a diferencia del art. 482, no hace depender el plazo (para alegar) de la firmeza de la providencia, sin duda que porque para el proceso sumario la resolución equivalente que declara la clausura del período de prueba no es apelable a tenor de los claros términos del art. 496 de dicho cuerpo normativo, lo cual empero no significa que la misma no sea susceptible del recurso de reposición. En resumidas cuentas, tanto si la resolución es suscripta por el juez como por el secretario u oficial primero, estimamos que la misma quedaría firme o consentida, en el juicio ordinario, dentro del plazo de cinco días que previene el art. 244 del ordenamiento procesal nacional para la interposición del recurso de apelación, interpretación que, a nuestro juicio, consulta en mayor extensión el derecho de defensa de las partes involucradas en los procedimientos judiciales" (Kielmanovich, Jorge, "Acerca del plazo para alegar", *LL* 1994-E-308).

Cuando el expediente se devuelve vencido el plazo acordado, hay dos caminos a seguir por el tribunal: a) se retorna el alegato presentado por haber faltado a una obligación procesal, o directamente no se agrega al expediente; o b) amplía el plazo concedido a las otras partes, no solo para retirar el expediente, sino también, para presentar sus fundamentos.

En el primer supuesto se ha dicho que corresponde ordenar la devolución del alegato si el expediente fue restituido por el interesado una vez vencido el plazo previsto en el artículo 482 –en el caso, el escrito fue presentado mientras el expediente estaba en poder de la parte–, pues dicho retardo afecta el derecho de la otra parte y altera el normal curso del procedimiento;[2540] en el siguiente, se afirma que para fijar esta fecha de vencimiento es preciso sumar todos los períodos de seis días, de acuerdo a las partes con derecho a hacerlo y contemplando también si medió alguna causa que tuvo por virtud suspender dicho plazo.[2541]

De todos modos, nos parece que la división creada por la interpretación jurisprudencial no es consistente frente a la claridad del párrafo final del artículo 482 citado, que hace perder el derecho de alegar cuando el expediente se retiene sin causa justificada.

También oscila la opinión de los jueces cuando se trata de resolver la aplicación del artículo 124 (cargo extraordinario) para la devolución del expediente y para la entrega del alegato. Algunos dicen que la cuestión es distinta, porque resulta admisible unificar la respuesta cuando el alegato se presenta conjuntamente con la devolución del expediente[2542] permitiendo que así suceda, pues la pérdida del derecho de hacerlo implicaría una rigurosa sanción impuesta en el solo beneficio de la forma, en ausencia de un bien jurídicamente tutelable.

Otros, en cambio, argumentan que el beneficio otorgado para los escritos judiciales por el artículo 124 citado, apartado final, no puede extenderse al supuesto del artículo 482 para la devolución del expediente

2540. CNFed. Civ. y Com., Sala II, "Novartis AG c. Laboratorios Rontag S.A.", 05/07/2000, *LL* 2001-B- 616; *DJ* 2001-2-387.

2541. CNCiv., Sala E, "Boveri, H. O. c. Biurarrena, R.", 31/05/1979, *LL* 1981-D-600 (36.020-S).

2542. CNCiv., Sala B, 20/08/1969 Morello, Mario Augusto; Sosa, Gualberto Lucas y Berizonce, Roberto Omar, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación, op. cit.*, T. V-B, p. 551.

que se retira para alegar de bien probado,[2543] criterio que coincide con el nuestro, a tenor de que la devolución del expediente no puede quedar incluido dentro del cargo extraordinario desde que no se trata de presentar escritos sino de cumplir con lo dispuesto en el párrafo final del artículo 127 bajo el apercibimiento del artículo 482 que hace perder el derecho de alegar cuando el reintegro de las actuaciones es tardío.

Para las demás partes, la devolución tardía comporta una suspensión automática del término para alegar y del plazo para retirar y devolver el expediente.[2544]

534.5 Formalidades

Para redactar el alegato no hay estilo señalado, como en cambio cuentan las formas de los escritos judiciales. Por eso, la presentación tiene que tener las solemnidades previstas para la confección de escritos, como la firma de aquellos que corresponde suscriban.[2545]

Asimismo, como se trata de realizar una revisión crítica sobre la prueba, de existir prueba de confesión ficta y estar el pliego de posiciones sin abrir, corresponde ordenar que se abra con el fin de elaborar sobre el mismo las conclusiones que merece. Recuérdese que el párrafo segundo del artículo 411 del Código Procesal dice que "cada posición

2543. CNCiv., Sala C, 06/10/1970; *ED* 36-384. Se dice también que, dado que a los fines del cómputo del plazo de devolución del expediente retirado para alegar no se aplica el plazo de gracia del art. 124 del Cód. Procesal, corresponde dar por decaído el derecho a alegar a la parte que devolvió el expediente luego de vencido el término previsto en el art. 482 del citado Código, máxime si no invocó razón alguna a fin de justificar la demora en que incurrió (CFed. Civil y Comercial, Sala I, "Fallardi de Pestalozza, Ida E. c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A.", 09/03/2004, *DJ* 2004-2-730). Igualmente, dado que en el plazo de devolución del expediente retirado para alegar no se aplica el plazo de gracia del art. 124 del Cód. Procesal, corresponde dar por decaído el derecho a alegar a la parte que devolvió el expediente al día siguiente en que venció el término para su devolución (CNCiv., Sala F, "Taraborrelli, Hugo M. c. Massalin Particulares S.A.", 11/11/1999, *LL online*).

2544. La devolución tardía del expediente por una de las partes suspende automáticamente el plazo concedido a las otras no sólo para retirarlo, sino también para presentar su alegato (CNCiv., Sala E, "Boveri, H. O. c. Biurarrena, R.", 31/05/1979, *LL* 1981-D-600).

2545. El art. 482 del Código Procesal no dispone que el letrado patrocinante está facultado para firmar por sí solo el alegato sino que, dentro del contexto en que se desarrolla esa etapa procesal, se refiere a las facultades que a aquel se le reconocen en su actuación como representante de las partes (CNCiv., Sala G, "P., C. c. A., G.", 22/05/1998, *LL* 1999B-160; *DJ*, 19991945).

importará para el ponente, el reconocimiento del hecho a que se refiere", advirtiendo que el precepto se inspira en el principio de adquisición procesal, que consagra la confesión espontánea del ponente y anticipa la necesidad de que su redacción y contenido pueda ser conocido por el absolvente en rebeldía, por lo menos al momento de alegar de bien probado.[2546]

Al respecto dice Eisner que la doctrina no es pacífica, porque Palacio[2547] piensa que el primitivo artículo 417 se limitaba a expresar que

> ... *en caso de incomparecencia del absolvente también se extenderá acta*, llevando a interpretaciones disímiles, pues mientras algunos precedentes resolvieron que en caso de omitirse el levantamiento de acta la prueba de posiciones quedaba desprovista de todo valor, otros se pronunciaron en el sentido de que aquella omisión es subsanable si, habiéndose dejado oportunamente el pliego, el ponente solicita que se tenga al absolvente por confeso.

Por eso

> ... la Ley N° 22.434 ha adherido a esta última solución, pero implícitamente exime al ponente de la carga de presentar escrito alguno requiriendo que oportunamente se declare configurada la confesión ficta [...] El juez, por lo tanto, puede disponer la apertura del pliego de posiciones en oportunidad de decretar la agregación de la prueba producida o de declarar la clausura del período probatorio, e incluso proceder a dicha apertura en el acto de dictar sentencia.

Otros, como el propio Eisner, disienten con la conclusión, y afirman que el pliego debe estar abierto en el momento de alegar y no después.[2548]

Los alegatos se incorporan al expediente de una sola vez, cuando se presente el último de ellos. A partir de este momento el impulso procesal queda en poder del juzgado y, en particular, del secretario y el prosecretario administrativo, de manera que no resulta necesario que se peticione al respecto, ni se requiera el llamamiento de autos para sentencia.

2546. Eisner, Isidoro, "En torno al alegato de bien probado y el pliego cerrado de posiciones absueltas en rebeldía", *LL* 193-A-848.

2547. Palacio, Lino Enrique, *Estudio de la reforma procesal civil y comercial -Ley 22.434-*, *op. cit.*, p. 149.

2548. Eisner, Isidoro, "En torno al alegato de bien probado y el pliego cerrado de posiciones absueltas en rebeldía", *op. cit.*

Las únicas pruebas que se pueden agregar son documentales de fecha posterior que se declaren no conocidas (art. 335, CPCCN), o las sustanciadas en extraña jurisdicción (art. 373, cód. cit.), o las que el juez ordene producir como medida para mejor proveer (art. 36, inc. 4, cód. cit.), que en su caso, se ordenarán en un solo acto.

535. Efectos del llamamiento de autos

El artículo 484 del Código Procesal dispone que

> Desde el llamamiento de autos quedará cerrada toda discusión y no podrán presentarse más escritos ni producirse más prueba, salvo las que el juez dispusiese en los términos del artículo 36, inciso 4º. Estas deberán ser ordenadas en un solo acto.

Se cierra con la providencia la etapa deliberativa produciendo varios efectos a considerar. Por de pronto, culmina para las partes el deber de instar el curso de la instancia, y con mayor plenitud para el demandante que es quien tiene la carga de hacerlo. De este modo, comienza a correr un plazo distinto al de la perención, que es el que tiene el juez para dictar sentencia (art. 34 inc. 3, Cód. cit.).

No obstante, hay actuaciones que pueden continuar como los incidentes que estén pendientes; o la agregación de prueba que tramita en extraña jurisdicción; la alegación de hechos constitutivos, modificativos o extintivos que pudieran producirse;[2549] la petición de medidas cautelares, la extracción de fotocopias imprescindibles por la urgencia, el desglose de documentación también necesario por apremios, etc.

Otro efecto singular del llamamiento de autos lo constituye el saneamiento de todos los vicios de actividad anteriores, una vez consentida aquella providencia que hace así de compuerta tras la cual todos aquellos vicios pierden virtualidad. Sanatoria o convalidación general que reposa en dos principios básicos que campean en esta materia: el carácter relativo de las nulidades procesales y la necesidad de que estas sean argüidas indefectiblemente en la misma instancia que se hubieren producido.[2550]

2549. Morello, Mario Augusto; Sosa, Gualberto Lucas y Berizonce, Roberto Omar, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación, op. cit.*, T. V-B, p. 555.

2550. Ibídem, p. 558.

Capítulo LXIX
La sentencia

536. Decisiones de la jurisdicción

La sentencia es el acto jurisdiccional más importante que realizan los jueces; por ella se cumplen distintos objetivos: 1) Termina la labor de solucionar el conflicto sin perjuicio de las resoluciones adicionales o complementarias que pueda tomar; 2) culmina con el deber de pronunciamiento que tiene como prestación intrínseca de la función procesal; 3) ejercita en el enjuiciamiento el poder de la jurisdicción; 4) puede elaborar con el fallo un conjunto de consecuencias de *iure* propias de la jurisprudencia como fuente de derecho, o bien, 5) genera la creación de normas jurídicas en la tendencia *kelseniana* de conformación de la "norma individual".

Todas elaboran las posibilidades de la función jurisdiccional; pero centradas en los actos procesales que determinan decisiones del órgano, conviene apuntar ciertas particularidades.

La sentencia es uno de los arquetipos de decisiones o resoluciones que adopta el juez, sea para regular la marcha del proceso, para disponer soluciones en incidentes o temas vinculados con el fondo del problema, o bien, para resolver las diferencias con una manifestación definitiva.

Comúnmente se diferencian estas decisiones, en *providencias simples* e *interlocutorias*, y *sentencias*. Las primeras vinculadas con la marcha del proceso, es decir que son para el mero trámite; las otras, pronuncian una respuesta a controversias parciales del litigio (incidentes), y las sentencias resuelven el fondo del asunto sometido a proceso. También se dividen en ordenanzas, decretos y sentencias, siguiendo respectivamente el mismo esquema de resoluciones citadas.

En la Ley de Enjuiciamiento Civil española –fuente de nuestro sistema procesal– las resoluciones se fraccionan en *providencias*, cuando corresponden al trámite; *autos*, cuando deciden incidentes

o puntos que se encuentren controvertidos, y *sentencias*, que son las que remedian con carácter definitivo el litigio. Estas a su vez, pueden ser *firmes*, si no queda recurso alguno contra ellas, y como tal, devienen *ejecutorias*, porque representan el documento que habilita su ejecución forzosa.[2551]

La importancia de dividir las decisiones judiciales obedece a que en ciertas legislaciones solo la *sentencia* es una resolución judicial (y ocupa a los pronunciamientos sobre el fondo de la cuestión, sean de primera instancia, alzada o casación), mientras que las otras se denominan *autos*, distinguiendo en *interlocutorios* y de *mera sustanciación*, según atiendan cuestiones incidentales o accesorias relacionadas con el fondo del asunto, o simplemente actos del gobierno del proceso.[2552]

De todas maneras, cualquiera sea la denominación que adquieran, pertenecen ellas a ese entorno de actividades del juez en el proceso que quedan delimitadas en la teoría de los actos procesales. Por ello en este capítulo interesa apuntar más a la posición que tiene el juez cuando debe dictar sentencia, para dilucidar desde allí las formas que debe recabar, y los recaudos intrínsecos que el fallo debe abastecer.

2551. Manresa y Navarro sostiene que por el art. 369 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, las resoluciones judiciales se clasifican en tres tipos: *providencias*, *autos* y *sentencias*. Los jueces y tribunales deben poner gran cuidado en no confundir estas denominaciones para emplear en cada caso la que corresponda –decía el comentarista citado–. Providencias son todas las resoluciones que dicten los jueces y tribunales durante el curso de un pleito, o de cualquier negocio de carácter judicial, cuando sean de tramitación, esto es, cuando tengan por objeto ordenar y dirigir el procedimiento, para facilitar con la debida regularidad la instrucción de los *autos*. Son las mismas que en la práctica antigua se llamaban autos, que fueron comprendidas como interlocutorias sin fuerza definitiva; y que ahora son de *mera tramitación* cuando se dictan para dar a los autos un curso que dicta la ley; y que pierde ese carácter de trámite cuando la providencia concede o niega alguna actuación que no afecta el curso legal del negocio, o que no sea de los trámites determinados en la ley. Los *autos* actuales son resoluciones judiciales que, con exclusión de los incidentes, deciden cuestiones que se promueven en el procedimiento. Finalmente son *sentencias* las que ponen fin a las contiendas judiciales dirimiendo la contienda y solucionando los conflictos que fueron objeto del pleito (Manresa y Navarro, José María, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada*, *op. cit.*, p. 92 y ss.).

2552. Devis Echandía, Hernando, *Teoría General del Proceso*, *op. cit.*, T. II, p. 514.

536.1 Clasificación de las resoluciones judiciales

El Código Procesal clasifica las resoluciones judiciales en providencias simples,[2553] sentencias interlocutorias,[2554] sentencias homologatorias[2555] y sentencias definitivas.

Esta división pone de relieve la trascendencia asignada a la sentencia final como acto típico de conclusión del proceso, sin restar importancia a las restantes decisiones, las que por su entidad y figura pueden considerarse como actos procesales de ordenación y desarrollo.

Las providencias simples y las sentencias interlocutorias pueden equipararse a la sentencia definitiva cuando terminan con la causa e impiden su continuación (*v. gr.* rechazo *in limine* de la demanda, o admisibilidad de las excepciones deducidas como perentorias), de manera que los efectos se asimilan e impacta en los recursos que contra ellas se pueden articular.

Formalmente, cada resolución debe reunir requisitos formales propios que se convierten en esenciales y hacen a la validez misma del pronunciamiento. Pero existen algunas limitaciones sostenidas en la doctrina del exceso ritual que impiden acogerlas con toda la extensión que marca la letra de la ley. En tal sentido, las providencias simples que carecen del día no son nulas, como lo son cuando la omisión es de la fecha completa.[2556] Respecto de las interlocutorias, el deber de fundamentar

2553. Dice el art. 160 del Código Procesal que "Las providencias simples sólo tienden, sin sustanciación, al desarrollo del proceso u ordenan actos de mera ejecución. No requieren otras formalidades que su expresión por escrito, indicación de fecha y lugar, y la firma del juez o presidente del tribunal, o del secretario, en su caso".

2554. "Las sentencias interlocutorias resuelven cuestiones que requieren sustanciación, planteadas durante el curso del proceso. Además de los requisitos enunciados en el artículo anterior, deberán contener: 1. Los fundamentos. 2. La decisión expresa, positiva y precisa de las cuestiones planteadas. 3. El pronunciamiento sobre costas" (art. 161, Cód. Proc.).

2555. El art. 162 del Código Procesal establece que "Las sentencias que recayesen en los supuestos de los arts. 305, 308 y 309, se dictarán en la forma establecida en los arts. 160 ó 161, según que, respectivamente, homologuen o no el desistimiento, la transacción o la conciliación".

2556. La omisión de la fecha en una providencia simple es causa de nulidad, por ser una exigencia esencial de las resoluciones judiciales (CNCiv., Sala B, "Delacroix, Stella Maris c. M. G. C. Transporte Larrazábal", 11/08/1995, *LL online*).

es el más importante porque tiene raigambre constitucional.[2557] Este requisito, lejos de constituir una solemnidad secundaria y dispensable, constituye una de las más trascendentes garantías de la justicia, cuyo cumplimiento debe exigirse en todas las ocasiones.

Las formas requeridas para las sentencias interlocutorias no son, en principio, las mismas que para las sentencias definitivas; se pueden excluir los denominados *resultandos*.

Finalmente, la cosa juzgada que obtienen estas providencias que no resuelven el fondo temático de la pretensión, son de orden formal; es decir, admiten replanteo.

536.2 Las providencias simples

A primera vista pareciera que una providencia simple no puede despertar problema alguno de interpretación. Está claro que son resoluciones de mero trámite, que puede firmar el Secretario, Prosecretario o Jefe de despacho (art. 38, inc. 4, CPCCN).

Precisamente el régimen de ellas podría quedar en manos de los funcionarios judiciales mencionados, pero cada vez que se quiere ratificar esta tendencia, surgen problemas de exégesis.

Por ejemplo, el inciso 1 del artículo 38 citado se vincula con los *actos de comunicación* que se practica a las partes y a terceros. Ello supone extender mandamientos, cédulas y edictos, sin perjuicio de aquellos actos que pueda realizar por sí el letrado. La idea, ya presente en la reforma de la Ley N° 22434, seguía la tendencia de aliviar al juez del cumplimiento de algunas tareas, pero cuando la comunicación es entre magistrados, esa informalidad cambia de criterio.[2558]

2557. Para nosotros el deber de motivación es de toda decisión, inclusive las de mero trámite. Alguna jurisprudencia comparte el temperamento, al sostener que el deber de motivación no sólo es exigible tratándose de sentencias definitivas e interlocutorias, sino también frente a las providencias simples (CNPenal Económico, Sala III, "V., R. J. y otros", 09/03/1982, *LL online*).

2558. Requerido un juez en lo penal provincial por el Secretario de la Corte Suprema en ejercicio de las facultades que le confiere la Acordada del tribunal N° 43/73, a fin de que remita una causa, no puede aquel negarse a cumplir el pedido invocando la Ley nacional N° 22172, pues esta regula el modo en que se dispondrán y cumplirán las comunicaciones entre tribunales de distinta jurisdicción territorial, mientras que la Corte Suprema ejerce su jurisdicción en todo el territorio nacional, la cual, en lo

El inciso 2 lo autoriza a *extender certificados, testimonios y copias de actas*, que en sí mismos no son trámites, sino expedición de documentos en la línea de las potestades generales de administración de la gestión judicial.

Por el inciso 3 el Secretario puede *conferir vistas y traslados*, siendo aquí donde la facultad se discute, pues se tiene dicho que, a pesar de lo sostenido por el artículo 38, es una potestad exclusivamente del juez, pues a este le corresponde dar traslado de las excepciones en el juicio ejecutivo, en el que debe apreciar –de conformidad con el artículo 547 del mismo ordenamiento– si las interpuestas son aquellas autorizadas por la ley o si se interpusieron en forma clara y concreta.[2559]

De igual manera se podría afirmar respecto del traslado de la demanda, pues el magistrado debe, antes de hacerlo, controlar la regularidad del acto procesal y declarar su admisión formal. La renovación de actividades del Secretario que hace la Ley N° 25488 se advierte en el inciso 4 del artículo 38, que le permite *firmar las providencias de mero trámite*, y asumir la plena conducción de la etapa probatoria, a excepción de resolver sobre la admisibilidad o caducidad de la prueba.

Con este criterio, que se complementa con el inciso 5, respecto a que *deberá dirigir en forma personal las audiencias testimoniales que tomare por delegación del juez*, se observa una orientación más firme respecto a la presencia del magistrado o sus funcionarios en la etapa probatoria, evitando la conducción a través de empleados que no poseen más que talento y oficio, sin contar con la buena disposición.

Las facultades de los *Prosecretarios administrativos* o *Jefes de despacho* o quien desempeñe cargo equivalente se extienden a firmar las providencias simples que dispongan: a) Agregar partidas, exhortos, pericias, oficios, inventarios, tasaciones, división o partición de herencia, rendiciones de cuentas y, en general, documentos o actuaciones similares, y b) remitir las causas a los ministerios públicos, representantes del fisco y demás funcionarios que intervengan como parte. También para devolver los escritos presentados sin copia.

---

que en el caso interesa, coincide con la del juez requerido (CSJN, "Abdala, Emilio A.", 16/10/1984, *LL* 1985-B-500; *LLC* 985-472; *ED* 112-392).

2559. CNCom., Sala E, "Banco Bansud S. A. c. Pro-Far S. R. L.", 15/12/1999, *DJ* 2000-3-427.

Muchas veces el despacho de una providencia simple queda reflejado con el reconocido "*Hágase saber*", o "*Téngase presente*", que despiertan cierta curiosidad sobre los efectos que produce.

Como cualquier otra resolución judicial debe contar con dos razones o fundamentos suficientes y valederos pues, se expresen o no por escrito, no puede carecer de ellos sin riesgo de escapar al cometido de la jurisdicción e incurrir en el vicio descalificante de *arbitrariedad*.

Mas aún, buena parte de la doctrina y la jurisprudencia ha entendido y exigido que las providencias de esa clase, en caso de importar una denegatoria de lo que se pide o una sanción o pérdida de facultades para el justiciable, deben también necesariamente expresar sus fundamentos. Ello es consecuencia del principio de contradicción que impone suministrar al afectado la oportunidad de impugnar todo acto contrario a su interés, que, a tales fines, tiene que explicitar sus fundamentos en condiciones de ser cuestionados.

Otro aspecto vinculado a las formas –dice Eisner–:

> … es el que se refiere al funcionario que debe emitir la providencia simple o *de mero trámite*. Pareciera que la preocupación de la ley no es la de determinar quién elabora y expide la misma sino quién *la firma*; y si la firma debe ser entera o media […]. Es como si ahora se pasara en limpio la realidad del quehacer interno del tribunal poniendo en primer plano, como firmantes visibles de las providencias, a sus verdaderos autores; o por lo menos, a los más próximos en la intimidad de la trastienda de Themis. Con respecto a la *amplitud* de la firma, recordamos que el artículo 29 del viejo código capitalino ordenaba que llevaran *firma entera* las sentencias definitivas y los autos interlocutorios con fuerza de tales; pero solo *media firma* las providencias *de mera sustanciación*.[2560]

536.3 Las sentencias interlocutorias

Se llaman sentencias interlocutorias a las resoluciones judiciales que deciden controversias originadas en el curso del procedimiento. Son decisiones que se adoptan tras otorgar derecho a la contradicción, por eso se deben sustanciar.[2561] Por lo general versan sobre cuestiones

2560. Eisner, Isidoro, "Complejidad de las llamadas providencias simples", *LL* 1989-A-833.

2561. Para Falcón, la denominación de interlocutorias –cuyo origen latino remite a conversación, diálogo y la forma de expresarse– en el artículo 161 del Código Procesal

puntuales que se zanjan mediante la aplicación de una norma particular, y por tanto suelen identificarse con aquellas que "deciden artículo".

Los fallos que se expiden en este sendero no necesariamente se remedian antes de la sentencia definitiva, pues lo pueden ser después de ella (art. 166, inc. 5, Cód. cit.).

Uno de los problemas característicos para definir entre las modalidades de estas sentencias o resoluciones es la necesidad de sustanciación que está impresa en el artículo 161 del Código Procesal, dado que en lo demás se configura con las necesidades de toda sentencia (fundamentos más condenaciones principales y accesorias).

Para un sector importante de la doctrina, si no hay traslado a la otra parte, la decisión adoptada es una providencia simple;[2562] para otros, con alguna variación, se está frente a una norma que al establecer la sustanciación viene a imprimir el carácter de un incidente, lo cual engendra a su vez la necesidad de una resolución judicial que resuelva el mismo, y como correlato de ello aflora una sentencia interlocutoria en los términos del artículo 161 del ordenamiento procesal.[2563] Finalmente, están quienes argumentan que puede haber sentencia interlocutoria sin que la parte contraria haya tenido intervención, como sucede cuando se decide la acumulación de procesos dispuesta de oficio; la declaratoria de herederos dictada a pedido de quien se presenta promoviendo el sucesorio; las decisiones sobre medidas precautorias, etcétera.

De allí que se diga que

> Las sentencias interlocutorias abarcan una amplia gama de decisiones. Algunas resuelven cuestiones directamente vinculadas a la existencia de la relación procesal, tales los casos de la resolución de la excepción de

---

–aludiendo a cuestiones planteadas y utilizando el vocablo sustanciación– puede llevar a la conclusión errada de que las sentencias interlocutorias imponen como antecedente una controversia; lo que no es así, porque "sustanciación" significa conducir un asunto o un trámite del proceso por la vía procesal adecuada, con el fin de obtener una resolución. En cambio "controversia" indica la contraposición de posiciones antagónicas, o dicho de otro modo, la discusión mantenida entre dos o más partes. Por ejemplo, las medidas cautelares dispuestas se resuelven como interlocutorias pero carecen de sustanciación (cfr. Falcón, Enrique Manuel, *Gráfica Procesal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, T. III, 1983, p. 19).

2562. Ver, por todos, a Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. VIII, p. 69.

2563. Sosa, Gualberto Lucas, "Una faceta del control de constitucionalidad. El juicio de admisibilidad del recurso extraordinario de inconstitucionalidad", *LL* 1994-B-567.

> prescripción o de la citación de tercero a juicio. Otras están relacionadas con el desenvolvimiento del proceso, tales los supuestos del interlocutorio que al haberse eliminado el sumario en la Ley N° 25.488 encauza el juicio de desalojo en un determinado trámite, o la decisión que admite una prueba cuya conducencia había sido controvertida.[2564]

La discusión lejos está de ser baladí o puramente dogmática, porque la sustanciación previa puede determinar o no la firmeza de la decisión y la posibilidad de articular recursos contra ella. Por ejemplo, si se considera interlocutoria la resolución sobre cautelares, no se comprende por qué no se admite revisar plenamente la admisión dispuesta, tolerando solamente el recurso de apelación con efecto devolutivo (artículo 198, Código Procesal); o en caso contrario, cuando la resolución tiene efectos equiparables a los de una sentencia definitiva, sería inusitado continuar la causa sin dar posibilidades de contradicción (*v. gr.* ante la presentación de un recurso extraordinario –art. 14, Ley N° 48, art. 256, Cód. Proc.– se tiene que dar traslado a la contraparte).

Por otra parte, es deber del juez fundamentar las resoluciones dictadas como interlocutorias, aunque puede hacer remisiones, que no afectan por eso la exigencia de motivación.[2565]

Algunas veces, y a pesar de que el mandato legal pareciera indicar que las sanciones por temeridad y malicia se analizan al dictarse la sentencia definitiva, se ha dicho que estas multas previstas en el artículo 45 también pueden ser aplicadas –a la parte vencida, al letrado

2564. Highton, Elena y Arean, Beatriz, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, op. cit.*, T. 3, p. 436.

2565. Alsina clasificó las interlocutorias en tres tipos: 1) las que deciden un incidente con fuerza de definitiva (*v. gr.* las que resuelven una excepción dilatoria); 2) las que causan gravamen irreparable, porque la cuestión decidida no puede ser modificada más adelante en la sentencia, como es el auto que deniega la producción de una prueba; y 3) las llamas interlocutorias simples que sólo tienen por objeto la marcha del proceso: apertura de la causa a prueba, designación de la audiencia para la declaración de testigos, etc. Dice, también, que las interlocutorias se diferencian de las definitivas en cuanto a la norma que aplican; mientras estas deciden una cuestión substancial y ponen fin al litigio, aquellas resuelven una cuestión procesal y tienen por objeto el desarrollo del procedimiento. De allí que sólo las interlocutorias que deciden artículo deben ser motivadas aunque no es necesario establecer la separación entre cuestiones de hecho y de derecho. Las interlocutorias simples no requieren ser motivadas, porque son de mero trámite, pero cuando causan gravamen irreparable, el juez debe fundarlas, porque suponen un pronunciamiento contrario a una pretensión (Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil, op. cit.*, T. IV, pp. 107-108).

o a ambos conjuntamente– en la interlocutoria que decide un incidente con respecto a la actuación de los litigantes en el mismo, ya que, en tal oportunidad, además de determinarse cuál de las partes resulta finalmente vencida, sea en forma total o parcial, se puede efectuar la valoración integral, o en conjunto, de su comportamiento procesal.[2566]

Finalmente, cabe destacar que la nulidad de la sentencia, sea definitiva o interlocutoria, solo procede cuando la misma adolece de vicios o defectos de forma o construcción que la descalifican como acto jurisdiccional, es decir, cuando se ha dictado sin sujeción a los requisitos de tiempo, lugar y forma prescriptos por la ley adjetiva (arts. 34, inc. 4 y 163, Cód. cit.), pero no en hipótesis de "errores *in iudicando*" que, de existir, pueden ser reparados por medio del recurso de apelación.[2567]

536.4 Sentencias homologatorias

Las llamadas sentencias homologatorias tienen por objeto resguardar la seguridad jurídica y la estabilidad de los derechos, porque si bien no deciden litigios y la propia ley no prevé una forma determinada, ni de proceso ni de acto final, su finalidad es evitar que se lleven al proceso acuerdos inaceptables.

El Código Procesal recibe como tales pronunciamientos a los que dan por terminado el proceso frente al desistimiento del derecho (art. 305) o el que convalida la transacción del objeto litigioso (art. 308), casos en los cuales el magistrado se limita a examinar si el acto o el contrato procede por la naturaleza del derecho en litigio, es decir, si se trata de un derecho disponible, dictando una providencia o una sentencia interlocutoria, según que se homologue o no la transacción.

Es improcedente la homologación judicial de convenios privados celebrados por las partes, en virtud de los cuales se reclama la intervención

2566. CNCiv., Sala B, "Bissio, Esteban A. c. Demateis, Margarita E.", 26/11/1996, *LL* 1998-C-936 (40.425-S).

2567. CNCiv., Sala F, "Rodríguez, Carmen c. Municipalidad de la Capital", 26/04/1983, *LL* 1983-C-284. Por ejemplo, se dice que la sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva que contiene en sí un defecto formal, configurativo de una causal de nulidad, no puede ser atacada mediante el incidente de nulidad sino a través del recurso de apelación, que comprende el de nulidad (CNCiv., Sala C, "Banco de Galicia y Buenos Aires c. Paz, Repetto herederos y otros", 12/10/1995, *LL* 1997-D825, [39.605-S]).

judicial a los solos efectos de dar certeza y ejecutabilidad a ese instrumento, cuando no preexiste un conflicto que justifique dicha intervención.

Dado que las sentencias homologatorias están previstas solo para los supuestos contemplados en los artículos 305, 308 y 309 del Código Procesal, para que se admitan los modos anormales de terminación de un juicio debe existir un trámite judicial previo, con un conflicto pendiente, fuera del cual no cabe consentir el trámite de homologación de convenio. Además, cuando se somete al acuerdo judicial una transacción de las partes, la homologación se equipara a la sentencia definitiva, en la medida que pone fin al litigio, y para producir la plenitud de sus efectos normales, debe integrarse con la formalidad intrínseca de la notificación a las partes intervinientes en el proceso.

Señala Sirkin que

> … para que procedan los modos anormales de referencia, debe existir un proceso en trámite con un conflicto judicial pendiente. La Ley N° 21.342 es el único cuerpo que mantiene el derecho de celebrar convenios de desocupación entre locadores y locatarios y exige el cumplimiento de dos recaudos: a) estar el locatario en ocupación del inmueble y b) acordar un plazo diferente del original. Otra disposición es la Ley N° 23.515 de matrimonio/divorcio vincular (artículo 236 y concordantes) que permite realizar acuerdos sobre tenencia; régimen de visitas de los hijos; atribución del hogar conyugal; régimen de alimentos y sobre los bienes de la sociedad conyugal. Sin perjuicio de la facultad conferida al juez para objetar una o más estipulaciones de dichos acuerdos, la homologación está allí prevista. Intentar en forma anticipada obtener una judicial aprobación de un convenio ante la eventualidad hipotética de encontrarse en el futuro ante un incumplimiento tiende a avasallar el derecho de defensa de las partes y eludir el debido contradictorio para dilucidar la controversia. Podría dar lugar inclusive al ejercicio abusivo de derechos y sentar precedentes que la ley no ampara, por los cuales todo acuerdo sería susceptible de homologar. De la forma pretendida, sería la justicia destinada a otorgar meros actos aprobatorios de convenios privados, apartándose de principios, derechos y garantías previstos en nuestra Carta Magna.[2568]

2568. Sirkin, Héctor Eduardo, "Improcedencia de la homologación judicial de un convenio privado ajeno a la locación", *LL* 1996-B, 52.

537. Impugnaciones contra las providencias y sentencias no definitivas

Como toda resolución puede afectar el interés de las partes, se admite contra las providencias simples e interlocutorias una serie de medios de gravamen e impugnación que difieren conforme sea la naturaleza de la providencia.

Dejamos de lado las sentencias interlocutorias que se equiparan a las sentencias definitivas y, como tal, admiten remedios y recursos en igual proporción que los pronunciamientos sobre el fondo de la causa; sin perjuicio de las limitaciones legales establecidas.

En cambio son distintas las providencias simples que por el artículo 38 ter del Código Procesal dispone: "Dentro del plazo de tres días, las partes podrán requerir al juez que deje sin efecto lo dispuesto por el secretario, el prosecretario administrativo o el jefe de despacho. Este pedido se resolverá sin substanciación. La resolución será inapelable".

La reforma de la Ley N° 25488, lamentablemente, no resolvió esta polémica abierta desde hace tiempo, sobre la impugnación o no de las providencias dictadas por el secretario. Se sostuvo en una de dichas interpretaciones que una correcta lectura del artículo 38 del Código Procesal *in fine* lo limita a la que directamente se interpone contra la providencia del secretario y oficial primero; sin embargo, una vez que el magistrado se pronuncia a pedido de la parte, la decisión que la mantiene o modifica será apelable si concurren los presupuestos generales para la concesión del recurso.[2569]

Otros argumentan que solo en caso de que la decisión del juez fuera confirmatoria de aquel y causara gravamen irreparable en los términos del artículo 242, inciso 3 del mismo Código puede interponerse recurso de apelación, el que no resulta procedente respecto de actuaciones realizadas por el secretario o prosecretario.[2570]

2569. CNCiv., Sala A, "Stalman, Benjamín", 16/09/1988, *LL* 1990-C-573, *J. Agrup.*, caso 7122; ED 133-219.

2570. CNCiv., Sala B, "Deastis, Filomena c. Salcedo, Walter E.", 30/06/1992, *LL* 1993-E-641, *J. Agrup.*, caso 9406. En tal sentido se ha resuelto que siendo que la providencia impugnada fue suscripta por el Secretario del juzgado interviniente y dado que el tribunal de apelación se encuentra facultado para examinar de oficio la admisibilidad del recurso, pues sobre el punto no se encuentra ligado por la conformidad

Además, el secretario no puede resolver la impugnación hecha por el litigante que se alza contra una decisión por él adoptada, pues en ese caso los autos deben pasar al juez para que decida. Cuando decide sin dar intervención al magistrado corresponde declarar la nulidad. Por tanto, el secretario no está autorizado para despachar los pedidos de resolución formulados por las partes, pues ello excede la incumbencia que le confiere el artículo 38 citado.

Finalmente, las sentencias homologatorias, en principio, no son apelables, pues debido a su finalidad convalidatoria no pueden causar agravio. Sin embargo cabría atender aquellos casos de apariencia, fraude o simulación.

538. Naturaleza jurídica de la sentencia

La sentencia definitiva tiene focalizaciones diversas en la doctrina. Algunos entienden que es el acto procesal por el cual el juez cumple la obligación jurisdiccional derivada del derecho de acción y de contradicción;[2571] para otros, es un acto de tutela jurídica, por cuanto representa la voluntad concreta que la ley actúa, y al mismo tiempo es "el acto con el cual el juez cumple la obligación derivada de la demanda judicial".[2572] Goldschmidt cree que la voluntad actuada no es la de la ley sino la del propio juez al estimar lo que considera justo;[2573] y Guasp la resume como:

> ... acto del órgano jurisdiccional en que este emite su juicio sobre la conformidad o disconformidad de la pretensión de la parte con el derecho objetivo, y en consecuencia, actúa o se niega a actuar dicha pretensión, satisfaciéndola en todo caso.[2574]

---

de las partes ni por la decisión del juez de primer grado, aun cuando esta última se encontrare consentida, conforme lo dispone el art. 38 del Código Procesal, debe declararse mal concedido el recurso de apelación articulado (CNCiv., Sala B, "Abregu, Francisco S. c. Sosa, Juan D. y otro", 08/04/1994, *ED* 161-530).

2571. Devis Echandía, Hernando, *Teoría General del Proceso, op. cit.*, T. II, p. 515.

2572. Chiovenda, José, *Principios de derecho procesal civil, op. cit.*, T. II, p. 421.

2573. Goldschmidt, James, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 300.

2574. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 549.

También es el acto que termina el proceso,[2575] o el enjuiciamiento que cierra las posibilidades para un nuevo juicio humano, completándose así el ciclo de la creación judicial del derecho.[2576]

Es evidente que la sentencia es el acto procesal de mayor trascendencia en el proceso, pero es verdad, también, que además de un acto, es un ejercicio volitivo que debe respetar ciertas condiciones de emisión. Como tal, esa libre expresión contrae efectos y denuncia la constitución de un nuevo hecho jurídico. Formalmente es un documento, y difieren sus formas según la instancia donde se produzca.

Tales observaciones indican presentes en la sentencia estos aspectos, que Couture estudiara como *hechos, acto* y *documento*,[2577] pero que en relación a la naturaleza jurídica se reducen a las dos teorías clásicas que tienden a explicarla. Una sostiene que la sentencia es un juicio lógico y otra que reproduce un acto de voluntad.

La elaboración de la sentencia, coincide la doctrina, es un proceso lógico que consiste en confrontar los hechos expuestos en la demanda con los que el derecho establece para su aplicación. Se trata de subsumir las circunstancias que se consideran probadas a las realidades que establecen las normas preexistentes, sin que esa tarea signifique forzar el encuadre ni extralimitar el alcance de las previsiones legales.

Propiamente, esta formación intelectiva es un silogismo cuya premisa mayor está constituida por una norma abstracta y general, la premisa menor por los elementos de hecho, y la conclusión por la aplicación de aquella a esta, o la subsunción de esta en aquella para la formulación del resultado correspondiente,[2578] Por esta forma al juez le corresponde aplicar la calificación jurídica del derecho a las situaciones de hecho que fundan la pretensión. Sería nada más que una labor deductiva sin creación propia.

Rosenberg agrega que no se trata de un silogismo único, sino de tantos como sean las pretensiones u oposiciones planteadas en el proceso, y que aquellos a su vez se apoyan en silogismos auxiliares

2575. Fairén Guillén, Victor, *Doctrina General del derecho procesal*, Barcelona, Bosch, 1991, p. 355.

2576. Ramos Méndez, Francisco, *Derecho Procesal Civil*, Barcelona, Bosch, T. I, p. 648.

2577. Couture, Eduardo Juan, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 278 y ss.

2578. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 550.

derivados de las menciones contenidas en la norma o normas jurídicas aplicables al caso.[2579]

La tarea intelectual basada en semejante lógica descree de la jurisdicción innovadora para convertir al juez en el simple espectador de una lucha entre partes cuyo derecho se obtendrá en una ecuación mecánica. El valor de esta doctrina es su aporte pedagógico porque aporta un sencillo esquema de encuadre entre los hechos y el derecho y la convicción lograda al efecto. Modernamente resulta francamente inaceptable participar de esta corriente de opinión, pues aun cuando sea correcta en la lógica que explica, el silogismo que la fundamenta no es tan simple como se presenta. Tal como dice Guasp:

> ... se olvida que el resultado al que llega el juez, y que se expresa en la sentencia, es el fruto, no de un juicio lógico objetivo realizado por el órgano jurisdiccional a base de los materiales recogidos en el proceso, sino de una convicción psicológica que no está o no debe estar sometida, en cuanto a su formación, a reglas fijadas *a priori*, y en la que entran o pueden entrar, en lo que a la valoración de los hechos se refiere, no solo razonamientos puros, sino simples impresiones, creencias e incluso típicos actos de voluntad.[2580]

A esta dirección del pensamiento se agrega otra faceta. El juicio no es solamente un silogismo, también es una voluntad. A veces, ella se transmite mediante la aplicación estricta de la ley que el juez interpreta. En estos casos, la sentencia no hace otra cosa que expresar el mandato contenido en la norma jurídica. En otras, se dice que la voluntad aplicada es la del Estado, y como el juez participa de él investido del poder jurisdiccional, la voluntad que aplica es propia aunque por representación.

En los hechos, ambos conceptos no operan aisladamente. Es equívoco pensar en una dualidad posible, cuando la realidad muestra otra dimensión fáctica. Quizás el problema pueda enfocarse desde la paradoja que tiene la ciencia del derecho, al querer servir de mediadora entre las necesidades de seguridad jurídica con su constante inmovilidad, y la adaptación creadora que se funde en la transformación y permeabilidad de la justicia en los casos concretos.

Cambio y conservación parecieran ser los polos de este debate: la lógica racional del fallo permite la interpretación flexible del derecho;

2579. Rosenberg, Leo, *Tratado de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. II, p. 331.
2580. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 550.

de su lado, la aplicación mecánica de la ley entorpece la movilidad pero sirve y fundamenta la seguridad de las instituciones jurídicas otorgándoles continuidad.

La sentencia, vista desde esta dualidad, se encuentra en el ojo de la tormenta. Muchas veces encontrará un límite en las normas que la obligará a rendirse ante la evidencia de lo resuelto para la generalidad, aunque pueda creer que ella no trasunta a cabalidad el espíritu de igualdad ante la ley. En otras, podrá modificar la norma de derecho dándole un ajuste hacia la justicia que, en muchísimas oportunidades, es la luz que asoma el derecho venidero.

Por otra parte, el proceso de elaboración de las sentencias no es tan sencillo como quieren presentarlo ambas teorías. No se trata de una simple tarea de subsunción, ni de aplicar el derecho firme y establecido, tampoco de resolver en base al voluntarismo porque este sin fundamento es incongruente, injusto y arbitrario.

Cuando se habla de confrontar premisas conductivas para resolver en un sentido determinado, se evita explicar un paso anterior que es mucho más lógico que este. Antes que las premisas se encuentra el parecer inmediato que tiene el juez sobre las cosas; de esa inmediata percepción logra un encuadre preliminar de derecho y una síntesis de las circunstancias que le ofrecen una hipótesis de trabajo.

El proceso formativo de la sentencia no podría iniciarse por el final del camino, es decir, si existe un proceso lógico al que se denomina silogismo o subsunción de los hechos en el derecho, es necesario conocer las premisas, y como estas provienen, a su vez, de otro silogismo que la genera, llegaríamos a una cadena sin fin.[2581] La experiencia nos agrega que esas premisas también se inarticulan cuando se trata de ajustar una menor a la mayor.

Nótese que este punto de vista coincide con Oliver Holmes y demuestra que el juego de las premisas, cuando no coincide, se complementa con la descripción del derecho que los abogados efectúan; de este modo la misma ley admite el supuesto previsto objetivamente para la generalidad y el que podría llegar a ser si el suceso fuera como lo deducen los defensores.

2581. Carnelutti, Francesco, *Derecho y Proceso*, *op. cit.*, p. 244.

Si bien es cierto que esta forma podría figurar un conflicto con la moral, enseguida vemos que esa reserva no tiene fundamento, al exigirle al juez que use la ley en lugar de su punto de vista, provocando la natural controversia entre decir el derecho, aunque sea injusto, u obrar con equidad, cuando la norma sea contraria a la justicia del caso y a la conveniencia pública o social.[2582]

Por otra parte, cualquier silogismo puede tener una forma de producción lógica y hasta acompañamiento de premisas orientativas. Sin embargo, para alcanzar esta situación va a ser necesaria la interpretación. Cuando se interpreta el juez también decide, o enjuicia. Decide hacia afuera y enjuicia volitivamente para su fuero interno, para tomar desde esta primera aplicación una serie de consecuencias definitivas.

Si mantuviéramos el criterio sobre la base de confrontar premisas, tendremos que conceder que la subsunción es un proceso gradual de conocimientos que solo consiguen una conjunción absoluta en pocas o contadas ocasiones. Tal como dice Carnelutti "... el silogismo decisorio, por consiguiente, está no al inicio sino a la conclusión de un trabajo".[2583]

De manera parecida, recuerda Sánchez Agesta, que toda ilustre figura del foro procura olvidar por un momento todos los conocimientos jurídicos para saber ante todo si la petición de la parte es justa, y una vez este extremo establecido afirmativamente, procede a buscar los argumentos y fundamentos de derecho adecuados. De esta manera, añade Puig Brutau:

> La llamada lógica jurídica crece a impulsos de razones que no quedan nunca encerradas dentro de los rigurosos límites de un silogismo. Por eso tiene tan alto valor personal en la aplicación e interpretación del derecho, y por lo mismo es fácil darse cuenta de hasta qué punto resulta utópica la pretensión del legislador de convertir al juez en una máquina de subsunciones.[2584]

A partir de una visión hipotética de cómo sucedieron las cosas y qué consecuencias jurídicas le caben, el juez continúa su labor de intelección hacia un estado más jurídicamente razonado. Comienza

2582. Puig Brutau, *La jurisprudencia como fuente del derecho, op. cit.*, p. 36.

2583. Carnelutti, Francesco, *Derecho y Proceso, op. cit.*, p. 247.

2584. Sánchez Agesta, Luis, *La Universidad y la enseñanza del Derecho*, Madrid, Arbor, 1950, p. 227, cita de Puig Brutau, *op. cit.*, p. 47.

aquí el juicio crítico que responde a un orden sucesivo de consideración y prudente análisis.

El juicio histórico reconstruye los hechos procurando tomar aquellos útiles y conducentes para considerar si fueron o no probados, y aplicarles a ellos las normas pertinentes. Se trata, por supuesto, de una abstracción. Porque los hechos se representan como presentes en base a esa suerte de ficciones que la ley permite y que la prueba retoma para darles una actualidad hipotética.

El razonamiento sobre estas situaciones da paso al juicio lógico, y ahora sí, al encuadre del derecho a los hechos. Pero como se trata de razonamiento, no se limita al mero pensamiento sino a la derivación racional de las normas conocidas a cada una de las contingencias en análisis. En esa labor es posible que no se encuentren elementos de suficiente identidad con la hipótesis verificada, entonces el juez tendrá que valorar los significados que la lógica le propone.

Estos juicios de valor son amplios, ocupan principalmente a la interpretación sobre los actos y hechos jurídicos, a la utilidad de los precedentes, a la comparación fáctica, es decir, a la totalidad de vínculos jurídicos y circunstanciales que bordean el conjunto de la situación en estudio.

De allí derivarán *juicios de equidad*, o *juicios de legalidad*. Los primeros reciben su causa y fundamento de los hechos comprobados que no tienen una norma específica del derecho objetivo que los designe. Los restantes responderán a la apreciación del derecho y su inserción en el proceso sentenciado. Interesa agregar que los juicios de equidad o legalidad no pertenecen a la naturaleza jurídica de la sentencia. Ellos corresponden a las cualificaciones derivadas de la motivación, pero una sentencia injusta podría ser inequitativa o ilegítima, y sin embargo ser sentencia.

La simpleza de la sentencia se explica en su última etapa, la *decisión*. Aquí se resuelve estimar o desechar la pretensión; por tanto, es nada más que un acto de volición. El juez decide si por el curso de los acontecimientos apreciados, su significancia jurídica, la convicción que le produce la prueba, y otros elementos que hacen al juicio jurisdiccional, corresponde admitir la pretensión por los fundamentos y pronunciar una sentencia que haga lugar; o, en caso contrario, rechazarla por su inconsistente resultado.

En síntesis, la sentencia es un proceso de interpretación de hechos y aplicación del derecho. Tanto es un juicio lógico como una expresión de voluntad, pero en su elaboración conciertan múltiples juicios críticos que demuestran su carácter complejo. Sin embargo, la trascendencia institucional y política de la sentencia está en su mérito intrínseco; ella debe ser una manifestación de justicia.

539. La etapa decisoria en el proceso

La sentencia concluye la actividad jurisdiccional y culmina una instancia. El acceso a esta etapa no deviene implícita en los plazos procesales; si bien es cierto que la fase probatoria tiene un término previsto durante el cual debe urgirse la actividad, el tiempo cumplido no significa un tránsito automático a la etapa decisoria; como tantos otros actos procesales, se requiere el impulso interesado para mandar el expediente al estado conclusional que permite dictar la sentencia.

Es verdad que los ordenamientos adjetivos, cerrada la discusión propia de las alegaciones y la posibilidad de agregar otras pruebas a las ya producidas, ordenan la clausura de la etapa, la agregación de los alegatos que se hubiesen presentado, y el dictado de la providencia de *autos para sentencia*.

Pero también lo es que para cerrar la fase probatoria se requiere una petición expresa de la parte, porque a partir de ese momento se produce la negligencia de aquellas verificaciones que quedaron pendientes. Si bien la acusación de negligencia en la producción de las pruebas no está subordinada a la previa certificación del vencimiento del término probatorio como requisito formal, la petición de conformación actuarial de esta última implica por tácita inferencia el susodicho acuse, pues constituye un presupuesto de hecho del mismo que el juez debe examinar al quedar especies pendientes de realización. Esa actividad no priva la decisión oficiosa, pero tampoco supone el paso indicado para dictar sentencia.

Es posible encontrar distintos presupuestos que condicionan el acceso al fallo.

539.1 Requisitos subjetivos de la sentencia

La eficacia de la sentencia depende de la jurisdicción que ostente quien vaya a dictarla. Ese recaudo supone tener competencia para declarar el derecho aplicable; su ausencia priva de legitimidad al fallo.

Si se trata de órganos colegiados, deben encontrarse legítimamente constituidos e integrados al tiempo de pronunciar la sentencia. Este requisito previene aquellas situaciones de jueces que ejercen la función en condiciones irregulares, sea por no contar con la designación pertinente, ejercer subrogación, ser simples comisionados del Poder Ejecutivo, con la clara mengua que cada situación importa para el Estado de derecho y el ejercicio republicano de la función pública.

De igual manera, cuando hablamos de constitución debida, referimos a la integración adecuada del Tribunal, ya sea por suplencias dispuestas por ausencia temporaria de los jueces titulares, o por vacancias o reemplazos de jueces renunciantes o con licencia, respectivamente. La cuestión tiene importancia por la garantía constitucional que impone constituir el proceso con su juez natural.

Con relación a las partes la sentencia debe pronunciarse estando debidamente integrada la relación jurídica procesal, de manera que si no está completo el cuadro de partícipes obligatorios o necesarios, la sentencia no hará mérito absoluto con relación a todos, sin perjuicio de los emergentes causales de la intervención de terceros y el litisconsorcio.

En este sentido se apunta que

> Es fundamental verificar la presencia de las partes en el proceso, y que han sido puestas en condiciones prácticas de hacer valer sus derechos, y que no se les ha privado indebidamente del motivo principal de esa presencia, que es la posibilidad de ejercer la defensa bajo la doble perspectiva de alegar y probar.[2585]

539.2 Requisitos objetivos de la sentencia

En este campo acontecen numerosas situaciones de análisis preliminar. Muchas de ellas ya fueron analizadas, y estriban en la necesidad de una causa o cuestión litigiosa (que no importa controversia,

2585. De la Rúa, Fernando, *Teoría General del Proceso*, Buenos Aires, Depalma,T. I, 1991, p. 138.

sino obligación de expedirse respecto a una situación de conflicto –de hecho o de derecho–); en el tiempo, lugar y forma (con su directa participación en los componentes externos del pronunciamiento); en la posibilidad de atender cuestiones de resolución previa que, de ser procedentes, impedirían la atendibilidad sobre las cuestiones de fondo (*v. gr.* excepciones de litispendencia, incompetencia, falta de legitimación para obrar, cosa juzgada, etc.).

Cuando se trata de tribunales constituidos, antes de dictar sentencia es preciso reunirse a formar el acuerdo, conforme se estudia más adelante.

540. *Iura novit curia*

Para dictar sentencia el juez tiene que aplicar el derecho. El juez lo conoce, no solo porque es su deber, sino porque el desconocimiento o la ignorancia de ella no excusa el *non liquet*.

En este concierto aparece el uso del brocardo *iura novit curia* que supone que el juez aplica y conoce el derecho; sin embargo, la traducción no sería apropiada para el aforismo pues correspondería decir *ius novit curia*.[2586]

Informa Sentís Melendo, repitiendo la investigación de Augenti, que en el siglo XIV estaba en vigor el principio que traducimos, aunque resulta posterior la interpretación asignada pues en aquel siglo, la voz *iura* no se utilizaba para significar el derecho objetivo sino los derechos subjetivos; mientras que en aquellos, y más si se pretendía contraponer el derecho con los hechos, se usaba siempre la voz *ius*.[2587]

Pero lo más curioso proviene del origen auténtico que tiene la voz, pues nace del exabrupto de un juez que fatigado por las disquisiciones

2586. El juicio de la oración es *curia* (Tribunal, Corte, Juez), que es la forma de nominativo singular, femenino, primera declinación de *curia, curiae*. El verbo *novit*, que es la tercera persona del singular, del pretérito perfecto (con valor de presente, porque el verbo es incoativo), de *nosco, noscis, noscere, novi, notum*. La otra palabra es el complemento directo, acusativo del neutro *ius, iuris*, que en su forma *ius* es singular y significa *derecho*; y en su forma *iura* es plural y significa *derechos* (cfr. Sentís Melendo, Santiago, *"Iura novit curia"*, en *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Ediar, 2ª parte, 1947, p. 209).

2587. Augenti, Giacomo Primo, *L'onere della prova*, Roma, Società editrice del "Foro italiano", 1932, p. 42 y ss.; cfr. Sentís Melendo, Santiago, *"Iura novit curia"*, *op. cit.*, p. 209.

jurídicas del abogado, lo interrumpió exclamando: *Venite ad factum. Curia novit ius*, es decir, aproximadamente, abogado, pasad a los hechos; la Corte sabe el derecho.[2588]

La noción exacta quedó enmarcada en el deber que tienen los jueces de aplicar el derecho positivo que han de conocer; aunque tiempo después se aligeró la obligación comprendiendo que el derecho debía creerse justo, permitiendo entonces que la función judicial interpretara el caso y subsumiera en él la norma precisa que lograra satisfacer los principios de justicia y equidad.

De igual modo, el precepto evita que el magistrado quede atrapado por los errores hipotéticos de planteos propuestos por las partes fundados en normas desajustadas con la causa. Al mismo tiempo, el sentido jurídico que del término proviene genera una obligación demasiado estricta para un sistema legal como el nuestro donde el derecho positivo se plasma a diario en diversidades normativas que el "juez tiene el deber de conocer". Por eso, nos parece apropiado dar inteligencia al precepto tomando de él lo que puede ser auténtico, despojándolo de proyecciones de imposible cumplimiento.

Es decir, el precepto *iura novit curia* afincado como deber del oficio para aplicar el orden jurídico local tiene una comprensión más que amplia cuando se la expresa sin referencia a un hecho concreto. Esto es, cuando se dice que los jueces tienen el deber de conocer el Derecho. En cambio, ante una situación concreta deducida, el proceso se califica por la relación jurídica entablada y dentro del espacio que el principio dispositivo permite. Al juez le corresponde aplicar las normas jurídicas con prescindencia de los fundamentos que las partes enuncien, sin que pueda modificar el encuadre fáctico proveniente de la *litis contestatio*.

Cuando aparecen lagunas del derecho, el juez no puede escudar la falta de pronunciamiento en ese déficit, su deber es actuar razonablemente (art. 3 del Código Civil y Comercial de la Nación) supliendo con motivos y fundamentos que justifiquen la cobertura legal que realiza.

540.1 La determinación del derecho en el caso concreto

La función jurisdiccional civil tiene tres funciones primordiales, a saber: a) resolver los conflictos intersubjetivos; b) controlar la legalidad

2588. Cfr. Sentís Melendo, Santiago, *"Iura novit curia", op. cit.*, p. 210.

del obrar administrativo en la gestión de Gobierno, y c) fiscalizar el principio de la supremacía constitucional.

En cada una de estas actitudes, el deber judicial encuentra indelegables poderes que tiene el compromiso de actuar. En el primero de los supuestos, la sentencia tiende a superar la incertidumbre o la inobservancia legal, sea porque el conflicto no tenga claro cuál es la norma aplicable, o sabiéndolo, se omite deliberadamente su cumplimiento. Corresponde al juez, en consecuencia, determinar el derecho en el caso concreto,[2589] y eventualmente, ejecutar forzosamente su pronunciamiento, porque así interesa al Estado y al particular que tiene un derecho consagrado.

Esta derivación del razonamiento aplicado sobre los hechos motiva el llamado juicio lógico de la sentencia, y demuestra por qué al juez no le interesa el derecho que las partes invoquen, sino el que en su íntimo convencimiento resulta justo y adecuado a las circunstancias efectivamente comprobadas de la causa. Justo, porque en definitiva, el pronunciamiento jurisdiccional es una misión de justicia equitativa y distributiva; y adecuado, en la medida que también en la sentencia se concreta un acto de voluntad destinado a someter y vincular a las partes del conflicto.

Son las dos caras del derecho que en una causa cualquiera perviven: el derecho objetivo, fríamente interpretado y armonizado con las cuestiones de facto; y el derecho subjetivo, visto en la perspectiva de los valores en juego y de la justicia particular que a través de la decisión se consigue.

¿Dónde anida el principio en estudio, en ambas situaciones?

El juez que aplica el derecho positivo tiene un deber constitucional proveniente del compromiso de fundamentación de las sentencias. El apartamiento inequívoco produce vicios de motivación generalmente atacados por la vía de la *arbitrariedad* o *inconstitucionalidad* de las sentencias. Mientras que la valoración importa describir un estado subjetivo de las conductas analizadas, circunstancias que se atacan como *errores in iudicando* o de juzgamiento.

De este modo, se comprueba que en el primer trazado el *iura novit curia* se aplica sin restricciones, pues está inmerso en el deber de conocimiento del oficio de la magistratura. En tanto, la segunda hipótesis depende de variables distintas, como son la alegación del derecho por

2589. Rocco, Alfredo, *La sentencia civil* (trad. de Mariano Ovejero), México, Cárdenas, 1985, p. 49.

las partes, la interpretación del juez, la integración normativa, o la correspondencia con ciertos estándares de regular aplicación.

Evidentemente, lo corriente es lo primero, aun cuando se indique que el derecho subjetivo puede ser citado por las partes en cualquier momento del proceso, pero siempre que "se vincule a la relación jurídica determinante de la acción", y que "no comporte una nueva acción o una rectificación del derecho invocado, pues el derecho en sí, no es norma en particular".[2590]

540.2 Límites del precepto

Atendiendo los hechos de la causa el juez califica la relación jurídica con sujeción a los principios comunes que rigen su actividad en el proceso.[2591] La interpretación consiguiente obliga a ser prudente en el estudio de las normas aplicables, toda vez que una misma disposición puede encontrar efectos diferentes de acuerdo con las circunstancias de la causa.

Si dijéramos que el juez es un aplicador mecánico del derecho positivo sin darle posibilidades de interpretar la función axiológica de las normas, seguramente confundiríamos el alcance preciso del precepto en estudio. En cambio, la inteligencia cubierta refiere a la dimensión global del derecho, es decir, la ley, la jurisprudencia, la doctrina, la costumbre y las normas extranjera o internacional.

La integración y complemento que del conjunto se realiza demuestra el sentido de unidad de todo ordenamiento jurídico, sin perjuicio de los extremos de verificación que en algunos casos la parte interesada debe confirmar con su prueba.

Lo que el juez no puede hacer a través del derecho aplicado, es variar las condiciones fácticas que dan cobertura a la situación de conflicto. Es decir, si en la sentencia, por ejemplo, se resuelve la resolución contractual cuando la pretensión fue de escrituración de un inmueble vendido, dicha calificación excede el ámbito que el precepto admite, pues se cambia el sentido de la demanda incoada.

En suma, el principio *iura novit curia* debe entenderse sobre la base del derecho objetivo que en un caso ha de aplicarse, sin que pueda el

2590. Sentís Melendo, Santiago, *"Iura novit curia", op. cit.*, p. 219.

2591. Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, op. cit.*, T. II, p. 249.

juez calificar la relación jurídica sustancial fuera del marco que la *Litis contestatio* ha trabado. En su defecto, equivaldría tanto como acoger una defensa o excepción, un supuesto de hecho no intentado o propuesto fuera de la litis, en perjuicio de la igualdad procesal que las partes deben mantener en el curso de todas las instancias.[2592]

540.3 La alegación del derecho en la demanda

Dice el artículo 330, inciso 5 del Código Procesal que en la demanda la parte debe indicar el derecho que fundamenta su pretensión expuesto sucintamente y evitando repeticiones innecesarias. Si bien reiteradamente se sostiene que los jueces no están obligados a seguir a las partes en todas sus argumentaciones, máxime cuando ellas importan cuestiones de derecho en cuya consideración debe serle reconocida plena libertad, de acuerdo con el principio *iura novit curia*; también debe advertirse la relación que tiene el derecho alegado con la pretensión material y procesal deducida en juicio.

La identificación de la acción propuesta es una carga procesal inserta entre los requisitos de la demanda, sin importar que la individualización precisa provenga de los hechos y que sea el juez quien definitivamente disponga el correcto emplazamiento del derecho.

La *alegación* del derecho es una parte de la demanda, aunque puede soslayarse. En consecuencia, la misión del juzgador consiste en resolver si la consecuencia jurídica que la pretensión aspira obtener es la misma que se describe en las circunstancias de hecho y que, por tanto, relaciona la normativa expuesta. De lo contrario, el juez puede apartarse de la designación técnica *de iure* y elegir el derecho que conceptualice el caso.

En esta labor de interpretación, entonces, el juez resulta soberano en la apreciación y aplicación del derecho, siempre que su lectura no caiga en lo arbitrario o irrazonable, no altere la relación procesal, ni cambie los hechos constitutivos de la *causa petendi* que la fundamente.

Se da así la vinculación entre la pretensión material y la procesal, o dicho en otros términos, los hechos alegados y el derecho afirmado no pueden verse afectados por la aplicación del precepto *iura novit curia*, pues la facultad no puede ejercerse prescindiendo de los hechos

2592. Sentís Melendo, Santiago, *"Iura novit curia", op. cit.*, p. 214.

procesales que determinan y fijan el estado y progreso del juicio, que a la vez, consolidan los principios estructurales invocados.[2593]

De este modo, si con el discurrir de la prueba queda en evidencia una situación diferente de la que fuera alegada en la demanda, y el derecho quedase fuera de foco de acuerdo con dicha alteración, corresponderá rechazar la demanda aplicando el derecho estricto que la causa merece.

540.4 La afirmación del derecho en la demanda

Si el derecho, en lugar de ser *alegado*, resulta *afirmado*, la cuestión presenta algunas sutilezas. Cuando los artículos 34, inciso 4 y 163, inciso 6, ambos del Código Procesal, obligan al juez a pronunciarse de acuerdo con las pretensiones deducidas en el juicio respetando el principio de congruencia, la aplicación del brocardo en análisis se limita si el derecho en vez de resultar simplemente enunciado, se afirma como soporte esencial de la razón y causa de pedir.

La garantía de la defensa en juicio juega en el caso un rol particular, porque cuando la litis se traba sobre diferencias normativas el *iura novit curia* no puede alterar la prueba que las partes hayan intentado producir buscando el convencimiento psicológico del sentenciante.

Es decir, no corresponde aplicar el principio *iura novit curia* excediendo el ámbito que le es propio y lesionando garantías constitucionales, pues la calificación de las relaciones jurídicas que compete a los jueces no se extiende a la admisión de defensas no esgrimidas ni autoriza a apartarse de lo que tácitamente resulte de los términos de la litis.[2594]

La contingencia se plantea cuando una persona motiva su demanda argumentando y fundando en los límites precisos que una determinada disposición legal le permite. Posteriormente, la prueba se dirige a demostrar la relación causa-efecto entre los hechos sostenidos y el derecho afirmado. Finalmente, lo que la sentencia no puede hacer es escapar del encuadre predispuesto que, bajo la consigna de subsanar el error *de iure*, en realidad, modifica el objeto natural de la demanda.

2593. Cfr. Fallos, 255:50; Morello, Mario Augusto; Sosa, Gualberto Lucas y Berizonce, Roberto Omar, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación*, *op. cit.*, T. II-A, p. 615.

2594. CSJN, Fallos: 300:1015.

Ello así resulta, en la medida que una interpretación contraria advierte la crisis en la defensa en juicio y en el principio de igualdad procesal, porque el error que produjo el demandante queda suplido en su deficiencia por la actividad del juez.

Así lo sostuvo la Corte en jurisprudencia que se mantiene inalterable.[2595]

540.5 La falta de alegación del derecho

Ninguna incidencia genera la falta de alegación en la demanda del derecho concreto que se vincula con la pretensión. La conclusión es propia del sistema que le permite al juzgador aplicar los preceptos legales que determinan las situaciones de hecho.

Es bastante contar con claridad en el relato de circunstancias, como deducir sin contrariedad la petición definitiva para conseguir relevar la ausencia de la carga de invocación que el artículo 330, inciso 5 del Código Procesal pretende. No obstante, algunos fallos han entendido que esta alegación es un requisito esencial y que, por ello, resulta un recaudo necesario e ineludible, que trae como consecuencia la existencia de un defecto legal en el modo de proponer la demanda.

Pero tal defecto, para ser procedente, debe revestir entidad suficiente como para afectar el derecho constitucional de defensa del accionado, colocándolo en un verdadero estado de indefensión, o bien, impidiéndole o dificultándole su respuesta. El silencio de la parte respecto al derecho que debe alegar puede suplirse a través del dispositivo previsto en el artículo 163, inciso 6 del CPCCN, que es el lugar donde reside el *iura novit curia*.

De este modo, el juez al sentenciar aplicando el derecho que estima correcto, no sustituye la negligencia de la parte que no cumple con la carga de alegación; simplemente, obra en la dimensión de sus potestades mientras no modifique la relación jurídica que las partes sostienen, ni desnaturalice la acción intentada.

2595. Vulnera los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional, la sentencia que, en causa civil, condena a algo distinto de lo pedido, ya que el aforismo *iura novit curia* no justifica que se introduzcan de oficio acciones no planteadas ni debatidas en la causa (CSJN, Fallos: 292:493).

540.6 La corrección del error en el derecho alegado

Se advierte la función esclarecedora del principio *iura novit curia* en la dicción del derecho aplicable en la causa, a través de la correcta subsunción del derecho en los hechos afirmados y comprobados. Si la norma alegada fuera incorrecta, mejor se observa la tarea de interpretación e inteligencia que el precepto admite.

Tomemos por ejemplo la sentencia declarativa de divorcio causal, donde el juzgador puede apartarse de los fundamentos jurídicos indicados en los escritos de postulación, y calificar la relación procesal en la causa que estime ajustada a las circunstancias de la causa. En este supuesto, la ubicación legal depende de una cuestión de grado que no altera las contingencias fácticas relatadas (*v. gr.* se demandó por sevicias, calificando la sentencia que, en realidad, son malos tratos).

Ahora bien, cuando el juez se aparta del cuadro *de iure* propuesto liminarmente, debe cuidar que en la función de decir el derecho no se modifique una acción por otra, o se altere la pretensión deducida sin que las partes puedan cubrir su derecho de alegación y réplica respectivas (derecho de defensa en juicio).

En suma, la extensión de la *iura novit curia* no puede hacer que comprenda lo que el caso ofrezca fuera de su trazado estrictamente jurídico, so riesgo de llevar, por la vía de un proceder *ex officio*, al quebrantamiento mismo de la bilateralidad.[2596]

541. La sentencia como documento

La sentencia es una declaración formal que requiere de una forma para concretar su producción. Ella se establece en el artículo 163 en los términos siguientes:

La sentencia definitiva de primera instancia deberá contener:

1. La mención del lugar y fecha.
2. El nombre y apellido de las partes.
3. La relación sucinta de las cuestiones que constituyen el objeto del juicio.

2596. Morello, Mario Augusto; Sosa, Gualberto Lucas y Berizonce, Roberto Omar, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación, op. cit.*, T. II-A, p. 582.

4. La consideración, por separado, de las cuestiones a que se refiere el inciso anterior.
5. Los fundamentos y la aplicación de la ley. Las presunciones no establecidas por ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeren convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica. La conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones.
6. La decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, calificadas según correspondiere por ley, declarando el derecho de los litigantes y condenando o absolviendo de la demanda y reconvención, en su caso, en todo o en parte. La sentencia podrá hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la sustanciación del juicio y debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos.
7. El plazo que se otorgase para su cumplimiento, si fuere susceptible de ejecución.
8. El pronunciamiento sobre costas y la regulación de honorarios y, en su caso, la declaración de temeridad o malicia en los términos del artículo 34, inc. 6.
9. La firma del juez.

Una explicación tan casuista deja en claro cuáles son las partes que integran el texto de la sentencia, inclusive se concluye que sin ese documento escrito, no existe pronunciamiento válido. En esta expresión hay condiciones rígidas que no admiten saneamientos posteriores si no se respetan en tiempo las formas establecidas; y otras de menor severidad que se pueden soslayar o purgar mediante una actividad en tal sentido.

Queda claro que la sentencia es un acto jurídico procesal cuya formalidad se establece *ad solemnitatem*, permitiendo estructurar su contenido en tres partes bien delimitadas y de importancia intrínseca diferente.

La formalidad del fallo se inicia con la indicación del lugar y fecha donde se emite. A continuación comienzan los denominados *resultandos*, que son aquellos que tienen por finalidad individualizar los sujetos de la pretensión y precisar el objeto sobre el que debe recaer el pronunciamiento.

El inciso tercero del artículo guía impone la relación sucinta sobre los hechos controvertidos, lo que no significa una explicación total de los hechos sino, solamente, de lo que es conducente. Apenas un breve relato es suficiente, al punto que si no los menciona, no motiva vicio alguno ni causa de agravio.

La segunda parte de la sentencia es la más importante. Los *considerandos* se dividen a su vez en motivaciones de registro diferente. Existe un deber de explicar los fundamentos sobre los que asienta el juez su convicción, bajo pena de nulificar el fallo. Esos fundamentos deben respetar un orden crítico, de modo tal que se analicen los hechos, se aprecie la prueba, se determinen las presunciones emergentes, se disponga el derecho aplicable y, en su caso, se califique la conducta de las partes. Además, ha de existir un tratamiento pormenorizado de las cuestiones sometidas a litigio, y una adaptación lógica (congruencia) entre las pretensiones y la decisión.

La parte final de la sentencia es el *fallo* o parte dispositiva, que contiene la decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, declarando el derecho de los justiciables haciendo lugar o no a lo pedido en la demanda.

Cuando son pasibles de ejecución, deben fijar el plazo de cumplimiento, sin que su determinación configure vicio alguno, por cuanto se entiende que, en tal caso, el plazo para que quede ejecutoriada es el que el agraviado tiene para impugnar el pronunciamiento.

El acatamiento a las formas procesales respeta el prudente designio de la seguridad jurídica, porque, como documento de que se trata, la sentencia está destinada a permanecer. En consecuencia, para asegurar ese destino sin transformaciones, el fallo no debe contener vicios que lo invaliden, ni apartarse de las normas preestablecidas para su redacción.

Ahora bien, sostener que la sentencia es un documento contiene una afirmación simple que analiza la utilidad del pronunciamiento, el que puede utilizarse como prueba en ciertas excepciones que abortan el progreso de una nueva pretensión. Por ejemplo, la cosa juzgada, se acredita con el testimonio del fallo que muestra la identidad procesal. También obra como documento, cuando acreditan un nuevo estado (*v. gr.* divorciado, heredero, legatario, etc.) o se muestran como elementos pasibles de ejecución al reunir las condiciones para ello, es decir, deuda líquida, cierta y vencida.

Finalmente, siguiendo a Couture:

> El tratamiento que corresponde a la sentencia como documento, es el genérico de los instrumentos públicos. Así su destrucción, o pérdida no anulan la sentencia como acto de voluntad, sino que puede ser reconstruida por el procedimiento común de los instrumentos públicos o reemplazada por otras pruebas eficaces [...]. Su eficacia es plena, en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, por disposición expresa de ley, para todos. Pero nada impide que sea impugnada de falsedad material o adulteración.[2597]

Pero además, cuando se dice que la sentencia es un documento, también se puede colegir que está fuera del proceso, el que culmina con las etapas de proposición, deliberación y alegatos, dando lugar, después, a una actividad individual que no es del procedimiento, aunque lo integre como etapa, donde la sentencia pronunciada antes que un acto procesal será un instrumento de naturaleza sustancial.

541.1 La sentencia no es parte del proceso

Un aspecto del debate de la naturaleza jurídica de la sentencia lo analizamos en el Tomo I (parágrafos 78 a 80, inclusive), donde concluimos sobre la naturaleza de acto procesal por excelencia, pero la visión que pone a la sentencia fuera del proceso tiene respaldos importantes.

Alvarado Velloso sostiene que

> ... el juez aplica la norma si, a su juicio, ella existe y la entiende tal como la emitió el legislador. Pero si la ve oscura y ello impide su cabal comprensión, debe interpretarla para aplicarla a partir de allí. Si la norma es insuficiente a su juicio, la integra para su aplicación, y finalmente, si entiende que no hay norma que regule el caso y que no existe otra parecida que pueda ser aplicada por el régimen de la analogía, la crea y la aplica para solucionar el litigio. En otras palabras: el juez siempre norma: ora aplicando en concreto la ley abstracta, con o sin interpretación de su texto; ora integrando la norma abstracta mediante la emisión de una norma concreta; ora creando la norma concreta en caso de inexistencia de norma abstracta. *Esta es la razón por la cual creo que el proceso, como método, no termina ni puede finalizar en una sentencia; por eso es que ya sostuve que el debate finaliza cuando el juez llama los autos para sentenciar, impidiendo a par-*

2597. Couture, Eduardo Juan, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, p. 295.

> *tir de allí la continuidad de la discusión del litigio [...] La corriente interpretativa generalmente aceptada por la doctrina americana tradicional que explica el tema no ve en la sentencia una* norma, *sino un simple razonamiento que exhibe la estructura propia de un* silogismo.[2598] (el destacado nos pertenece).

Claro que si la sentencia se pone fuera del proceso, los recursos contra ella solo pueden descansar en la teoría de la impugnación y no en los recursos disponibles, dicho esto en el sentido de ver que, si la sentencia es un acto jurídico, los vicios son de esta naturaleza y se atacan en el carril de las nulidades sustanciales; mientras que si se considera un acto procesal, el gravamen es la medida de los recursos, y los errores (de forma o de procedimiento) se embisten con los recursos procesales.

541.2 La sentencia: acto procesal por excelencia

El juicio jurisdiccional más trascendente proviene de la sentencia. Más allá de la naturaleza jurídica que se encuentre, o de los calificativos que se le asignen como creadora del derecho, complementaria del orden jurídico, intérprete de la voluntad del legislador, mandato del Estado, o del Pueblo, etc., lo cierto es que la sentencia representa el acto jurídico procesal donde se reúnen todas las potestades de la jurisdicción, y aun con discrepancias de pareceres, no quedan dudas de que en el juicio de derecho, simultáneamente acceden inteligencia sobre los hechos y adecuación en las normas: el producto es justamente la creación de una nueva situación o relación jurídica.

Vuelve cierta la reflexión de Satta cuando dice:

> La fórmula convencional que hace de la ley el centro de la experiencia jurídica y hace dimanar del legislador toda voluntad no engaña ya a nadie. Hoy sabemos que es el juez quien condena o quien absuelve, no la ley, y por eso su obra es tan exaltada como maldecida.[2599]

Actualmente la sentencia ha superado su simpleza dogmática. A los requisitos naturales –objetivos y subjetivos– acceden otros que la pretenden útil y efectiva, dándole un profundo sentido constitucional; como garantía concreta de un orden justo. Por eso, recapitulando

2598. Alvarado Velloso, Adolfo, *Sistema Procesal. Garantía de la libertad*, T. II, Buenos Aires/Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 233 y ss.

2599. Satta, Salvatore, *Manual de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. I, p. 137.

las partes integrantes, toda sentencia de mérito o de fondo de primera instancia se integra con estas tres parcelas: Los *resultandos* resumen la exposición de los hechos en conflicto y los sujetos de cada pretensión y resistencia. Aquí debe quedar bien delineado el contorno del objeto y causa, así como el tipo y alcance de la oposición deducida. Los *considerandos* son la esencia misma de este acto, la motivación debe trasuntar una valuación objetiva de los hechos, y una correcta aplicación del derecho. En este quehacer basta que medie un análisis integral de las alegaciones y pruebas conducentes, sin que sea necesario referirse en detalle a cada uno de los elementos evaluados, sino que simplemente se impone la selección de aquellos que pueden ser más eficaces para formar la convicción judicial.

El sometimiento del fallo a los puntos propuestos por las partes no limita la calificación jurídica en virtud del principio *iura novit curia*, ni cancela la posibilidad de establecer deducciones propias basadas en presunciones o en la misma conducta de las partes en el proceso.

Todos estos elementos se reúnen en un mismo acto para justificar la orientación del fallo, el que, en definitiva, es un juicio de carácter crítico, donde el juez ha de resolver entre dos posiciones enfrentadas o bien, optando por una tercera que tenga para su voluntad y criterio, la esencia misma de la justicia.

Existen dos deberes principales a respetar, son ellos: la fundamentación y la congruencia; el apartamiento de estas reglas vicia y nulifica la decisión.

542. Vicios en el acto de juzgar

La sentencia puede quedar afectada internamente por desvíos que se enmiendan con los recursos. Son de distinto registro, algunos evidentes y otros no tanto. A veces se discute si pueden quedar en el plano de los vicios sustanciales o quedar acotados al reducido esquema de las nulidades procesales.

En consecuencia, son hipótesis que dependen de un estudio singular; por ejemplo, pensar en vicios del consentimiento en el juzgador, en principio, sería descartable, si tenemos en cuenta que existe un control hacia la regularidad y continuidad de los actos procesales

que, difícilmente, harían ocultables los vicios intrínsecos en la voluntad de quien debe decidir. La libertad para decidir es un artífice de la independencia judicial. La voluntad libremente adoptada y expresada es un requisito fundamental del contenido de la sentencia, de manera que si ella falta o está viciada, la sentencia es defectuosa, generando su inmediata nulidad. Pero el supuesto no deja de considerar que puede haber procesos aparentes o acuerdos en connivencia que llevan al proceso a descalificaciones por dolo o fraude procesal.

De otro nivel son los vicios por *motivación deficiente de la sentencia*. Una sentencia sin motivación priva a las partes de la facultad de fiscalizar la reflexión del magistrado. Inclusive, si esa ausencia es voluntaria puede cumplirse la tipificación del delito de denegación de justicia. Sin embargo, es raro que un pronunciamiento no tenga alguna fundamentación, habida cuenta que el requisito constitucional de que el juez invoque en lo esencial la ley que corresponde a la cuestión en juzgamiento se cumple cuando la sentencia, como unidad, se encuentra amparada, sin que se exija con parejo rigor que la cita luzca en relación a cada uno de sus considerandos y conclusiones. La mínima causa de convicción limita la reserva pensada para descalificar absolutamente el fallo, pero no empece a que se considera arbitraria o intolerable con el deber exigido como recaudo constitucional de eficacia en los procesos.

Pensando en esa garantía la motivación debe reunir características expresas que luzcan manifiestas en el acto. Por supuesto, como acto escrito que resulta, la decisión debe ser positiva y expresa sin remitir a parte alguna del expediente. Lo mismo cabe decir respecto de aquellos que invocan genéricamente una ley sin expresar artículos o doctrinas emergentes, porque de este modo, imposibilitan la impugnación precisa y concreta que la alzada requiere para autoabastecer el escrito de impugnación.

La motivación insuficiente, contradictoria, liviana, o de similar registro no nulifican el fallo, solamente lo tornan revocables por el vicio *in iudicando* que portan. Igual temperamento se sigue con los pronunciamientos que se basan en apreciaciones meramente dogmáticas, o que no cuentan con fundamentos legales, o bien apartados de los argumentos sostenidos por las partes, o que omiten considerar pretensiones o defensas, etcétera.

La explicación suficiente de las razones, además de ser expresa, debe abarcar los hechos, el derecho, interesarse con una debida valoración de la prueba y motivarse en una lógica deductiva que justifique plenamente la resolución adoptada.

Las motivaciones de hecho pertenecen al área de las cuestiones propuestas por las partes como conducentes y en contradicción circunstancial. La investigación que el juez pueda abordar es un tema contingente, porque la regla indica que no puede apartarse del perfil de la realidad que el actor presenta y de la modificación –eventual– que el demandado proponga. Son los principios de igualdad en el debate y de la garantía de defensa en juicio.

Por eso se reitera que para asegurar este derecho no es necesario el tratamiento de todos y cada uno de los planteos que las partes articulan, sino únicamente de aquellos que son conducentes para la decisión del caso.

La determinación judicial sobre los hechos probados es el nudo gordiano de la sentencia. Se procura que los jueces fijen con espíritu crítico la valuación de cada elemento arrimado al proceso, expresando la convicción que obtenga de cada uno, sin necesidad de explicarlos pormenorizadamente. Inclusive, puede elegir unos y descartar otros, pero debe fundar la selección, porque así se lo impone la regla descriptiva del fundamento suficiente.

Luego de la valoración de los hechos admitidos o de las alegaciones controvertidas conducentes que han sido verificadas, el juez debe corresponder esas situaciones con el derecho. Es esta aquella función del acto de juzgar por el cual se determina si la voluntad concreta de la ley ampara a la contingencia concreta, permitiendo en caso afirmativo, hacer la relación jurídica determinante.

No es sentencia una decisión judicial que propone tener por acreditado un hecho sin asignarle su correspondiente jurídico, porque es deber del pronunciamiento, como en los demás actos procesales, el constituir, modificar o extinguir una relación jurídica.

Pero la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho ofrece dificultades teóricas de extrema magnitud. Sobre todo cuando ha de considerarse la prueba eficaz para poder establecerlos. Difícil es ponerse de acuerdo sobre lo que es el "hecho" mismo sin intercalar subrepticiamente un juicio de valor. Es que el intérprete ha de valorar

el mérito de los testigos, de los indicios, de los informes, para poder determinar el "hecho". Las normas jurídicas de la sana crítica, de la conciencia del juez, de la libre convicción, se apoyan en la lógica jurídica y en la razón o sano juicio.

Pasar del "hecho probado" como fenómeno del mundo del ser a su estimación y cualificación ya es misión jurídica, que como tal lleva ínsita una valoración legal. Y por amplios que sean los poderes judiciales para establecer los hechos, hay un límite legal cual es el de la arbitrariedad o el absurdo.

En la calificación del derecho aplicable el juez utiliza la fórmula *da mihi factum dato tibi ius* (dadme los hechos, yo pondré el derecho), es decir que con ajuste a los hechos denunciados y probados el juzgador queda en libertad para dar el encuadre de derecho pertinente, pero siempre dentro de la categoría de hechos puntualizados en los escritos de demanda y contestación.

Los fundamentos deben apreciar la solidez de las pruebas en base a la concordancia que proporcionen entre la existencia efectiva de los medios y la posibilidad de verificar en la dirección que la actividad ejercida pretende. Por lo tanto, el fundamento gnoseológico del sistema reside en la cientificidad de la fuente, es decir, en la probabilidad de que este sea susceptible de confirmación por la ciencia a la cual pertenecen los diversos hechos comprendidos en el objeto de la prueba.

Una vez establecidas las pruebas que fijan los hechos y verifican las situaciones alegadas, y confrontados los hechos, comienza el juicio lógico de subsunción, de conformidad con las reglas que el ordenamiento establezca para la apreciación de los medios de confirmación.

El objetivo es alcanzar certidumbre sobre la verdad propuesta en la pretensión. De modo tal que el resumen de la actividad se concreta en el postulado jurisprudencial que exige que toda sentencia sea una derivación razonada (lógica y suficiente) del derecho aplicable a los hechos constatados en la causa.

Ello significa que el raciocinio elaborado ha de ser congruente, sin contradicciones internas ni construcciones equívocas o ambiguas que cercenen la calidad del pronunciamiento.

543. Construcción formal de la sentencia

Venimos reiterando que el proceso elaborador del fallo no necesita considerar todas y cada una de las pruebas incorporadas a la litis, sino, tan solo, aquellas que sean importantes. Basta, entonces, que se mencionen aquellas que se consideren conducentes para resolver el litigio.

El orden y la preferencia es facultad del órgano, posibilidad de que se extiende al cuadro de argumentaciones propuestas, porque también aquí el juez podrá optar por las que sean pertinentes y útiles, con la única limitación de que no se aparte de las cuestiones que constituyen el objeto del juicio.

La esencialidad (trascendencia) de la cuestión se advierte cuando ellas son necesarias para la correcta solución del pleito; sea porque de su interpretación dependa directa y necesariamente el sentido y alcance del fallo, o porque se vinculan a la dimensión cuantitativa del objeto mediato de la pretensión, o bien porque, en definitiva, hagan depender de su suerte el destino final de la causa.

Ahora bien, de acuerdo con el tipo de pretensión que se estudie, es posible efectuar un orden de tratamiento en esas cuestiones vitales y trascendentes para resolver el proceso. Si fuese, por ejemplo, un proceso donde se reclamen daños y perjuicios derivados de un hecho ilícito, será menester previamente, decidir lo referido a la culpa, para objetivar desde allí la responsabilidad extracontractual y el monto de la indemnización.

De igual modo, en un proceso de divorcio contencioso, donde una de las partes alegue la culpa del otro en la disolución de la sociedad conyugal; antes de decretar la separación de cuerpos y bienes, el juez deberá ponderar la culpa para obrar consecuentemente en los accesorios derivados del divorcio, como son las costas y la permanencia o no del derecho de sucesión.

En estas tipificaciones de la naturaleza del objeto procesal, y en otras comunes tomadas de la simple praxis, existe un orden secuencial que el sentenciante sigue para dictar su pronunciamiento.

Esa serie, generalmente, comienza con la enunciación de los hechos articulados que se consideran separadamente, indicando aquellos que vivifican la esencia misma de la controversia. Luego se ponderan separadamente las cuestiones del actor y las que dedujo el demandado. Una vez efectuados estos pasos, se fijan los hechos con-

trovertidos y se evalúan los méritos probatorios (aquí el juez no tiene por qué seguir un orden preestablecido), para luego aplicar el derecho invocado o el que surja correcto por aplicación del *iura novit curia*, decidiendo, finalmente, en forma expresa, positiva y precisa.

543.1 La omisión de las formas y la nulidad de la sentencia

La legalidad de las formas incide determinante en las partes solemnes que se requieren para constituir una sentencia. El desarrollo estructural obliga a ceñirse a las pautas de la legislación adjetiva, pero nada impide la aplicación de ciertas particularidades personales, propias de un estilo, sea en la redacción, o en el orden de las presentaciones. Ello es posible debido a la distinta formación mental y a la diversa capacidad discursiva de los jueces.

Pero las omisiones formales o su distinta interpretación, para ser fundantes de una nulidad por vicios *in procedendo*, deben referirse a una violación grave, capaz por sí misma de poner en peligro el derecho que le asiste a la parte agraviada. De lo contrario, el déficit es nimio, existe inobservancia a las formas pero no una lesión al derecho de defensa en juicio.

La nulidad de la sentencia, entonces, debe ser la consecuencia de un vicio trascendente e importante, y sin posibilidad de posterior saneamiento. Si el apartamiento a las formas se remediara en la Alzada no habría nulidad, por cuanto de declararse, justamente lo tendría que resolver el *ad quem*, y el reenvío obraría contrario al principio de celeridad procesal.

Por otra parte deben distinguirse los vicios denunciados para observar cuáles pueden suplirse en la segunda instancia y cuáles son imposibles de sanear debiendo, en consecuencia, invalidar el pronunciamiento.

La fecha de la sentencia y la firma del juez son recaudos materiales no sustituibles. En cambio, el plazo de cumplimiento puede ser determinado en la Alzada, dado su carácter de requisito material no personalísimo del juez, aunque no medie pedido de parte en las quejas. Con ello no se conmueve el principio de congruencia pues los litigantes pretenden una sentencia ejecutable. En tal sentido el *principio de completividad* de la

jurisdicción –que no altera el de congruencia– refuerza la nota de eficacia del servicio de justicia, de acuerdo con el derecho procesal moderno.[2600]

Advertido el error formal, puede subsanarse de oficio, y si continuara el vicio y nadie alegara contra él, podría asegurarse que no existe sentencia que se autonulifique; razón por la cual cobraría vigencia al haber precluido los plazos para ser impugnada, y legalidad absoluta por el consentimiento expresado por el silencio.

Para mayor claridad, las nulidades formales de las sentencias se dividen según la crisis que expongan hacia las formalidades extrínsecas (redacción y solemnidades) e intrínsecas (fundamentación y contenido).

a. Nulidades por vicios extrínsecos

Puede suceder en distintas partes del pronunciamiento. En un primer orden, la *omisión de fecha y lugar* son recaudos no sustituibles pero que admiten corrección salvando al acto de su potencial invalidez. Es cierto que la falta de esos datos ocasiona un serio perjuicio a las partes, quienes desconocen si el fallo se dictó en los tiempos que la ley establece, o si lo fue en día hábil en realidad; pero la severidad del principio formal se morigera cuando de otras partes de la sentencia puede deducirse la fecha de expedición. Por eso, entre muchos supuestos, se puede convalidar el vicio cuando obra copia registrada del incompleto pronunciamiento incorporado al registro de sentencias, bajo el pertinente número y folio; y la pieza judicial que precede a la sentencia es, asimismo, del año que coincide con el registro; de esos elementos indiciarios puede deducirse cuál fue la fecha.

Distinto temperamento ha de seguirse respecto de la *firma*, ya sea del juez o de los magistrados que integran la votación colegiada, porque este es un requisito esencial que hace a la existencia misma del documento.[2601] Inclusive la firma que no es completa invalida el fallo (aun

2600. Morello, Mario Augusto; Sosa, Gualberto Lucas y Berizonce, Roberto Omar, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación, op. cit.*, T. II-C, p. 103.

2601. Al comentar el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Laurent, Cecilia L. s/testamentaria s/ incidente de protocolización" (27/10/1994) tuvimos oportunidad de señalar algunas características del tema, es decir, de la omisión de la firma de la sentencia, sea del juez o de los magistrados que integran la votación colegiada. En esa oportunidad observamos una derivación del problema, cuando la

cuando sea posible su regularización), por cuanto se requiere la firma entera, esto es, el nombre propio escrito de manera particular según el modo habitual seguido por la persona en diversos actos.

Con la designación de las partes y la mención somera de los hechos ya hemos anticipado conclusiones. Restarían por ver los pronunciamientos que no vierten su decisión dentro del plazo que la ley otorga, a cuyo fin remitimos a los puntos sobre el tiempo para dictar sentencias y sus atenuantes, y en cuanto corresponda a la garantía de plazo razonable.

Hay errores de menor gravedad, insertos en la motivación del fallo y que, siendo errores de juzgamiento, producen vicios de conformación, por ejemplo, cuando el fallo se remite a los fundamentos de una *jurisprudencia que es inapropiada*.

La Corte Suprema indica que tal proceder importa una violación a principios constitucionales elementales que exigen que el fallo sea un

---

sentencia la suscribe por error, quien no tuvo participación en el acuerdo, aun cuando posteriormente se incorpora como magistrado de la Sala del Tribunal de Apelaciones. Es decir que el caso se presenta para resolver la vigencia efectiva del pronunciamiento cuando difieren los jueces que ocasionalmente integran la cámara respectiva. Para ello es preciso determinar qué importancia tiene la formación del acuerdo, pues al ser necesario e imprescindible para formar la mayoría coincidente, a partir de allí se comprende la unidad ontológica de la sentencia. La posibilidad de armonizar las argumentaciones y conclusiones se encuentra en la elaboración particular que presenta la sentencia de segunda instancia y, en general, la de todos los cuerpos colegiados a pluralidad de miembros. Se parte de ciertas premisas de organización que consisten en no apartarse de las solemnidades requeridas para la emisión de toda sentencia. Vale decir, los requisitos formales se mantienen invariables, pero cambia el análisis de los fundamentos y su transcripción de acuerdo con ciertas reglas procesales. Cuando el fallo lo suscribe quien no participa de la formación de la mayoría coincidente, pero la irregularidad no es bastante para descalificar la sentencia en razón del marco que regulan los arts. 109 y 111 del Reglamento para la Justicia Nacional. ¿Por qué? En primer lugar, porque la integración del tribunal es adecuada con el sistema organizado constitucionalmente. El cambio de jueces nunca puede ser causa de nulidades sustanciales; en realidad, son contadas las excepciones que este criterio recibe (por ejemplo, cuando en los procesos de divorcio sustanciados bajo el derogado art. 67 bis, el juez que tomaba las audiencias de conciliación era distinto del que debía dictar la sentencia). En segundo término, porque no se ha prescindido deliberadamente de la intervención de los magistrados para la constitución de la mayoría (conf. CSJN, Fallos: 223:486, 233:17, entre otros). Finalmente, porque la unidad de pensamiento está explícita en la causa al haberse incorporado el expediente al proyecto del vocal que no suscribe. Es, entonces, un correcto temperamento el asumido en el fallo de la Corte. No vale sostener la nulidad por la nulidad misma. Ese es el mensaje (cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Respuestas Procesales. Segunda Parte*, Buenos Aires, Ediar, 1999, p. 301 y ss.).

acto motivado y razonado (art. 18 de la CN), en garantía del derecho de los justiciables.[2602] ¿Por qué se habla de "defecto en la sentencia"? ¿Se trata de un vicio formal o sustancial? Estos interrogantes deben responderse a partir de una comprensión total de la forma como se debe constituir un pronunciamiento válido.

La formación de opiniones coincide en la parte dispositiva (por ejemplo, haciendo lugar o denegando una pretensión) pero si los fundamentos son divergentes para alcanzar ese resultado, se quiebra la concordancia intrínseca del acuerdo y, por ello, la mayoría real no existe e impide dotar al fallo de la mayoría racional que valide la sentencia. No obstante, se ha dicho que la habitual discordancia de opiniones o fundamentos de los votantes (aun cuando por ella no se obtenga mayoría doctrinaria sobre el tema en consideración) no es obstáculo para que se estime lograda una mayoría real, cuando sobre el fondo del asunto haya vencedor y vencido en el pleito a través del cómputo de las conclusiones a que los jueces del tribunal colegiado arriben.[2603] De todos modos la obtención de mayorías aritméticas no es una buena técnica para auspiciar en la justicia clara e inteligible "para todos". El pronunciamiento debe ser congruente con el pensamiento de quienes lo forman y recorrer los pasos necesarios para la formación de la voluntad colectiva del cuerpo.[2604]

b. Nulidades por vicios intrínsecos

La sentencia contiene una serie de recaudos internos que la imponen como pronunciamiento. Esta validez debe distanciarse de la eficacia, porque un pronunciamiento injusto, aun cuando irregular y nulificable por vía del recurso respectivo, es un fallo que produce regularmente sus efectos. Por eso las sentencias no aseguran la justicia del caso, solo pronuncian un juicio respecto de los hechos y expiden un mandato jurídico asignando a ellos una consecuencia jurídica que debe cumplirse.

Por su naturaleza la sentencia es un todo constituido por diversos elementos, armónica y solidariamente vinculados entre sí, de manera

2602. CSJN, Fallos: 318:189, "Bichute de Larsen, Silvia María y otros c. Tintas Letta S.A.I.C.", en Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Respuestas Procesales. Segunda Parte, op. cit.*, p. 309 y ss.

2603. CSJN, Fallos: 311:2023.

2604. Cfr. Amadeo, José Luis, "Sentencia de los tribunales colegiados", *Jurisprudencia Argentina*, semanario del 19/04/95, p. 40.

tal que lo que se dejare de decir en uno se completa por lo que se expresare en otro. Pero esta supletoriedad no elimina el deber de pronunciarse sobre todos los hechos que constituyan una pretensión y sean definitivos para la *causa petendi*.

Una de las garantías del debido proceso consiste en el límite que tiene la judicatura para no introducir alegaciones o cuestiones de hecho sorpresivamente, de manera que las partes no hayan podido ejercer plena y oportuna defensa. De ahí que la conformidad entre la sentencia y la demanda en cuanto a las personas, el objeto y la causa es ineludible exigencia de cumplimiento de principios sustanciales del juicio, relativos a la igualdad, bilateralidad y equilibrio procesal, toda vez que el proceso fija los límites de los poderes del juez. Cuando se supera ese marco se produce el quebrantamiento del principio de congruencia.

De igual envergadura es el principio que obliga a fundamentar las sentencias en derecho, a fines de evitar que se interprete como un mero capricho del juzgador. El deber de motivar inserta un capítulo decisivo en esta problemática porque implementa toda la parte vital de la estructura sentencial (los considerandos).

Es verdad que los jueces no están obligados a tratar todas las cuestiones que les son sometidas ni analizar los argumentos que en su opinión no sean decisivos para el resultado de la causa. Por ello no debe declararse nula una resolución que, aun abordando en forma escueta el análisis de los hechos que son materia de juzgamiento, no crean dudas ni confusiones sobre el tema.

Inclusive, el principio *iura novit curia* permite calificar jurídicamente la cuestión, supliendo el error de las partes y hasta el equívoco absoluto. Lo que no puede hacerse por esta vía es modificar la relación jurídica. Es decir que la permisividad y depuración que persigue este medio no tolera la adopción de soluciones que signifiquen alterar las pretensiones que sirvieron de base para articular la relación procesal, puesto que la potestad de calificar jurídicamente las relaciones o situaciones reconoce como límite el modo como el proceso fue constituido.

Puntualmente analizados, estos deberes consagran la estructura central de los pronunciamientos, de manera que sus perfiles nulificatorios se corresponden con la idea principal de cómo se elabora una sentencia.

543.2 El tiempo para dictar sentencia

Los plazos para dictar decisiones judiciales dependen del ordenamiento adjetivo que las reglamente. En el orden nacional el artículo 34, inciso 3 establece:

a. Las providencias simples, dentro de los tres días de presentadas las peticiones por las partes o del vencimiento del plazo conforme a lo prescripto en el artículo 36, inciso 1 e inmediatamente, si debieran ser dictadas en una audiencia o revistieran carácter urgente.
b. Las sentencias interlocutorias y las sentencias homologatorias, salvo disposición en contrario, dentro de los diez o quince días de quedar el expediente a despacho, según se trate de juez unipersonal o de tribunal colegiado.
c. Las sentencias definitivas en juicio ordinario salvo disposición en contrario, dentro de los cuarenta o sesenta días, según se trate de juez unipersonal o de tribunal colegiado. El plazo se computará, en el primer caso, desde que el llamamiento de autos para sentencia, dictado en el plazo de las providencias simples, quede firme; en el segundo, desde la fecha de sorteo del expediente, que se debe realizar dentro del plazo de quince días de quedar en estado.

En todos los supuestos, cuando se ordena prueba de oficio, no se computan los días que requiera su cumplimiento. El juez está obligado a dictar sentencia cuando los autos quedan en estado. A partir de allí no se puede postergar ni demorar, a excepción de las causas que la ley permite.

La decisión que se pronuncia fuera de término no es nula, es simplemente irregular, y el juez resulta pasible de las sanciones disciplinarias que prevé el artículo 167 del ritual. Asimismo, si ha vencido el término legal para que los jueces dicten pronunciamiento, y las partes consienten que el expediente permanezca en estado de dictar sentencia, no corresponde aplicar sanción ni multa, una vez que el fallo se dicta y es conocido por las partes. Ello obedece a los principios de preclusión y rectitud y buena fe en el obrar de los sujetos procesales.

Si la cuestión trasciende el mero vencimiento de plazos procesales, puede configurarse el delito de denegación de justicia, de modo tal que, sin perjuicio de la sanción económica emergente el juez queda sujeto a posible enjuiciamiento penal, y a la responsabilidad por violación del derecho al plazo razonable (arts. 8 y 25 de la CADH).

Actualmente, se considera esta demora injustificada como un supuesto de responsabilidad objetiva que puede llegar a originar culpa e indemnización correspondiente. Pero esta apreciación del tiempo que insume el dictado de una sentencia debe atenderse en relación con el tiempo mismo que incide desde la demanda hasta que se produce el llamado de autos.

Si se verifican los lapsos se podrá constatar que la lentitud de la justicia no reposa en el tiempo de pronunciarse, y ese estado se mantiene, inclusive, en las instancias superiores. Por ello, mantener el preventivo sancionatorio en solo una etapa parece exagerado y fuera de contexto, en atención a las reales circunstancias que ocupan a esta fase. En cambio, podría sugerirse un reforzamiento en los deberes de impulsar el proceso, activando adecuadamente el principio de colaboración, particularmente en la etapa probatoria, pero sin convertir al proceso mismo en una lucha contra los tiempos (a modo de nuestra ley procesal que, con gracia y justicia se ganó el apodo de código del infarto).

544. Accesorias de la sentencia

Formalmente la sentencia se fracciona en las tres partes comentadas (resultandos, considerandos y fallo). La parte dispositiva, a su vez, pronuncia dos aspectos de la voluntad a cumplir: 1) la principal, que clasifica los tipos de sentencia que se dictan, relacionada con el tema central de la pretensión; 2) la accesoria, vinculada con otros puntos de la obligación de pronunciarse.

Estas accesorias de la sentencia se regulan normativamente en los incisos 7 y 8 del artículo 163.

La fijación de plazo, corresponde en los casos que la sentencia fuere susceptible de ejecución, es decir, cuando sea de carácter condenatorio. Este plazo de cumplimiento no tiene un término establecido, generalmente el juez lo ordena a su arbitrio. Pero en ciertas ocasiones, la urgencia o la naturaleza del proceso llevan a la abreviación del plazo que jurisprudencialmente es común (diez días).

La importancia del término está en que otorga ejecutoriedad al pronunciamiento apenas vencido el tiempo para obedecer su mandato; tiempo que opera independientemente del plazo para apelar,

el cual, transcurrido, precluye la oportunidad para impugnar y demuestra el sometimiento a las conclusiones del fallo aun cuando no se cumplan de inmediato.

El pronunciamiento sobre *costas y honorarios* satisface un interés secundario del proceso, disponiendo quién debe afrontar los gastos ocasionados para tramitar el juicio respectivo.

Los honorarios de los profesionales intervinientes en los autos se regulan al finalizar la instancia, pero quedan sujetos muchas veces a que el litigio cuente con una liquidación firme y aprobada que dé bases firmes al juez para resolver la cuantía sobre la suma que resulte el monto del proceso.

La condena en costas, o distribución de ellas como nos parece más correcto decir, se rige por el principio objetivo de la derrota, y se pronuncia aun cuando las partes no lo pidan. De todos modos conviene recordar que "el juez podrá eximir total o parcialmente de esta responsabilidad al litigante vencido, siempre que encontrare mérito para ello, expresándolo en su pronunciamiento, bajo pena de nulidad" (art. 68, párr. 2 del CPCCN).

La sentencia en costas incluye los gastos causados u ocasionados por la sustanciación del proceso y de los que se hubieren realizado para evitarlo; también se agregan los importes dispuestos en concepto de honorarios. Pero la condena solo personaliza la obligación, es decir, indica quién debe pagar pero no dice cuánto, porque esta etapa se deriva a lo que en otras legislaciones se denomina tasación de costas, y en la nuestra corresponde a la liquidación o ejecución de la sentencia.

544.1 La condena al pago de frutos, intereses, daños y perjuicios

La demanda puede dejar para la etapa de liquidación o sujeto a la definición judicial el monto que pretende, aunque es común practicar una estimación provisional de los daños.

El artículo 165 del Código Procesal dispone que

> Cuando la sentencia contenga condena al pago de frutos, intereses, daños y perjuicios, fijará su importe en cantidad líquida o establecerá por lo menos las bases sobre que haya de hacerse la liquidación.
> Si por no haber hecho las partes estimación de los frutos o intereses, no fuese posible lo uno ni lo otro, se los determinará en proceso sumarísimo.

> La sentencia fijará el importe del crédito o de los perjuicios reclamados; siempre que su existencia esté legalmente comprobada, aunque no resultare justificado su monto.

Toda sentencia condenatoria debe establecer la determinación del daño y expresar los motivos de la resolución. La Corte sustenta este criterio, al sostener que el tribunal, al resolver sobre el daño, debe expresar las razones en que se sustenta.[2605]

Si no establece la condena el monto a satisfacer o no señala "las bases sobre las que haya de hacerse la liquidación", el procedimiento inmediato –no requiere de aclaratoria para su procedencia y admisión– es la fijación del mismo en proceso sumarísimo. Ello es una lógica consecuencia de encontrar legalmente comprobada la culpa o responsabilidad y de no existir en la causa prueba suficiente sobre el alcance de los perjuicios, se deben establecer de inmediato.

En cambio, si los daños reclamados fueron determinados al momento de la sentencia, en uso de las facultades acordadas al juez por el artículo 165, es claro que se trata de valores actuales, razón por la cual correspondería solamente agregar los intereses desde el momento que correspondan.

En esencia no es una ejecución de la sentencia sino la determinación precisa del monto de la condena. Supongamos que se reclame por los daños y perjuicios que le acarrea a una empresa una huelga declarada ilegítima. En este aspecto las salidas pueden ser dos: si se probó la culpa y la entidad del perjuicio, la condena debe establecer las formas de satisfacción; pero si está demostrada la responsabilidad, aunque la prueba no sea bastante para indicar con justeza la importancia del daño, este puede ser establecido posteriormente.

Por tanto, la falta o insuficiencia de elementos probatorios referidos al daño derivado de la inmovilización de una o más unidades destinadas al transporte público de pasajeros incide en la cuantificación de la indemnización debida, pero no determina su rechazo, de modo que debe acudirse, eventualmente, a lo dispuesto por el artículo 165 del Código Procesal.[2606]

2605. CSJN, Fallos: 318:1598, "Pérez., Fredy F. c. Empresa Ferrocarriles Argentinos".

2606. CSJN, Fallos: 319:1975 (ver disidencia del doctor Vázquez), "Empresa Ferrocarriles Argentinos c. Gálvez, Orlando y otros", cfr. *LL* 1997-B-431, con nota de Bustamante Alsina, Jorge.

544.2 La declaración de temeridad y malicia

La conducta desenvuelta por las partes se califica al dictar la sentencia definitiva. El artículo 34 inciso 6 del Código tomado como base de estudio dice que es deber de los jueces declarar, en oportunidad de dictar las sentencias definitivas, la temeridad o malicia en que hubieren incurrido los litigantes o profesionales intervinientes.

Tanto la temeridad como la malicia conforman tipos de conductas disvaliosas que agreden el principio de moralidad procesal. Ambos comportamientos no se identifican, por lo cual es preciso distinguirlos. La temeridad alude a una actitud imprudente o desatinada, echada a los peligros sin medir sus consecuencias. Es un dicho o hecho sin justicia ni razón y designado, especialmente, a aprender valores morales del prójimo.

La malicia se configura por la omisión deliberada de un acto procesal, o cuando se lo ejecuta indebidamente para que pueda producir el mismo resultado. En general, expresa un propósito obstruccionista y dilatorio tendiente a la paralización o postergación de la decisión final que debe dictarse en el proceso.

Nuestro ordenamiento ritual ha previsto en el artículo 45 que:

> Cuando se declarase maliciosa o temeraria la conducta asumida en el pleito por alguna de las partes, el juez le impondrá a ella o a su letrado o a ambos conjuntamente, una multa valuada entre el diez y el cincuenta por ciento del monto del objeto de la sentencia. En los casos en que el objeto de la pretensión no fuera susceptible de apreciación pecuniaria, el importe no podrá superar la suma de $ 50.000. El importe de la multa será a favor de la otra parte. Si el pedido de sanción fuera promovido por una de las partes, se decidirá previo traslado a la contraria.
>
> Sin perjuicio de considerar otras circunstancias que estime corresponder, el juez deberá ponderar la deducción de pretensiones, defensas, excepciones o interposición de recursos que resulten inadmisibles, o cuya falta de fundamento no se pueda ignorar de acuerdo con una mínima pauta de razonabilidad o encuentre sustento en hechos ficticios o irreales o que manifiestamente conduzcan a dilatar el proceso.

Como se advierte, la norma procesal no particulariza las figuras, estableciendo solamente la posibilidad de una sanción (multa) para la parte y/o su letrado que niegue la calidad moral exigida en sus actos. No obstante, la doctrina más caracterizada (Palacio, Morello, Hitters, entre

otros) ha individualizado y tipificado ambas manifestaciones, llegando a la conclusión de que mientras la temeridad se vincula con el contenido de las peticiones o en la oposición; la malicia se halla referida al comportamiento observado en la ejecución material de los actos procesales.

545. Sentencia de los órganos colegiados

La formación de la sentencia en la instancia originaria quedó explicada en los argumentos anteriores. Lógica, inteligencia, psicología y voluntad reúnen como principales características el proceso mental de elaboración. Pero, ¿podemos aplicar los mismos conceptos a los pronunciamientos que provienen de órganos jurisdiccionales colegiados? Es evidente que antes de emitir el acto definitivo será necesario contar con un acuerdo o, al menos, con una mayoría que participe de un mismo criterio. Y aun así ¿es posible unificar la versión?

La posibilidad de armonizar las argumentaciones y conclusiones se encuentra en la elaboración particular que presenta la sentencia de segunda instancia y, en general, la de todos los cuerpos integrados a pluralidad de miembros.

Se parte de ciertas premisas de organización que consisten en no apartarse de las solemnidades requeridas para la emisión de toda sentencia. Es decir, los requisitos formales se mantienen invariables, pero cambia el análisis en los fundamentos y su transcripción de acuerdo con las reglas siguientes.

Las causas que quedan en estado de dictar sentencia son sorteadas para el estudio del magistrado que resulte seleccionado en primer turno. En este aspecto, se respeta el principio según el cual el presidente, *primus inter partes*, de manera tal que será el último en juzgar. Concluido el voto del primer opinante, pasan las actuaciones al siguiente para que formule su propia argumentación.

Esta fase permite adherir a los fundamentos obrantes, adherir parcialmente, discrepar en todo o en parte, o emitir el fallo con propias motivaciones pero que coinciden en la parte dispositiva del fallo.

El voto adhesivo es una particularidad de las sentencias de grado, y se concreta en el denominado *acuerdo*. El pilar donde asienta esta

metodología es la convergencia hacia la mayoría de las opiniones en sentido coincidente.

Según Carnelutti:

> … el fundamento del principio de mayoría, está, como cualquiera ve, en aquellas relaciones entre el buen sentido y el sentido común; verdad es que la coincidencia entre el buen sentido y el sentido común está condicionada a un cierto grado de desarrollo espiritual de aquellos que juzgan y este es, como a cualquiera le debe parecer claro, el problema de la democracia; pero, cuando se trata de jueces, esta condición se puede presumir cumplida.[2607]

545.1 El acuerdo

> El acuerdo se realizará con la presencia de todos los miembros del tribunal y del Secretario. La votación se hará en el orden en que los jueces hubiesen sido sorteados. Cada miembro fundará su voto o adherirá al de otro. La sentencia se dictará por mayoría, y en ella se examinarán las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a la decisión del juez de primera instancia que hubiesen sido materia de agravios (art. 271, CPCCN).

Se reglamenta así la base de conformación de la sentencia de órganos colegiados (coincidencia de fundamentos) y, en particular, de la sentencia de segunda instancia. Toda sentencia constituye una unidad lógica-jurídica, cuya parte dispositiva debe ser la conclusión final y necesaria por derivación razonada del examen de los presupuestos fácticos y normativos efectuado en su fundamentación. No es, pues, solo el imperio del tribunal ejercido concretamente en la decisión definitiva lo que da validez y fija los alcances de la sentencia; estos dos aspectos dependen también de las motivaciones que sirven de base al pronunciamiento.

En los organismos colegiados, la deliberación previa que determina el acuerdo no constituye una simple formalidad. Todo lo contrario, la sentencia de tribunales colegiados no puede concebirse como una colección de opiniones individuales y aisladas de sus integrantes, sino como un producto de un intercambio racional de ideas entre ellos. Esta es la manera pertinente de actuar en un sistema deliberativo.

En cambio, si la formación de opiniones coincide en la parte dispositiva (por ejemplo, haciendo lugar o denegando una pretensión) pero con fundamentos divergentes para alcanzar ese resultado, se quiebra la

2607. Carnelutti, Francesco, *Derecho y Proceso*, *op. cit.*, p. 253.

concordancia intrínseca del acuerdo y, por ello, la mayoría real no existe e impide dotar al fallo de la mayoría racional que valide la sentencia.

No obstante, se ha dicho que la habitual discrepancia de opiniones o fundamentos de los votantes (aun cuando por ella no se obtenga mayoría doctrinaria sobre el tema en consideración) no es obstáculo para que se estime lograda una mayoría real, cuando sobre el fondo del asunto haya vencedor y vencido en el pleito a través del cómputo de las conclusiones a que los jueces del tribunal colegiado arriben.[2608]

De todos modos la obtención de mayorías aritméticas no es una buena técnica para auspiciar en la justicia clara e inteligible "para todos". El pronunciamiento debe ser congruente con el pensamiento de quienes lo forman y recorrer los pasos necesarios para la formación de la voluntad colectiva del cuerpo.

El voto individual con sus argumentos desenvueltos responde, por lo común, a dos interrogantes ¿es justa la sentencia apelada? y en su caso, ¿qué pronunciamiento correspondería dictar?

El problema que presenta la mayoría coincidente se da cuando las motivaciones del tribunal son discrepantes entre sí, o interpretan de manera disímil las situaciones analizadas, aun cuando coincidieran en la confirmación o revocación del fallo.

Cuando no existe la mayoría requerida, el órgano colegiado debe integrarse con otros pares hasta reunir la supremacía de argumentos que determinen el carácter absoluto de la versión encontrada. Al respecto el artículo 31 del Decreto Ley N° 1285/58 establece las formas como se integran los tribunales federales o sus sedes de provincia.

En cambio, las decisiones de los tribunales superiores se adoptan por la mayoría simple de los ministros que integran el cuerpo, siempre que sus votos sean concordantes en la solución del caso. Si existiera desacuerdo se procede con el criterio de la mayoría absoluta.

Al respecto dice el artículo 281 del código precitado: "Las sentencias de la Corte Suprema se redactarán en forma impersonal, sin perjuicio de que los jueces disidentes con la opinión de la mayoría emitan su voto por separado".

No existe inconveniente en dictar la sentencia de grado cuando se alcanzan las votaciones consecuentes, aun cuando reste el

2608. CSJN, Fallos, 311:2023.

pronunciamiento de un tercer miembro. Igual conclusión tiene el supuesto de pronunciamientos dictados con la ausencia de uno de sus miembros, sea por vacancia, licencia o algún otro impedimento para integrar el órgano.

545.2 Mayoría coincidente

Otro supuesto, diverso del anterior, pero interrelacionado, surge cuando la discrepancia en la votación emerge de pensamientos coincidentes en la línea a seguir para solucionar el caso, pero fuertemente alejadas de coherencia en su faz de racionalidad y fundamentación.

La Corte en numerosos casos sostiene que debe preservarse la unidad lógico-jurídica de la sentencia, de manera que su parte dispositiva sea la conclusión final y necesaria de los prudentes análisis realizados sobre los supuestos fácticos y normativos.

Por ejemplo, en el pronunciamiento que se refleja en la edición de Fallos: 304:590, determina que adolece de arbitrariedad en razón de fundamentación contradictoria la sentencia en la que el primer voto se inclinó por declarar la nulidad parcial del fallo de la instancia inferior, el segundo resuelve por la nulidad total, y el tercero por la desestimación de la apertura revisora del Tribunal Superior; no obstante lo cual, a fin de computar la mayoría emergente el tercer opinante adhiere al primero, con lo que demostraba que tal manifestación careció de virtualidad y dependió de la mera voluntad del magistrado, contraria a su propio convencimiento y a la conclusión razonada a que antes había llegado.

La ausencia de relación impide corresponder la suma de opiniones coincidentes que hacen a la mayoría computable a los efectos de fijar el curso de acción. Por tanto, una sentencia de tal naturaleza incurre en dos vicios: es arbitraria por carecer de fundamentación lógica, y es nula, por estar ausente de requisitos esenciales que hacen al debido proceso.

Puede ocurrir que una sentencia cualquiera exprese los motivos de su inclinación y convencimiento, pero que al traducirlos en la parte dispositiva del fallo, resultan alejados absolutamente de la congruencia necesaria que debiera ponderarse.

Los casos de autocontradicción destacan una casuística muy numerosa que la Corte prolijamente ha vertebrado postulando como regla que dicha falta de coherencia entre los considerandos y el decisorio constituyen una causal de invalidez que impide tener a la sentencia como acto procesal válido y propicio para surtir efectos legales.

En supuestos de los aquí citados corresponde tener por válidos los argumentos expuestos en la parte resolutiva, toda vez que de ella proviene la autoridad de cosa juzgada.

La sentencia de segunda instancia requiere la coincidencia de voluntades; la armonización de argumentos y conclusiones que finalmente quedan expresadas en la parte dispositiva de la resolución jurisdiccional.

En efecto, esa ausencia de voluntades coincidentes se refleja si el primer voto confirma la sentencia del juez de primera instancia con sustento en fundamentos contrarios a su propia convicción y no se da ningún supuesto de obligación legal para proceder de tal modo (en el caso que mencionamos, el juez resolvió remitiéndose a lo resuelto por la mayoría en un precedente y aclaró que ello era sin perjuicio de dejar a salvo su opinión expuesta en minoría en el mismo).

De esta forma, el proceder comentado importa una violación manifiesta del modo como se han de expresar la sentencia de los tribunales colegiados, y en particular, a la necesidad de que este acto sea motivado y razonado (art. 18, CN).

Una vez que concluye el acuerdo, se redacta en el libro correspondiente suscripto por los jueces del tribunal y autorizado por el secretario. Inmediatamente se pronunciará la sentencia en el expediente, precedida de copia íntegra del acuerdo, autorizada también por el secretario.

Notificada, podrá pedirse aclaratoria en el plazo de cinco días (art. 272, CPCCN).

Estas son formalidades innecesarias de estructura, toda vez que representan instrucciones dirigidas a los jueces y funcionarios sobre los trámites y formalidades que deben realizar una vez que han concluido el acuerdo y dictan la sentencia. De igual modo, pese a la utilidad que representa, el pedido de aclaratoria inserto en esta disposición puede llevar a equivocaciones o errores innecesarios sobre el tiempo distinto para la presentación respecto a la sentencia de primera instancia (3 días), pues la aclaratoria deducida respecto al fallo de la Cámara es de cinco días.

546. Actuaciones del juez posteriores a la sentencia

Los límites de la actuación jurisdiccional se fijan desde el momento mismo que la sentencia se pronuncia; no obstante el juez puede proseguir interviniendo, sin modificar ni alterar lo resuelto, en las siguientes cuestiones:

a. Ejerciendo de oficio, antes de ser notificada la sentencia, la facultad de corregir errores materiales, aclarar conceptos oscuros o suplir cualquier omisión de la sentencia acerca de las pretensiones discutidas en el litigio, siempre que la enmienda, aclaración o agregado no altere lo substancial de la decisión (arts. 36, inc. 6 y 166, inc. 1, CPCCN).
b. Corrigiendo a pedido de parte los mismos errores, conceptos oscuros u omisiones, por la vía de aclaratoria de la sentencia.
c. Ordenando, si la parte lo solicita, las medidas precautorias que fueren pertinentes. Por ejemplo, el artículo 212, inciso 3 del ritual permite dictar embargo preventivo, aun cuando la sentencia estuviese recurrida.
d. Disponiendo la entrega de testimonios y de las copias necesarias para registrar las disposiciones de la sentencia que no fuesen pasibles de revocación en la alzada (*v. gr.* anotación del divorcio en el Registro Civil correspondiente, aun cuando fuese discutida en el recurso planteado contra la sentencia la cuestión atinente a la culpa resuelta).
e. También conserva las facultades de continuar sustanciando los incidentes que hubiesen quedado pendientes, y de resolverlos cuando se encuentren para ese estado.
f. Obviamente, decide sobre la admisibilidad de los recursos y corre traslado de los que hubieran sido concedidos en relación.
g. Encontrándose firme y consentido el pronunciamiento, el juez conserva la competencia para ejecutar lo resuelto.

547. Clases de sentencias

La actividad específica de la función jurisdiccional responde a distintas clasificaciones que pueden coincidir con los tipos de sentencia

que el juez pronuncia. Asignando un criterio estrictamente práctico, las sentencias corresponden a ese amplio espectro de las decisiones judiciales que en nuestra legislación abarca a todo tipo de pronunciamiento, sea de trámite o de resolución.

La sentencia que aquí nos interesa clasificar es la que resuelve el conflicto. Estos resolutivos finales, por su objeto procesal (es decir, cuando decide sobre la pretensión material) se dividen en *estimatorias*, en cuyo caso al admitir la pretensión podrán fraccionarse en sentencias *de condena*, *declarativas* o *determinativas*. O serán *denegatorias* o *desestimatorias*, según rechacen absoluta o parcialmente la demanda.

El problema de esta división surge con la pretensión de éxito parcial, que es al mismo tiempo un vencimiento mutuo, de manera que puede ubicarse en una u otra categoría este tipo de resoluciones. Parte de la doctrina distingue en estas a sentencias totales o parciales, según que, respectivamente, contengan una decisión sobre la totalidad o solamente parte de las cuestiones de fondo articuladas en el proceso.[2609]

Teniendo en cuenta su impugnabilidad, las sentencias son *definitivas* cuando aun a su respecto no obran los efectos de la cosa *juzgada*, y *firmes* o ejecutoriadas cuando ya lo han adquirido.

548. Las sentencias constitucionales

No es fácil definir una sentencia constitucional. A veces se denomina así a las que se dictan en procesos constitucionales; otras prefieren referir al órgano que las pronuncia (Tribunales Constitucionales), que en nuestro país no podría ser aplicado. Lo importante del parágrafo es para confrontar la diversidad que tienen respecto a las sentencias "civiles", pues en estas se condena o absuelve, señalado el rol judicial y determinado de cuánto puede hacer el juez o el tribunal en una y otra instancia.

No se trata de alterar esta esencia en las llamadas sentencias constitucionales sino en observar que el gran problema a resolver está en el contenido y efectos que portan, si se tiene en cuenta para ello que, al ser el resultado que se obtiene de un conflicto normativo, antes que intersubjetivo, el decisorio termina el proceso interpretando

2609. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. V, p. 422.

o integrando el derecho constitucional que fuera puesto en análisis como consecuencia del "caso constitucional".

El significado de "sentencia constitucional" no es uniforme. Al menos en Latinoamérica el problema de definición surge de la diversidad de acciones judiciales que se ejercen sobre la Norma Fundamental. Hay procesos constitucionales que resuelven cuestiones de esa naturaleza; hay acciones de inconstitucionalidad que producen resultados normativos indirectos; hay omisiones del legislador que se pueden urgir con la función constitucional de los jueces; y así, en cada tiempo y espacio de estudio, es posible asentar un concepto, siempre vago e impreciso, sobre el alcance que tiene una sentencia constitucional.

En Europa la voz no tiene incertidumbre, porque al estar concentrada la función suele resultar coincidente el concepto que relaciona el órgano con la decisión, de manera que es sentencia constitucional la que proviene del Tribunal Constitucional.

El dilema allí aparece cuando se observa que también "cualquier juez" tutela la supremacía de la Constitución, pudiendo con su actuación como Fiscal de la misma, culminar con una sentencia probablemente ubicada en el plano de las llamadas "sentencias constitucionales".

Asimismo, desde otra perspectiva, una sentencia será constitucional cuando el conflicto resuelto verse sobre "cuestiones fundamentales", siempre y cuando sean controversias normativas, antes que disyuntivas de hechos o actos lesivos específicos. De este modo, sería sentencia constitucional la que declara inconstitucional a una ley, mientras que no lo sería aquella que resuelve cuestiones de naturaleza privada.

La sentencia de un Tribunal Constitucional, expone Nogueira Alcalá, más que un acto procesal que pone término a un conflicto jurídico, como ocurre con las sentencias de los tribunales ordinarios de justicia, es además una decisión con trascendencia política, ya que realiza una labor de interpretación de valores y principios y una actividad integradora del derecho.[2610]

2610. Nogueira Alcalá, Humberto, "Consideraciones sobre las sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur", ponencia presentada en las II Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal Constitucional, San José, Costa Rica, julio de 2004. En esta línea explicita correctamente Bocanegra que "… el papel atribuido al Tribunal Constitucional sobre la norma fundamental y las cuestiones sobre las que tiene que pronunciarse, sin perder en absoluto su carácter jurídico, tiene inevitablemente una proyección y una trascendencia políticas, muchas

548.1 La sentencia en el sistema difuso

La sentencia pronunciada por la Corte Suprema de EE. UU. en el famoso caso "Marbury vs. Madison" (1803) afirmó que si una ley resulta contraria a la Constitución, o se encuentra en conflicto con la constitucional, al punto de tener que desestimar una u otra, era deber de ese cuerpo superior de justicia determinar el derecho aplicable, por ser una función esencial del poder de la jurisdicción.

De este modo, sin crear ninguna justicia especializada, permitió a todos los jueces concretar en cada proceso la fiscalización de la supremacía de la norma fundamental. La característica común de ellos es que activan un control *a posteriori*, a diferencia del control *a priori* o preventivo que permiten otros modelos.

La función del juez en este mecanismo depende de sus decisiones, porque puede ser prudente y precavido eludiendo el compromiso de interpretar la ley con argumentos posibles como la ausencia de petición expresa, las cuestiones políticas, o directamente aplicar la política de la autorrestricción. O, en su caso, propiciar el activismo responsable y tomar entre sus funciones esenciales el desarrollo de la interpretación constitucional.

Aquí poco se puede agregar, porque como advierte Peter Häberle:

> … hay fases y sentencias particulares en las que un tribunal constitucional nacional o europeo interviene ampliamente en el espacio político (se hallan ejemplos tanto en los EE. UU. como en Alemania); hay fases en las que uno de ellos, por ejemplo el Tribunal Constitucional alemán, quizás también bajo la presión de la ciencia, se retracta algo (por ejemplo, respecto de la libertad de reunión) o debería hacerlo (por ejemplo, la relación de la libertad de opinión respecto de la protección del honor). Mucho hay que agradecer aquí al tacto y delicadeza, a la sensibilidad política del juez constitucional, pero también a las necesidades del bien común y a los postulados de la justicia (lo último, por ejemplo, justifica las

veces de importancia decisiva, lo que sitúa al Tribunal Constitucional, aun cuando sus sentencias continúan siendo pronunciamientos estrictamente jurídicos, en una posición principalmente distinta a la de los tribunales ordinarios" (Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios de la Administración Local, 1982).

grandes decisiones fiscales del Tribunal Constitucional alemán: porque el Parlamento ha fallado a lo largo de décadas.[2611]

Vincular esta forma de actuación con las sentencias pronunciadas, muestra actividades con origen diverso, en la medida que la petición de control se puede plantear en un proceso directamente por el interesado (*control directo* o *por vía de acción*); o bien plantearse la inconstitucionalidad dentro de una instancia abierta cual si fuera una excepción o defensa; o bien introducir el problema constitucional como un deber del oficio, sin que las partes lo pidan, permitiendo una declaración de inaplicabilidad (efecto individual válido solo entre partes litigantes), o de inconstitucionalidad (efecto *erga omnes*), esto es, aplicable a todos a quienes la norma va dirigida.

Ahora bien, el sistema difuso amplía las potestades de intervención e interpretación hacia todos los jueces, pero hay que tener mucho cuidado para entenderlo como "sistema americano", en la medida que Latinoamérica no tiene el esquema procesal de Estados Unidos.

Es cierto que en toda América priva la doctrina de la *confianza en los jueces* con lo que ello implica y trasciende al sentido de poder controlar la constitucionalidad de las leyes; pero en el *common law* se presta suma atención a la confiabilidad y honorabilidad de sus jueces, y por eso es tan importante la primera instancia, en lugar de los tribunales de apelaciones del *civil law* que se distinguen por la formación de la jurisprudencia o doctrina judicial.

La fuerza del juez americano está en sus potestades, antes que en las leyes. Tiene un sistema donde el poder se tiene y se ejerce, sin limitaciones obstruccionistas afincadas en principios estancos (como la bilateralidad y la contradicción) o en solemnidades inútiles que solamente sirvieron para hacer del proceso una regla de comportamientos y actitudes, de acciones y reacciones, de alegatos y réplicas, en los cuales la verdad de los hechos ha quedado bastante difuminada.

Ahora bien, si nuestra idea latinoamericana tiene origen o pretende asentarse sobre el modelo anglosajón, habrá que señalar que no es el sistema procesal dispuesto en nuestros códigos.

2611. Häberle, Peter, "La jurisdicción constitucional en la fase actual de desarrollo del Estado Constitucional", en Konrad Hesse y Peter Häberle, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional (con especial referencia al Tribunal Constitucional alemán)*, México, Porrúa, 2005, pp. 145-6.

En efecto, Latinoamérica ha confundido el esquema y por tanto los serpenteos son recurrentes. Utilizó el espacio de la "confianza en los jueces" para sostener que el sistema americano era difuso, cuando en los hechos la práctica siguió a la Ley de Enjuiciamiento Civil española, que es uno de los modelos más claros de la obligación judicial de aplicar la ley sin poder interpretarla. Dicho en forma contundente: la misión del juez solo fue aplicar la ley, jamás interpretarla, sencillamente porque allí se desconfiaba de ellos.

Pero como no fue esta la idea americana, mucho tiempo llevó darnos cuenta de que el pretendido sistema, con insistencia preocupante, declinaba sus objetivos: *confiamos en los jueces, sí; pero la herramienta (procedimiento) fue un obstáculo permanente para hacer realidad la esperanza dispuesta para creer que la justicia sea un Poder, y no un simple ejercicio de administración*.

De ahí la perplejidad que muestra con claridad que no existe un sistema americano, o al menos, latinoamericano.

En definitiva, el *control difuso* que se pretende acomodar a nuestra idiosincrasia es distinto al proceder de los jueces americanos. *Primero* porque tienen un sistema desigual; *segundo*, porque el respeto institucional sugiere una confianza diferente; *luego*, porque perviven conceptos que trasuntan ideologías del positivismo jurídico donde anidan concepciones jurídicas que se creen inmutables, operando como resabios de una concepción otrora dominante, hoy ausente de contenidos reales.

Con ello queremos anticipar que los requisitos comunes que se encuentran para requerir el control de constitucionalidad, o en su caso, para actuarlo de oficio, pueden ser absolutamente desiguales. Valga como ejemplo el valor del precedente, que en el *common law* es jurisprudencia vinculante; mientras que en el *civil law* heredado de Europa admite una revisión constante que actúa jerárquicamente hasta llegar al más alto tribunal de justicia, el que en definitiva, se convierte en el último bastión del control de constitucionalidad.

548.2 El juez legislador

Otra inquietud que plantea la eficacia de las sentencias constitucionales es la supuesta conversión del juez en legislador; tema ampliamente controvertido en la conocida polémica entre Kelsen y Carl Schmitt.

La expresión "Gobierno de los jueces" se introdujo en Francia por Eduardo Lambert, quien la hace figurar en el título mismo de su obra (1921). Él califica de ese modo el papel de la Corte Suprema de los Estados Unidos. La fórmula se utiliza en nuestros días, generalmente, con una connotación peyorativa, cada vez que se desea criticar el poder excesivo de los jueces, particularmente, aunque no de manera exclusiva, tratándose de las cortes constitucionales.

Existe en Estados Unidos una expresión equivalente: *Government by the Judiciary*, pero su uso es mucho menos extendido; lo que se explica porque en el contexto del *common law* no es sorprendente que los jueces creen derecho y, por ello, constituyan una parte del Gobierno; mientras que en Europa, la función del juez no constituye un poder, porque consiste en obtener la conclusión de un silogismo, del cual la ley es la premisa mayor y el hecho la menor.

Por eso, suele preguntarse: ¿realmente la distinción entre control sobre disposiciones y control sobre normas es realmente lo más importante? ¿O más bien la circunstancia de que el control opere sobre un texto normativo antes que sobre la disposición aplicada (la norma) influye más que la extensión y la fuerza (o valor o "rango") de las normas objeto (o parámetro) del control? ¿Tal diferenciación es, sobre todo, más importante a efectos clasificatorios del hecho que se controlen competencias de entes y de órganos, o más bien (o también) lesiones de situaciones jurídicas de los ciudadanos?

La respuesta podría ser afirmativa –sostiene Pegoraro–,[2612] pero asumir tales elementos como criterio único y exclusivo de diferenciación parece limitativo, y útil tan solo para esbozar en sus grandes líneas la tipología (siempre más rica) del control de constitucionalidad.

En realidad la coincidencia de los modelos encuentra una sutil pero trascendente distancia cuando se observa el rol del juez en la actividad del control constitucional. Es cierto que ni en Europa ni en Estados Unidos hay una jurisdicción que divida el campo de los casos donde la cuestión versa sobre el principio de legalidad (fiscalización sobre las leyes) y aquel que corresponde, estrictamente, al juicio de

2612. Pegoraro, Lucio, "Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional –Proceso y Constitución–*, Nº 2, México, Porrúa, julio/diciembre de 2004, p. 131 y ss.

constitucionalidad; en los hechos, es el juez o el Tribunal Constitucional quien practica ambas actividades.

De este modo, la división teórica que elaboró Kelsen se ha difuminado, permitiendo que desde los procesos de amparo, o a partir de los planteos incidentales, se pierda la resolución *in abstracto* que debía pronunciarse hacia la generalidad; para solucionar desde el caso particular con alcances *erga omnes*.

En suma, el Tribunal Constitucional se aproxima al juez del sistema americano, hasta con la eficacia de la cosa juzgada que en ambos casos les permiten anular decisiones de jueces y tribunales ordinarios.

548.3 La función política de la sentencia constitucional

En cualquiera de los modelos informados no hay lugar a dudas respecto de la función política que tienen las sentencias constitucionales. No importa que ellas se dicten para un caso concreto sin extensión de la decisión a otros que no hayan sido partes; ni que el pronunciamiento se expanda hacia todos; o que constituya una suerte de exhortación o mensaje a los demás poderes para que actúen en un sentido determinado.

Cada vez que se emite una sentencia constitucional surge una lectura crítica que instala al fallo en la conciencia de la ciudadanía, convirtiendo a la decisión en un factor sobresaliente del proceso político.[2613] De allí la importancia trascendental que tiene el sistema de designación de los jueces constitucionales, sin importar el ordenamiento jurídico donde vayan a intervenir.

Es cierto que la función de garante de la eficacia constitucional de las sentencias obliga a jueces y tribunales a obrar con suma prudencia, al punto de ser de notable relevancia el arte de desplazarse entre el "activismo judicial" (*judicial activism*) y la "autorrestricción" (*judicial restraint*); pero también lo es que el control de constitucionalidad no admite resignaciones inoportunas o desplazamientos acordados para beneficios particulares; hay un factor implícito en las sentencias constitucionales que diseña la relación apropiada entre la Norma

2613. Häberle, Peter, "El Tribunal Constitucional como Tribunal Político", en *Estudios sobre la jurisdicción constitucional (con especial referencia al Tribunal Constitucional alemán), op. cit.*, p. 92.

Fundamental y los derechos en ejecución, impidiendo que estos se sobrepongan a los de máxima cobertura.

Si el primer objetivo de la Constitución es durar en el tiempo, por añadidura también debe ser respetada,[2614] lo que significa evitar que con o desde las sentencias se cambie el sentido final de sus disposiciones.

La sentencia es un acto en el cual se reúnen circunstancias políticas, realidades jurídicas y evidentes necesidades de interpretación fundadas en la hermenéutica constitucional;[2615] características que inciden en la lectura realizada.

Ya no se trata de considerar únicamente las llamadas sentencias interpretativas, esto es, que resuelven y solucionan el conflicto constitucional acordando una "interpretación conforme" a la Norma Fundamental; sino de observar el impacto que tiene en la sociedad y en el Estado la resolución de otras controversias constitucionales, como las de naturaleza electoral, o las polémicas entre competencias especiales, regionales o de similar registro, entre otras.[2616]

2614. García Belaúnde, Domingo, "La interpretación constitucional como problema", en Eduardo Ferrer Mac Gregor (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, 4ª ed., 2003, T. IV, p. 3425.

2615. Bien dice Sagüés que "hay que tener en cuenta las consecuencias que tendrá un fallo. Esto no significa que el control de constitucional debe tener siempre como meta los resultados y obrar en función de estos. Por el contrario, la tarea interpretadora debe ser apreciada y desarrollada en sí misma, sin interesar los resultados, pero es indudable que no debe ignorarlos, e incorporar previsiones futuras al momento de resolver, no como dato definitivo, sino como uno entre los muchos existentes para llegar a una solución" (Sagüés, Néstor Pedro, "Control judicial de constitucionalidad: legalidad vs. Previsibilidad", *Anuario Jurídico*, N° 1, Lima, octubre, 1991, *passim*).

2616. De un examen conjunto de estas sentencias se puede señalar que son dos las atribuciones esenciales de los Tribunales Constitucionales: por una parte, la decisión sobre las controversias entre las facultades y atribuciones de los diversos órganos del poder del Estado, así como los de carácter central con los regionales o federativos, que entrarían dentro del sector que calificó Mauro Cappelletti como *jurisdicción constitucional orgánica*, la que se traduce cuando se impugnan normas legislativas en la declaración general de inconstitucionalidad o de la interpretación conforme. En segundo término, y esta facultad se ha convertido en predominante en la actualidad, en la protección de los derechos humanos establecidos tanto en el ámbito interno como los consagrados en los instrumentos internacionales sobre esta materia, aspecto que estaría comprendido dentro de la categoría que el mismo notable jurista italiano denominó jurisdicción constitucional de la libertad, la cual abarca también el importante sector de la *jurisdicción constitucional transnacional* (cfr. Fix Zamudio, Héctor, "Lineamientos esenciales de la interpretación constitucional", en Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, 4ª ed., 2003, T. IV, p. 3392.

548.4 Modelos de sentencia según la finalidad

Las sentencias del proceso constitucional definen, como en tantos otros juicios, la admisión o la denegatoria de las pretensiones que se debatieron en los autos. Cuando se trata de cuestiones abstractas de inconstitucionalidad, la solución no dirime un conflicto entre partes, ocasionando una particularidad que se deriva del carácter no contencioso del procedimiento.

Esta característica polariza las opiniones doctrinarias que oscila entre aceptar la "naturaleza dispositiva" de los fallos; o reconocer que su único efecto es meramente declarativo sin posibilidad de ejecución por sus medios. De todos modos, el modelo donde opera el control determina las posibilidades que encuentra el magistrado, pues el perímetro que dibuja el sistema difuso circunscribe la sentencia con efectos *res inter alios acta*, y sin extensión a terceros de la cosa juzgada; mientras que en los sistemas concentrados la generalidad potencia el interés y la *res judicata* adquiere efectos *erga omnes*.

Inclusive, el valor del pronunciamiento difiere, al ser obligatorio en una (jurisdicción concentrada, y el *stare decisis* de Estados Unidos) y suasorio en otros (sistema jurisdiccional difuso de Argentina, por ejemplo).

Ahora bien, el juez constitucional realiza básicamente una función de inteligencia normativa, dando a los preceptos fundamentales una lectura y escala axiológica que se confronta con las disposiciones cuestionadas a efectos de advertir su admisión y operatividad. De suyo, es posible que la deficiencia técnica o legislativa obligue a tareas de integración, donde se cubran los vacíos legislativos; o bien, se disponga una comprensión del texto a modo de sentencia creadora de las omisiones que generan la inconstitucionalidad por ausencia de texto expreso necesario.

548.5 Eficacia normativa de la sentencia constitucional

La clasificación expuesta sirve de guía para observar el impacto que tienen las sentencias constitucionales dentro de un ordenamiento normativo. No hablamos de una supuesta creación desde el pronunciamiento, sino de la influencia que generan sobre la administración y el parlamento.

En suma, la sentencia se convierte en una fuente normativa, ya sea provocando un nuevo *status* para las relaciones jurídicas, o modificando las existentes,[2617] pero sin adquirir el carácter de derecho positivo.

Se trata de una preponderancia sobre quiénes son, originariamente, fuentes legislativas sistemáticas; porque la jurisprudencia, sin lograr ese ascendiente, consigue imponer desde la interpretación, criterios y orientaciones en la legislación y reglamentos.

Ahora bien, una sentencia constitucional siempre es interpretativa, porque trabaja sobre un contexto general de aplicación de la norma fundamental, valorando sus implicancias en el caso que analiza. De este encuadre surge que la eficacia de este tipo de sentencias tiene un alcance general, a pesar de que la decisión se adopta para individualidades (*v. gr.* amparo constitucional); y sin duda alguna es omnicomprensiva cuando se refiere a acciones de inconstitucionalidad.

En el modelo de control de constitucionalidad difuso la cuestión no varía, si tenemos en cuenta que la decisión judicial supone crear una norma general que sirve de justificación al fallo y que es producto de la interpretación de textos normativos.[2618] Aun sin impactar como jurisprudencia vinculante, el precedente colabora en el esclarecimiento del alcance que tiene una norma constitucional, y en algunos casos, se utiliza el temperamento resuelto para cubrir vacíos legislativos u omisiones inconstitucionales.

Hace algún tiempo Eugenio Bulygin sostuvo que no es cierta la creencia general de que los jueces crean normas individuales. Para él, las sentencias judiciales son entidades complejas que contienen tanto normas individuales como generales; por lo cual, no corresponde hablar ciertamente de creación, sino de aplicación en el primero y de una verdadera creación en las segundas. Por eso, afirma, la norma individual no es creada por el juez, sino deducida de las normas gene-

2617. Explica Asís Roig que estas dos facetas se pueden resumir en lo siguiente "En el primero se trataría de resolver la cuestión de si es posible concebir las decisiones judiciales como normas que innovan el sistema, en el sentido de que crean un nuevo Derecho no conectado necesariamente con el existente. En el segundo, se trataría de resolver el problema de si las decisiones de los jueces son normas aunque propiamente no innoven, es decir, aunque deban ser entendidas siempre como deducción de otras normas o del Ordenamiento. En este segundo problema se plantearía también si en las decisiones los jueces crean normas individuales o generales (De Asís Roig, Rafael, *Jueces y Normas*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 90).

2618. Ibídem, p. 225.

rales, definiciones y enunciados empíricos; mientras que cuando no hay normas concretas, el juez las puede crear desde la interpretación y valoración, usando el razonamiento analógico.[2619]

El predominio de la interpretación constitucional se agudiza y torna relevante cuando el pronunciamiento llega de un Tribunal Constitucional; ya no se trabaja sobre la denominada concretización que lleva a una doctrina judicial, sino de un fallo con alcances generales. Este goza de autonomía respecto del caso o controversia, porque enfoca directamente una cuestión constitucional que culmina resuelta con un sentido y alcance hacia todos.[2620]

En definitiva, toda sentencia constitucional importa asestar un golpe fuerte al ordenamiento jurídico cuando desde la interpretación final obtenida (por el Tribunal Constitucional, o las Cortes Superiores de cada Estado) se proyecta una doctrina dominante que obliga a acatarla.[2621]

2619. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 355 y ss.

2620. Esta perspectiva es diferente al problema que suele acusarse en el constitucionalismo y, en particular, al garantismo procesal, respecto a propiciar un control judicial de todos los actos de poder, incluida la ley, tomando como parámetro los escuetos preceptos constitucionales, no siempre precisos y concluyentes. El déficit de racionalidad y con ello de legitimidad que esto pueda suponer es compensado por buena parte de los enfoques constitucionalistas mediante una compleja y poderosa teoría de la argumentación jurídica en la que acaso depositen más confianza de la debida. Pero esta no es la visión de Ferrajoli: el extraordinario poder de censura que el garantismo deposita sobre los jueces quiere hacerse soportable a través de una visión cognitivista de la interpretación donde el juez está llamado a constatar y, en muy escasa medida, a escoger, valorar o decidir. Las cláusulas materiales de la constitución y en especial los derechos no le invitan al juez garantista a ponderar pesos y proporcionalidades relativas, ni a realizar juicios consecuencialistas; lo invitan simplemente a subsumir. La ley y los pactos privados limitan nuestra libertad natural, y aquí nada hay que discutir; a su vez, la ley y los pactos vienen sometidos a la barrera infranqueable y "evidente" de los derechos constitucionalizados, y al parecer tampoco hay aquí nada que discutir; y, en fin, los derechos se formulan como mónadas aisladas cuyos contornos aparecen perfectamente delimitados desde su encunado constitucional, y basta con aplicarlos a los distintos supuestos de hecho (Cfr. Prieto Sanchís, Luís, "Constitucionalismo y Garantismo", en Sanchez Carbonell, Miguel y Salazar Pedro (coords.), *Garantismo; estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, p. 52).

2621. La posibilidad de que los jueces constitucionales dicten sentencias normativas suele resistirse con el argumento que los Tribunales Constitucionales son órganos rigurosamente jurisdiccionales que no pueden más que resolver conflictos, porque la creación legislativa es tarea del legislador. De este modo, si la cuestión de legitimidad constitucional requiere, de manera simultánea, la anulación de la ley impugnada y su sustitución por una nueva normativa, la Corte debe rehusar su intervención creando

Es cierto que el Poder Ejecutivo puede encontrar que con el fallo se afecta su programa político (*v. gr.* inversiones dispuestas en infraestructura hospitalaria que se alteran por una sentencia que ordena provisiones e insumos antes que proyectos de construcción; disminución de alícuotas en impuestos considerados confiscatorios; obligaciones de hacer de inmediato que estaban contempladas a futuro, etc.); así como el Poder Legislativo pueda quedar compelido a no variar con proyectos de ley una interpretación del derecho o garantía constitucional (*v. gr.* la consideración de cuando es inconstitucional la adquisición de una prueba puede llevar a reformas procesales; la justiciabilidad de los derechos sociales consagrada no se puede alterar con modificaciones legislativas que establezcan criterios programáticos en lugar de los operativos resueltos); pero en ambos casos la sentencia constitucional se consolida con fuerza normativa, poniendo énfasis en el valor de la continuidad sin resentir el juego democrático de las instituciones.[2622]

una nueva norma, lo que implicaría, en última instancia, que el caso se resuelva con un pronunciamiento anulatorio puro y simple. Cuando, en cambio, la pretensión de inconstitucionalidad se limita al aspecto aditivo-discrecional, la Corte deberá rechazar la cuestión en bloque, en cuanto lo solicitado no es competencia suya. En tal caso, el resultado será una sentencia de inadmisibilidad (Hernández Valle, Rubén, "La problemática de las sentencias normativas", en Castañeda Otsu, Susana Inés (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, Lima, Jurista, 2ª ed., 2004, T. I, p. 388.

2622. En otros términos, pero sosteniendo lo mismo con mejores fundamentos, dice Paolo Comanducci que este tipo de actuaciones se dan en el marco del actualmente llamado neoconstitucionalismo: "Cuando se presenta como una ideología, el neoconstitucionalismo tiende a distinguirse parcialmente de la ideología constitucionalista, ya que pone en un segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal –que era por el contrario absolutamente central en el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX–, mientras que pone en un primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales. Este cambio de acento es fácilmente explicable por el hecho de que el poder estatal, en los ordenamientos democráticos contemporáneos, no es más visto con temor y sospecha por la ideología neoconstitucionalista, que más bien se caracteriza justamente por su apoyo a ese modelo de Estado constitucional y democrático de Derecho, que se ha afirmado progresivamente en Occidente y que va expandiendo su influencia en vastas zonas del mundo. El neoconstitucionalismo ideológico no se limita por tanto a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación. En particular, subraya la importancia de los mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales –podríamos hablar en este sentido de "neoconstitucionalismo de los contrapoderes"–, pero más todavía destaca la exigencia de que las actividades del legislativo y del judicial estén directamente encaminadas a la concretización, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previstos en la Constitución –podríamos hablar en este sentido de un "neoconstitucionalismo de las reglas"– ("Formas

Esta corriente que se refiere al "activismo judicial" mira con buenos ojos la decisión jurisdiccional que tiende a conmover estructuras para darles un sentido de protección general de los derechos constitucionales; pero no se puede negar que este supuesto deber de acatamiento a las sentencias constitucionales encuentra serias resistencias y algunos peligros implícitos.

Una de ellas pone el acento en el carácter "invasivo" de las normas fundamentales, porque condicionan la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y reformula los roles de los actores jurídicos, en especial los del juez.[2623]

En tal sentido Habermas, habla de un fenómeno de "colonización jurídica" que

> … bien que saludable en principio, culmina en el carácter ambivalente de una garantía de libertad y de una privación de libertad […] esa juridificación de los medios con que se hace frente a los riesgos de la existencia se cobra un notable precio en forma de intervenciones reestructuradoras en el mundo de la vida de los beneficiarios.[2624]

El peligro puede estar en la condescendencia del tribunal con el poder político, y con ello, el vicio constante de violar la supremacía con fundamentaciones espurias.

La síntesis confirma la afirmación de García de Enterría:

> Sin hipérbole puede decirse que la pervivencia como institución básica de un sistema político de un tribunal constitucional depende exclusivamente de sí mismo, de su autenticidad y de su rigor. Ningún otro órgano jurisdiccional, ningún otro orden político, se juega literalmente su vida día a día como este sobre el acierto de su función precisamente judicial en el sentido jurídico más estricto del término, de respeto y de protección de la norma que aplica.[2625]

---

de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico", en Sanchez Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, 2ª ed., 2005, pp. 85-86).

2623. Cfr. Chaumet, Mario y Meroi, Andrea, "¿Es el derecho un juego de los jueces?", *Diario La Ley* del 18/06/08.

2624. Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Taurus, 1988, pp. 511-12, citado por Chaumet y Meroi, en nota precedente.

2625. García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Cívitas, 1985, pp. 184-5.

548.6 Eficacia procesal de la sentencia constitucional

La eficacia refleja de las sentencias constitucionales tiene una experiencia práctica conflictiva que se manifiesta, quiérase o no, en el dilema siempre presente de un fallo que altera el régimen de construcción democrática de una república.

Al supuesto régimen contra mayoritario del juez constitucional se suman las reglas del juego procesal pues, más allá de la identidad en el método de debate que se puede encontrar con el amparo u otros procesos constitucionales, lo cierto es que se modifican los principios y las características conocidas de la pretensión y resistencia, para centrar la cuestión en la interpretación constitucional que, al cerrar el proceso, culmina con una lectura propia de carácter normativo.

En consecuencia, la Constitución de un Estado no tiene otro significado que no sea aquel que le otorgan los jueces constitucionales en sus sentencias, de manera que, como recordaba Jackson (Presidente de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, 1953): "vivimos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es".

Estas son cuestiones dogmáticas que actúan como excusas para la ejecución o puesta en práctica, y al mismo tiempo, advierte la prudencia del órgano jurisdicente que, conociendo estas contingencias, prefiere en lugar de resolver con mandatos, dispone exhortar, aconsejar, dar un tiempo para el cambio o la adecuación, etc.

En suma, una cosa es el valor normativo que tiene la sentencia constitucional, desde la cual se podrían tener múltiples formas de abordar problemas y soluciones, y otra muy distinta es la ejecución de las decisiones.

La eficacia procesal se refleja así en el modo de cumplimiento, lo que nos conduce a otra situación de innegable fricción, como resulta la relación entre el juez ordinario que puede controlar la constitucionalidad de las leyes, con el tribunal constitucional que quiere para sí la exclusividad de esa función.

De este modo, hay un doble frente de conflictos. Uno que se abre con la sentencia impuesta al gobierno para que realice algo en concreto; o ante el Parlamento para que cumpla con el pronunciamiento de finalidad legislativa. Y otra ante el mismo órgano jurisdiccional, que no tiene demasiadas diferencias según el enfrentamiento se produzca en sistemas mixtos o concentrados.

Capítulo LXX
La condena por temeridad y malicia

549. La conducta en el proceso

La evolución operada en el proceso civil a partir de los principios derivados de la publicización, que encuentran en la dirección del proceso a cargo del juez el objetivo de buscar y obtener la verdad, en lugar de confirmar las versiones que antes las partes argumentaban; significó la transformación de la relación jurídica procesal, y con ello hubo que responder a las nuevas exigencias del encuadre.

La estructura tradicional de las verdades afirmadas que sostenía el principio dispositivo (sostenido a ultranza, es decir, asumiendo que el proceso es solo *cosa de partes*), debió modificarse porque con las facultades ordenatorias e instructorias que la jurisdicción encontró, el proceso dejó de ser una cuestión de versiones, para buscar la justa decisión de un debate sostenido entre partes que debieron litigar con respeto y mutua lealtad.

Nace así el principio de moralidad que enaltece la conducta leal y honesta de las partes.

En Italia el proyecto Solmi de 1937 consideró de especial importancia exigir la obligación de veracidad y de actuación sin subterfugios, a cuyo fin el artículo 26 estableció en su parte primera la imposición de exponer los hechos según la verdad de lo sucedido, culminando la norma con la sanción específica:

> En caso de mala fe o de culpa grave, el Juez en la misma sentencia en que decide la causa, condena a la parte, al procurador o al defensor, eventualmente "in solidum", a una pena que, según la gravedad de los hechos y el monto del valor de la causa, puede extenderse a 10.000 liras.

Pero el proyecto no trascendió en este aspecto. La potestad atribuida al juez era demasiado importante para la época, por lo cual el Código definitivo de 1940 dispuso en el artículo 88:

> *Deber de lealtad y probidad*. Las partes y sus defensores tienen el deber de comportarse en juicio con lealtad y probidad. En caso de que los

> defensores falten a este deber, el Juez debe dar cuenta a las autoridades que ejercen el poder disciplinario sobre ellos.

La sustitución era importante en la medida que reemplazaba la sanción económica por la represión que juzgaren correspondiente establecer los colegios profesionales. Empero, la prevención no agotó allí su contenido. También se condenó la responsabilidad profesional verificada por el comportamiento anómalo.

Al respecto dice el artículo 96:

> Si resulta que la parte vencida ha actuado o resistido en juicio con mala fe o culpa grave, el Juez a instancia de la otra parte, la condenará, no solo a las costas, sino también al resarcimiento de los daños, que liquida aun de oficio en la sentencia. El Juez declara la existencia del derecho por el que se ha ejecutado una providencia cautelar o se ha trascripto demanda judicial, o inscripto hipoteca judicial, o bien se ha iniciado o llevado a cabo la ejecución forzada, a instancia de la parte perjudicada, condena al resarcimiento de los daños al actor o al acreedor ejecutante, que haya obrado sin la normal prudencia. La liquidación de los daños se hace a tenor del apartado anterior.

Los estudios destacados para estas disposiciones van a encontrar tres tipos de consecuencias, conceptualmente autónomas, que sirven para separar el problema de las costas procesales, de las responsabilidades por el abuso procedimental.

Dice Chiovenda que este es el resultado a que lleva el desarrollo del derecho procesal; el cual en sus orígenes, no tiene condena en las costas sino para los litigantes de mala fe; posteriormente se pasa por un período intermedio en el cual no viéndose la naturaleza exacta de la institución, se aplican principios propios del derecho civil (culpa) a la condena en costas; después se llega a la condena absoluta.[2626]

La inconducta deriva así en:

1. carga con las costas procesales cuando es vencido en juicio;
2. asume la responsabilidad agravada del artículo 96, cuando transgrede el deber de obrar con lealtad y probidad;
3. responde por los daños procesales, cuando existe mala fe o culpa grave y tiene las características de la responsabilidad civil (ex culpa, aquiliana o extracontractual).

2626. Chiovenda, Guiseppe, *Principios de derecho procesal civil, op. cit.*, T. II, p. 123.

Salvo el primero de los casos, en ambos supuestos de responsabilidad la sanción opera a petición de parte.

549.1 Responsabilidades que se condenan

Tratándose de costas procesales, el débito surge consecuente del vencimiento (*soccombenza*); en tanto para la responsabilidad agravada se agrega una valoración de la conducta de las partes, con lo cual la calidad de vencedor no es determinante, si no coexiste la actuación de buena fe. Su violación contrae la imposición de una condena complementaria en costas que no pueden ser repetidas.

En el campo de la responsabilidad civil hay dos tipos de comportamientos: El primero se reserva para el litigio *temerario*, que consiste en dar vida a una demanda (y por ende, a la pretensión que ella porta) o a una defensa, *a sabiendas de no tener razón* (hay aquí mala fe). El segundo, cuando *sin la normal prudencia* (esto es, con culpa, al menos en una de sus gradaciones: culpa leve) se produce un daño al otro litigante; *v. gr.* mediante el bloqueo de parte del patrimonio a consecuencia de un embargo sin derecho, o medida cautelar equivalente. Se trata de actos procesales de parte, intrínsecamente ilegítimos e injustos, de los que se sigue, en relación causal adecuada, un daño resarcible.

En Brasil, el anteproyecto Buzaid se ocupó de los *deberes de las partes y de sus procuradores*, estableciendo principios iniciales de corrección en el uso del lenguaje y en las verdades expresadas. La violación a estas reglas de comportamiento importaba perder el uso de la palabra cuando se tratare de expresiones injuriosas a la parte contraria, o la posibilidad de sufrir sanciones más graves de acuerdo con la entidad e importancia del desatino.

El anteproyecto no descuidó la responsabilidad del litigante que pleitea de mala fe, estableciendo que ello resulta cuando: a) deduce pretensiones o defensas, cuya falta de fundamento no puede, razonablemente, desconocer; b) altera intencionadamente la verdad de los hechos; c) omite hechos esenciales para el juzgamiento de la causa; d) usa el proceso con el fin de procurarse un objetivo ilegal; e) opone injustificadamente resistencias a la marcha normal del proceso; f) observa un comportamiento temerario en cualquier incidente o acto del proceso; g) promueve incidentes manifiestamente infundados.

Tal como ocurría en el proyecto italiano, la idea de aquellos tiempos no era solamente castigar al litigante artero, sino también, imponerle sanciones económicas como era el pago de todas las costas y honorarios devengados a resultas de esas actuaciones inoficiosas.

En nuestro país, el *Código de Procedimientos de la Capital Federal* (art. 52) establecía que

> Los jueces y tribunales tienen el deber de mantener el decoro y buen orden en los juicios, pudiendo imponer al efecto correcciones disciplinarias a los litigantes, abogados y funcionarios que intervienen en aquellos por las faltas que cometieren, ya sea contra su dignidad en las audiencias o alegatos; ya sea contra la autoridad, obstruyendo el curso normal de la justicia en daño de las partes.

Empero, el verdadero antecedente de la distinción entre *temeridad* y *malicia* lo constituye la introducción del principio de moralidad en el proceso y el encarecimiento para que dicho principio se cumpla. Primero el artículo 21 del Decreto Ley N° 14237, y luego la reforma del código de procedimientos por la Ley N° 17454, impusieron a los jueces la facultad de fijar multas a la parte vencida, a su letrado patrocinante o a ambas conjuntamente, en el caso de declararse temeraria o maliciosa la conducta asumida por aquellos en el pleito.

549.2 Régimen procesal que se aplica en la sentencia

El ordenamiento procesal vigente categoriza en forma genérica las inconductas incurridas en el proceso y establece sanciones específicas para cada tipo de comportamientos.

Con este encuadre existe:

a. una inconducta procesal genérica prevista en el artículo 45;
b. inconductas procesales específicas, que se vinculan a la policía de proceso ejercida por el órgano jurisdiccional, y tienen un neto carácter procesal (*v. gr.* arts. 29, 145, 374, 525 inc. 2, 551, 594, etc.).

Según Palacio, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación instituye dos sistemas sancionatorios de la inconducta procesal según que esta se manifieste en forma continuada o persistente a través de las distintas etapas del proceso, consideradas en su totalidad (inconducta procesal genérica) o con motivo del incumplimiento de actos procesa-

les determinados (inconducta procesal específica). Con relación a este último aspecto, sin embargo, conviene anticipar que los poderes del órgano judicial incluyen la represión de cualquier conducta que implique una transgresión al deber de lealtad y probidad, aun cuando no exista una norma expresa que prevea una sanción determinada, ya que el artículo 34, inciso 5, ap. d) del Código Procesal faculta a los jueces y tribunales para sancionar todo acto contrario al referido deber.[2627]

A la primera prevención se vincula el problema de las cotas procesales; en cuanto a las segundas, existe una buena serie de matices que redundan en la consideración del desvío, al punto de atribuirle una asignada responsabilidad. En este sentido, Couture recordaba que la derrota no siempre era la demostración objetiva de un litigante carente de razón. Muchas veces, la contingencia procesal determina la suerte del litigio, de modo que, no todo derrotado es un *improbus litigator*.

Por eso, agregaba el señero maestro, es necesario admitir algunas discriminaciones que se encuentran en las cosas mismas. La responsabilidad procesal subjetiva (marginada de la objetiva, de la imposición de costas) permite diagramar un esquema en el que se insertan distintas posibilidades que reflejan la conducta de los litigantes.[2628]

Existen gradaciones en la conducta. El primer grado es *la buena fe*, la situación de los que, aun en el error, litigan creyéndose asistidos de alguna razón. El segundo grado lo constituye la *ligereza culpable*, consistente en la infracción a los deberes de un buen padre de familia, prudente, razonable y reflexiva, que no promovería un litigio injusto sin antes meditar sobre el alcance de su actitud. La ligereza culpable queda asignada así a la irreflexión en calcular las consecuencias de los propios actos. El tercer grado de la responsabilidad lo representa la malicia que merece la nota de *temeridad*.

Para Couture, la malicia que merece la nota de temeridad es la conciencia de la propia sinrazón. El litigante temerario litiga sabiendo bien que no tiene motivos para litigar. No es solo un litigante malicioso, es además un temerario, vale decir, inconsiderado, imprudente, arrojado a los peligros sin meditar sus consecuencias carentes de fundamento, razón o motivo. Cuando se examinan estos tres grados de

2627. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. III, p. 45.
2628. Couture, Eduardo Juan, *Fundamentos de derecho procesal civil, op. cit.*, p. 88.

la responsabilidad procesal, se advierte que vienen a coincidir de una manera verdaderamente simétrica con los tres grados de la responsabilidad general: la buena fe, la culpa y el dolo. El que actúa con buena fe hace el mal sin saberlo y sin proponérselo; el que actúa con culpa hace el mal sin quererlo pero debiendo haberlo previsto; el que actúa con dolo, hace el mal sabiendo que lo hace y queriéndolo hacer. Y concluía: ¿Qué otra cosa que buena fe, culpa y dolo son el considerarse asistido de alguna razón, la ligereza culpable y la malicia temeraria?[2629]

550. Interpretación de los términos temeridad y malicia

Anticipado el sentido etimológico de los términos, resta por considerar cómo funcionan en el proceso. La demanda es temeraria cuando existe la certeza o una razonable presunción de que se litiga sin razón valedera y se tiene conciencia de la sinrazón: es la *facultad de accionar ejercida arbitrariamente*.

A su vez, la malicia se perfila en la actuación –u omisión– durante el desarrollo del trámite, es decir, cuando cualquiera de la partes obstaculiza, retarda, provoca articulaciones manifiestamente improcedentes, mañosas, con el solo propósito de dilatar la tramitación del proceso.

Esta caracterización es tradicional y vincula cada expresión con una etapa determinada del proceso. También se insertan en estos vocablos como sinónimos la conducta imprudente y la intención dilatoria.

Sin embargo, temeridad y malicia no se agotan en esta comprensión pues, si bien es cierto que el encuadre inicial sirve de base a un estudio sistemático, la presencia de esos comportamientos en el proceso demuestra que pueden seguirse otras interpretaciones. A nuestro entender, la temeridad se relaciona con una actitud objetiva que se puede segmentar según la gravedad de la mala fe.

Es evidente que, de modo genérico, se comprende con el abuso del derecho (o abuso en el proceso), pero solo lo integra, puesto que en el abuso existe además una especulación con la ventaja que otorga un derecho atribuido, derecho que no está presente en la acción temeraria.

Aquella conducta irrazonable que pondera la doctrina tradicional se puede encontrar presente asimismo ante un comportamiento

2629. Ibídem, p. 89.

engañoso, como cuando se ejerce una pretensión simulada; también cuando la petición o defensa demuestra una acción culpable, *v. gr.* desconocer una relación contractual para postergar un desahucio; una escrituración, etc.; o en el ejercicio de una demanda posesoria, cuando no se tiene título legítimo.[2630]

Hay casos en que la acción temeraria es de tal entidad que se relaciona con la responsabilidad por culpa. Son los casos de pretensiones sostenidas dolosamente, e inclusive, intencionalmente dañosas; por lo cual la responsabilidad no solo comprenderá los gastos del proceso (costas) sino que importará suficiente fundamento para la acción penal correspondiente.

La calificación contrae cierto emparentamiento con los antecedentes del Código italiano de 1940, y puede sintetizarse en los siguientes tres grados de actitud inmoral:

1. Conducta temeraria, imprudente o engañosa.
2. Conducta temeraria, culposa o de exagerada imprudencia.
3. Conducta temeraria, dolosa, constitutiva de responsabilidad civil y penal.

En definitiva, conciencia de la propia sinrazón y actitud destinada a agraviar valores morales o reales del prójimo constituyen elementos siempre presentes en la conducta temeraria.

La malicia, por su parte, se ve insistentemente vinculada con la demora intencionada, sea a través de modalidades obstruccionistas o de peticiones retardatarias, de manera que su relación principal se halla referida al comportamiento observado en la ejecución material de los actos procesales.

La malicia supone la condición de malo, maldad, malignidad; presupone dolo y mala intención, designios encubiertos, una propensión al mal moral y material.

2630. Decía Carnelutti que la figura del litigio culposo excluye la conciencia de la sinrazón, en cuyo lugar interviene ahora la insuficiente ponderación de las razones que apoyen la pretensión o la discusión. Sin embargo, no todo grado de culpa implica temeridad, que no es solo imprudencia, sino imprudencia exagerada; sirve también en este punto el principio de *culpa lata dolo aequiparatur*. Por tanto, la temeridad queda excluida de la disputabilidad de las razones y exige, en cambio, que la falta de fundamento de las mismas aparezca en una indagación elemental (Carnelutti, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil, op. cit.*, T. II, p. 345).

Esta vinculación con el dolo nos parece sumamente acertada; pues en la actitud maliciosa existe una clara intención de evitar una consecuencia esperada mediante la utilización de medios rituales o sustanciales que posterguen hasta lo irrazonable la decisión jurisdiccional.

Habría así, *ab initio*, una franca relación entre actitud dilatoria y conducta maliciosa. Pero además, esta supone echar mano a cuanto ardid, artificio o maquinación sea necesario para influir en la decisión judicial; en cuyo caso la presencia de este dolo principal, en los términos de la ley sustantiva, es causa bastante para considerar que existe malicia en el proceso.

También la relación procesal puede verse alterada en su funcionalidad normal, cuando el curso de la litis se transforma a consecuencia de actitudes maliciosas que tienden a la provocación del daño a la otra parte (*v. gr.* quien retiene indebidamente un expediente sabiendo que el mismo es necesario para la efectivización de una subasta judicial que lo tiene como ejecutado). En este sentido es menester distinguir que el daño referido no necesita ser trascendente (importante) como lo requiere el artículo 272 del Código Civil y Comercial.

> Para que pueda acarrear la nulidad del acto, el CCyC exige que el daño causado por la acción dolosa sea importante. Vale decir, la víctima tiene que haber experimentado un perjuicio de cierta magnitud. Este requisito ha sido controvertido por algunos autores, pero el CCyC –al igual que el Código Civil de Vélez, que siguió la postura de Chardón– lo mantiene y guarda relación con el principio de conservación del acto jurídico, al que expresamente y en diferentes disposiciones se hace referencia. De modo que para declarar su ineficacia es preciso que se configuren razones de envergadura tal que justifique apartarse de dicho postulado que tiende a la estabilidad de los negocios y a la seguridad jurídica. En caso de que el dolo no hubiere provocado un daño significativo, la víctima siempre podrá reclamar la reparación de los daños y perjuicios sin necesidad de invalidar el acto jurídico, toda vez que la ilicitud de la conducta siempre se mantiene. El daño que provoca la nulidad puede ser patrimonial o moral. En ambos casos, la importancia del perjuicio debe ser ponderada tomando en consideración la trascendencia o entidad del negocio afectado, con prescindencia del monto económico comprometido.[2631]

2631. Herrera, Marisa; Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, op. cit.*, T. I, p. 448.

Es decir que también la malicia está presente cuando se asiste a pretensiones obstaculizantes, retardatarias, que demoran la marcha del proceso. Estos planteos adquieren distintas expresiones según la forma como se presentan.

Por ejemplo:

1. La defensa sostenida en motivos inocuos o de manifiesta ilegitimidad conforma un abuso de la jurisdicción toda vez que a lo único que tiende es a postergar una decisión consabida.
2. Quien reitera un planteo de recusación con causa contra el juez actuante, insistiendo en que existe la causal invocada y que fuera anteriormente resuelta en forma adversa por la Alzada, demuestra una conducta obstruccionista que persigue un fin meramente dilatorio, tanto más cuanto se la deduce antojadizamente y con deleznables fundamentos, que importan una falta contra la autoridad y dignidad del magistrado; razón por la cual, la recusación debe ser desestimada y calificada de maliciosa.
3. Cuando la memoria de agravios es técnicamente inatendible pues la quejosa, lejos de enjuiciar críticamente los fundamentos dirimentes del decisorio del juez, se limitó en seis renglones a verter una mera afirmación dogmática relativa a la razón que se atribuye, recursivamente insuficiente y por lo que corresponde desestimar la apelación concedida.
4. O bien, cuando existe abandono del proceso evidenciado en la desidia para efectuar las pruebas ofrecidas, indicio de íntima admisión sobre la insostenibilidad fáctica de la construcción argumental fundamento de la demanda, y a la desatención de la incomparecencia a la citación personal del juzgador, ocasiones en las cuales los resortes morales de delicadeza y de pudor hubieran impuesto admitir soluciones simplificadas y expeditivas del conflicto carente de andamiento, vía procesal económica que de esa manera fue obstruida.
5. Si el demandado reconoce la existencia tanto del vínculo jurídico que lo unía al actor como de la deuda, pretendiendo luego, sin ningún apoyo probatorio que esta fue saldada.

En este aspecto, la malicia estriba en la utilización arbitraria de los actos procesales en su conjunto y en el empleo de facultades que la ley otorga a las partes en contraposición con los fines del

proceso, obstruyendo su curso y en violación de los deberes de lealtad, probidad y mala fe.

La actitud del demandado consistente en la negativa de la deuda a su cargo cuando ella estaba perfectamente asentada en su propia contabilidad y medió liberación de una orden de pago, constituye un abuso de la jurisdicción que lo hace pasible de ser sancionado en los términos del artículo 45 del Código Procesal.

551. La mentira en el proceso

Mentir en el proceso es un grado de la malicia. Se encuentra en aquellos casos en que los hechos alegados no son de difícil comprobación y la naturaleza del proceso autoriza a presumir que había interés en invocarlos falsamente como medio dilatorio u obstruccionista (*v. gr.* quien desconoce su propia firma; o quien niega un crédito que le pertenece o el carácter de locatario en un contrato que lo cuenta en esa condición).

Lo importante es advertir el propósito de engañar de modo tal que requiere, a su vez, cierta actividad procesal destinada a provocar dicho engaño. La deformación de la realidad puede dirigirse tanto a la contraparte como al órgano jurisdiccional.

Por ejemplo: en las peticiones del beneficio de litigar sin gastos, ocultando una determinada situación económica. Inclusive puede ser bilateral, como en los procesos simulados pero esto es motivo de atención particular y de matices que lo diferencian de la mentira *stricto sensu*.

Es evidente la dificultad para encontrar el límite de la actuación procesal y comprobar cuándo la astucia del adversario se convierte en un acto de mentira, destinado a confundir a la parte y a provocar el error en el órgano decisor. En este sentido, también es claro el problema de establecer pautas generales cuando el sentir de una sociedad varía con la conciencia colectiva asentada en un tiempo y en un lugar.

Silveira, sin embargo, pudo iniciar una hipótesis de distinción:

> La veracidad puede ser concebida en el propio originario terreno moral, con mayor o menor rigor. De la misma forma, en el campo del derecho. Existe, en verdad, el problema de cuando la astucia se vuelve ilícito procesal, análogamente a la cuestión *dolus bonus* y de *dolus malus*, o la cuestión de la simulación fraudulenta y de simulación inocente. Los fines de la mentira (injuriante, dilatorio, decisorio), así como de las consecuen-

> cias (ganar una causa, si fuese verdad la afirmación falsa, o incluso ganar parte de la causa) pueden servir para caracterizar la ilicitud, que no se confunde con la inmoralidad propiamente dicha.[2632]

En el terreno procesal, ciertas mentiras, y no todas las mentiras, son ilícitas. No se trata, por supuesto, de consentir cierto tipo de mentiras, pues tolerar su configuración implica negar la esencia misma del derecho, promoviendo inmoralidad a través del falseamiento de la verdad.

A lo que se tiende es a demorar que la presencia de afirmaciones falsas (o temerarias) puede tener una distinta entidad, según se pretenda injuriar a su contraparte o a la magistratura; obstruir el desarrollo del proceso con maquinaciones evidentemente dilatorias o perjudicar a su oponente provocándole un daño cierto y dirigido.

En suma, la malicia requiere dolo, en tanto la temeridad se conforma con culpa grave. De ahí que ambas conductas, la dolosa y la gravemente culposa, están sancionadas con multa.

552. Límites de la potestad jurisdiccional

En los casos de inconducta procesal genérica es menester aplicar una visión total del desarrollo del proceso, debiendo primar en el juzgador un criterio restrictivo y, en caso de duda, favorecer la amplitud de la defensa. Igualmente, para delimitar el alcance de los deberes de lealtad, probidad y buena fe que pesan sobre las partes, no ha de exigírseles total certidumbre de que sus articulaciones o pretensiones han de ser acogidas o la observancia de una actitud procesal contraria a sus intereses, pues ello resultaría inconciliable con la garantía de defensa en juicio y la vigencia del principio dispositivo.

De modo tal que para aplicar una sanción por temeridad y/o malicia no es suficiente la calidad de vencido, pues exige además objetivar y calificar cada una de las conductas desenvueltas. Espíritu crítico y prudencia en la valoración son los referentes para determinar la cualificación del comportamiento procesal.

El resguardo del derecho de defensa en juicio pretende erigirse en el norte a seguir en la tarea de interpretación; principio que

2632. Silveira, Alipio, "La buena fe en el proceso civil", *Revista de Derecho Procesal*, N° 2, año V, 1947.

indudablemente responde a la necesidad de llegar a un proceso eficaz, mediante un servicio adecuado de justicia que concilie la celeridad del trámite con el derecho a una decisión justa y razonada.

En suma, la facultad conferida en el artículo 45 del Código Procesal debe ser ejercida prudentemente, para evitar menoscabar el principio del derecho de defensa en juicio, por tratarse de una sanción de carácter excepcional y, por ende, de aplicación restrictiva. Para compatibilizar el orden moral con la garantía de la defensa es menester acudir, antes que al control policial de las conductas, a una prudente pero razonable apreciación de lo dicho y hecho en la actividad desenvuelta.

Seguridad en el proceso y en el derecho y justicia en la decisión verbalizan los dos cometidos esenciales que interesan en este punto. Algunas veces ambos términos no estarán correspondidos, y ese movimiento pendular exige de la apreciación del juez para aplicar al caso una resolución comprometida con el principio moral. Por eso, en la lucha de intereses que supone un proceso no debe primar el avasallamiento de lo reglado, cuando se compruebe con ello una vulneración a la justicia del pleito. Otra vez aquí, el criterio del magistrado decide la suerte de la composición.

Debe obrarse con suma prudencia en la valoración de las conductas para considerarlas temerarias y maliciosas con la consiguiente aplicación de sanciones, de modo de castigar solamente aquellos casos en que se traspasan los límites dentro de los cuales deben actuar los litigantes y profesionales, con el adecuado respeto a los deberes de lealtad, probidad y buena fe.

La aplicación de la multa prevista en el artículo 45 del Código Procesal no coarta ni restringe en modo alguno el derecho de defensa del justiciable, quien tiene ocasión de articular todas las que crea pertinentes. Por el contrario, preserva el mencionado derecho en sus justos límites al sancionar el uso abusivo del mismo.

Como advertimos al inicio, el Código Procesal de la Nación establece en el artículo 45 una sanción para quien litiga en el proceso con temeridad y malicia, que en algunos códigos identifica la calidad de vencido (total o parcialmente) con el sujeto pasivo de la medida; y en otros solo lo relaciona con la conducta desenvuelta.

Por ello ha de observarse que esta regla no puede ser interpretada aisladamente del contexto, pues su télesis y sentido axiológico preten-

de se conjugue con la totalidad de normas destinadas a preservar la regla de moralidad en el proceso. De allí que, no obstante la temeridad y malicia sean declaradas al momento de dictar sentencia, existen otros momentos de perturbación al principio moral que, aun cuando expresen actos temerarios o maliciosos, pueden tener sanciones específicas debidamente encuadradas en el ordenamiento adjetivo.

> La demanda es temeraria si, además de carecer de todo sustento fáctico o jurídico, es arbitraria por basarse en hechos inventados o jurídicamente absurdos, de manera que sea evidente el conocimiento de la sinrazón. En cambio, por malicia se entiende la utilización arbitraria de los actos en su conjunto (inconducta procesal genérica) o aisladamente, si el cuerpo legal los conmina con una sanción especial (inconducta procesal específica). Así, es maliciosa la conducta que emplea facultades otorgadas por la ley en contraposición con los fines del proceso, en violación de los deberes de lealtad, probidad y buena fe, con el objeto de dilatar indebidamente el cumplimiento de las obligaciones reconocidas por la sentencia. En cambio, las inconductas procesales específicas requieren simplemente la observación de un principio moral que, si se encuentra vulnerado, tiene en la norma una tipificación correspondiente que permite su sanción inmediata. La multa prevista tiene una doble finalidad: por un lado, cumple una función preventiva, a modo de apercibimiento por el desvío provocado; por otro, es una sanción legal con función resarcitoria a favor de la contraparte.[2633]

El artículo 551 del Código Procesal constituye una disposición especial para el litigante ímprobo, y determina una multa específica para quien "hubiese litigado sin razón valedera" (temerariamente) u "obstruido el curso normal del proceso con articulaciones manifiestamente improcedentes" (malicia procesal).

La multa contenida en la norma genérica del artículo 45 tiene por finalidad sancionar la inmoralidad procesal expuesta en la conducta temeraria o maliciosa de quien resultare vencido en juicio. Su aplicación, por consiguiente, se subordina al tiempo de dictar la sentencia; salvo que la pretensión de condena por la conducta atípica fuera planteada por la parte, antes de que los autos pasen en estado de dictar sentencia, en cuyo caso corresponderá sustanciar la pretensión como si fuera un incidente.

2633. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *La conducta en el proceso*, La Plata, Librería Editora Platense, 1988, p. 177.

Capítulo LXXI
La condena en costas

553. Nociones generales

Las costas procesales reconocen una larga tradición en el uso forense, en la medida que persigue dar una respuesta efectiva al justiciable que, ante la necesidad de promover una actuación judicial, debe solventar una importante serie de gastos que constituyen los costos del proceso.

La solución ha sido pensada sobre la base de principios generales que no tienen un diseño teórico claro y específico,[2634] generalmente basados en la idea de condenar al que pierde en un proceso al pago de todos los gastos que en el mismo se originaron. Por eso, el tratamiento de la institución se recorta al problema de saber cuánto hay que pagar; quién debe hacerlo y, en su caso, sobre la eventual exención.

Sin embargo, cuando las "costas" se estudian desde los códigos, los problemas aparecen de inmediato, porque suelen quedar establecidas con un criterio rígido y objetivo, que admite numerosas excepciones que difuminan la regla. Ello permite una copiosa jurisprudencia conceptual y algunas sutilezas de acuerdo con el tipo de procedimiento donde las costas deben aplicarse.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y en general todos los ordenamientos provinciales, recogen objetivamente las inquietudes del litigante y orientan un presupuesto genérico basado en obligar al derrotado en el proceso a reintegrar los gastos ocasionados en el trámite procesal. Adviértase que, aun sabiendo que "quien pierde paga", no conocemos el "porqué" de la condena, si bien se indica "para qué" sirve dicha imposición.[2635]

Las costas constituyen todos los gastos que deben afrontarse en el proceso, de modo tal que resulta artificioso e inútil –al decir de Guasp– construir una definición del instituto a partir de señalar diferencias

2634. Guasp, Jaime, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, *op. cit.*, p. 1116.

2635. Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, *La condena en costas*, Madrid, 1930, p. 38.

entre los gastos, –que son los que asumen las partes para tramitar la litis– y las costas, entendidas como obligación de pago del litigante contrario a quien los originó.[2636] También se las conoce como expensas judiciales[2637] y algún resabio se mantiene de la expresión hoy en desuso, *v. gr.* litis expensas, artículo 651, Código Procesal de la Nación.

Aunque no tiene mayor importancia práctica, las viejas leyes de procedimiento dividían los gastos judiciales en costos y costas, atribuyendo a los primeros los gastos fijos que requería la actuación judicial, como son la tasa de justicia; contribución sobre esta; bonos de financiamiento, etc.; y a los segundos, los gastos a determinarse, por ejemplo, los honorarios a regular.[2638]

Ahora bien, esta aproximación al concepto que por su generalidad incluye a todos los gastos que representan una inversión económica que tiene en el proceso su causa, debe ser reconsiderada pues las costas no son la totalidad de los gastos, sino solo aquellos que pueden imputarse a las partes, de manera que si los gastos provienen de un tercero o del Estado, en principio ellos quedan apartados de la tasación.

En este sentido, se indica que

> Como no todos los gastos procesales son verdaderas costas, es preciso aclarar que las costas no constituyen sino una parte de los gastos procesales, una especie de un *genus* más amplio que abarca todos los desembolsos de carácter económico que el proceso pueda producir.[2639]

Hay entonces algunas notas que singularizan la institución. Son costas las inversiones que las partes deben realizar para el desarrollo del proceso. Los gastos no comprenden las inversiones naturales propias del funcionamiento judicial, *v. gr.* retribución de los jueces; del Ministerio Público, etcétera, sin perjuicio de que importen tal carácter algunas obligaciones de aportar honorarios de peritos oficiales, como oportunamente se verá.

Tampoco son costas las sanciones económicas que se apliquen en el proceso, *v. gr.* multa por conducta temeraria o maliciosa, o la imposición de astreintes como medida conminatoria. Además, la condena

2636. Guasp, Jaime, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, op. cit.*, T. I, p. 1167.
2637. Podetti, Ramiro, *Tratado de los actos procesales*, Buenos Aires, Ediar, 1954, p. 111.
2638. Ídem.
2639. Guasp, Jaime, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, op. cit.*, T. I, p. 1167.

en costas exige una decisión judicial expresa; de otro modo, se interpretará que cada parte debe sufragar lo que le sea propio.

Como se aprecia, no distinguimos entre costas y costos (gastos) sino que los vinculamos para darle un sentido absolutamente procesal.[2640]

En definitiva, se entiende como costas a todos los gastos causados u ocasionados por la sustanciación del proceso, y aun los que se hubiesen realizado para evitar el pleito, o para implementarlo ante el fracaso de la negociación.

554. Naturaleza jurídica

Determinada la conveniencia de adoptar un sistema que establezca la obligación de responder por los gastos del proceso, se llegó entonces a plantear cuál era la naturaleza jurídica de esa responsabilidad.

La doctrina francesa, con motivo del debate doctrinario que provocó el artículo 1080 del Código Civil, (que negaba el beneficio de compensación de las costas al hijo que sucumbe en su impugnación a la partición hecha por el ascendiente, lo que importaba la derogación del artículo 131 del Código de Procedimiento que permite en general la compensación);[2641] emprendió el estudio del planteo para confirmar

2640. En los últimos estudios sobre la materia, refieren algunos de ellos que "… la doctrina más moderna recoge la distinción entre los dos conceptos. Las corrientes apuntadas por los distintos autores podrían quedar clasificadas de la siguiente forma: a) Una primera línea –representada por el profesor Prieto Castro– atiende a qué son las costas, al ámbito de su realización y a la finalidad a la que sirven. En cuanto al primero y último de estos criterios, los conceptos de costas y gastos convergen: son desembolsos de dinero encaminados a obtener la satisfacción del derecho; difieren en cambio, en cuanto a lo segundo –por lo que, realmente, este es el elemento diferenciador–: las costas se efectúan dentro del proceso; los gastos fuera de él. Tanto unas como otros pueden hallar la causa de producción en el juicio, pero esto no lo define, sino el ámbito de realización. b) Una segunda línea encabezada por el profesor Guasp, quien define a las costas como "porción de los gastos procesales cuyo pago recae sobre las partes que intervienen en un proceso determinado y reconocen a este proceso como causa inmediata o directa de su producción, sitúa como elementos configuradores del concepto de costas los siguientes: 1) En cuanto que gastos procesales, las costas son inversiones de carácter económico; 2) Las costas son una especie de un *genus* más amplio; 3) El pago de las costas es imputado a las partes; y 4) Las costas se vinculan con el proceso por una relación de causalidad" (Herrero Perezagua, Juan Francisco, *La condena en costas. Procesos declarativos civiles*, Barcelona, Bosch, 1994, p. 30).

2641. Cfr. Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, T. II, p. 530.

el carácter civil de la obligación, pues, siendo el ordenamiento adjetivo una organización puesta al servicio del derecho de fondo, mal podría primar su regulación sobre las normas sustantivas.

Dalloz sostiene la naturaleza jurídica de la condenación en costas en el cuasi-contrato emergente de la *litis contestatio*; al producirse esta con la contestación de la demanda, se contrae entre las partes una obligación recíproca del reintegro de costas.[2642]

Demolombe entendía que la derogación tácita que ocurre de la norma procesal ante la mayor suficiencia de la norma civil se explica al tenerse en cuenta que ambas disposiciones emanan del mismo poder legislativo y, de acuerdo a su organización institucional, una decisión que favorezca la preeminencia de la ley ritual caería fácilmente en una instancia superior por la vía de la casación.[2643]

En general, la imposición de costas fue considerada como un instituto de corte sustancial, cuya naturaleza reposa en la obligación de responder por los daños y perjuicios causados en el patrimonio del litigante, a cuyo fin la condena obra como un resarcimiento fundado en la culpa, en la presunción de culpa y en el artículo 1328 del Código Napoleón.[2644]

Basados en esta peculiaridad, las costas fueron admitidas como una materia propia del derecho civil; así lo consigna De la Colina para quien todo el que ejecuta un hecho que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro está en el deber de repararlo, siendo innecesaria la existencia de dolo o malicia; bastaría que hubiese culpa o negligencia juzgada con el criterio que el mismo Código imparte en el artículo 902, cuando legisla que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la responsabilidad por las consecuencias posibles de los hechos; y aquella culpa o negligencia se presume en el vencido; porque tal es la situación que la ley y la razón asignan al que ha obrado contra derecho, pudiendo desaparecer por

2642. Dalloz, *Repertoire practique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, 2ª ed. 1959, p. 66.

2643. Cfr. Reimundín, Ricardo, *La condena en costas en el proceso civil*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, 1966, p. 55; del mismo autor: "Naturaleza y caracteres de la condena en costas" *JA* 942, sec. doctrina, T. I, p. 17.

2644. Cfr. Casarino, Nicolás, *Procedimientos judiciales*, Buenos Aires, Abeledo, 1926, p. 61.

hechos o circunstancias que surjan del mismo proceso, puesto que la presunción referida es *juris tantum*.[2645]

Sin embargo esta posición doctrinaria no es uniforme pues admite desarrollos alternativos que confunden la idea central del instituto.

Pensando en su carácter sustancial, otros autores opinan que más que un resarcimiento es una pena, a cuyo fin, en apoyo de su pensamiento, remiten a las viejas penas procesales del derecho romano.

Asimismo en la teoría del riesgo se busca otra definición, dado que si el actor al demandar y el demandado al oponerse corren un riesgo que pudieron evitar, justo será que carguen los gastos que su actividad acarrea.[2646]

Examinadas estas posiciones el nudo de la cuestión aparece confuso o fuera de contexto, pues lo que interesa destacar en este punto es si las costas son de naturaleza civil o procesal, apartándose –por ahora– de su fundamento.

Así las cosas, Chiovenda sentó las bases de una teoría diferente; para ello sostiene que la actividad del Estado para obrar la actuación de la ley requiere tiempo y gastos; esta inversión no puede volverse contra quien acude al proceso en busca de razón, mucho menos si la tiene, de manera que la justificación de la condena en costas no debe representar una disminución patrimonial para la parte en favor de la que se realiza; siendo interés del comercio jurídico que los derechos tengan un valor posiblemente puro y constante.[2647]

> Este es el resultado a que lleva el desarrollo del derecho procesal; el que en sus orígenes, no tiene condena en las costas sino para los litigantes de mala fe; posteriormente se pasa por un período intermedio en el cual no viéndose la naturaleza exacta de la institución, se aplican principios propios del derecho civil (culpa) a la condena en las costas; después se llega a la condena absoluta.[2648]

2645. De la Colina, Salvador, *Derecho y legislación procesal*, Buenos Aires, Abeledo, 1915, pp. 407-8; en el mismo sentido Parody, Alberto (h), *Comentarios al código de procedimientos en lo civil y comercial de la Provincia de Santa Fe*, Buenos Aires, J. Lajouane & Cía, 1912, Tomo I, p. 418.

2646. Podetti, Ramiro, *Tratado de los actos procesales, op. cit.*, p. 115.

2647. Chiovenda, Giuseppe, *Principios de derecho procesal civil, op. cit.*, T. II, p. 433; del mismo autor: *La condena en costas, op. cit.*

2648. Chiovenda, Giuseppe, *Principios de derecho procesal civil, op. cit.*, p. 434.

Otra característica proviene de la ausencia de relación entre el condenado y su petición, pues las costas son declaradas oficiosamente y solo atienden al hecho objetivo de la derrota; es decir que se desentienden de la existencia o inexistencia de culpa, mala o buena fe, ejercicio abusivo del derecho, etc.

Tal como lo expone Reimundín:

> … en la opinión de Chiovenda, el derecho romano por obra de Zenón y más claramente, con Justiniano, llegó a la enunciación del principio absoluto e incondicionado de la condena del vencido, que inspira a todos los procedimientos judiciales modernos. Zenón innovó en esta materia; la innovación consiste precisamente en que por primera vez se establece la condena en costas del vencido, pura y simplemente. En el derecho común, el principio de que el vencido fuese condenado en costas, quedó limitado al vencido temerario, creyendo con ello, dice Chiovenda, aplicar el derecho romano, incluso el Justiniano.[2649]

La diferenciación establecida entre el contenido de la condena y la esencia de las costas, delimitó claramente la naturaleza procesal de la imposición; y en la teoría del simple vencimiento se limitó el alcance de la condena a las partes litigantes.

Observa también Chiovenda que

> El principio de la culpa, que no influye para la responsabilidad del vencido, conserva, por el contrario, toda su eficacia en relación con el vencedor. Tener un derecho con facultad de hacerlo valer y de obtener su declaración, no autoriza a llevar impunemente a juicio al deudor o persona obligada a respetarlo, si la actitud del obligado no lo ha hecho necesario. No autoriza, tampoco, para acumular en un verdadero lujo de precauciones los elementos ofensivos o defensivos, ni a prolongar innecesariamente el proceso, o a coartar, también sin necesidad, el derecho de defensa del adversario. En tales, el "vencedor" no obstante serlo, debe sufrir las consecuencias tanto del proceso como de las actuaciones que por su culpa, o sea sin utilidad, se llevaron a cabo, debiendo soportar las propias costas y reintegrar las del contrario.[2650]

2649. Chiovenda, Giuseppe, *La condena en costas, op. cit.*, p. 31.
2650. Ibídem, p. 165.

Carnelutti comparte la teoría, pero con algunos matices que lo distinguen, en cuanto a que considera que las costas constituyen:

> … un grupo de obligaciones de la parte de carácter estrictamente procesal, no tanto porque la obligación nace de la actividad procesal, como porque tiende también a la justa composición de la litis. Si el daño ocasionado por el proceso a la parte que tiene razón no le fuera resarcido por la que no la tiene, la litis no quedaría compuesta justamente.[2651]

La síntesis final puede encontrarse en Podetti, para quien las costas en general y la condena en costas en particular son instituciones procesales, por los actos que las originan y el lugar y tiempo donde se producen y constituyen.

> La petición de protección jurídica del actor (demanda) y del demandado (responde), real o ficta en cuanto a este último y en general cualquier instancia de los litigantes, son los actos que originan la responsabilidad procesal de las costas; la instrucción del proceso es la que ocasiona y produce los gastos que integran las costas, y el órgano jurisdiccional es quien declara la obligación de pagarlas. De tal manera las costas surgen, se producen y reconocen mediante las tres instituciones básicas consideradas por la ciencia procesal contemporánea: acción, proceso y jurisdicción. [2652]

555. Fundamento de las costas

La condena en costas tiene origen en el derecho romano, reconociendo el proceso judicial tres etapas que, en modo diverso, atendieron la posibilidad de su imposición. El principio de la gratuidad de la justicia tiende a prevalecer a lo largo del proceso romano. En esta primera etapa, que cubre el período conocido como de las acciones de la ley, el litigante no tenía cargas económicas que soportar. Inmediatamente, en la época del *procedimiento formulario*, las costas asumieron la forma de multas procesales que se aplicaban al litigante temerario y que, según la gravedad de la conducta, podían duplicar, triplicar y hasta cuadruplicarse con el monto originariamente impuesto.

2651. Carnelutti, Francesco, *Instituciones del nuevo proceso civil italiano* (trad. de Jaime Guasp), Barcelona, Bosch, 1942, p. 211.

2652. Podetti, Ramiro, *Tratado de los actos procesales*, *op. cit.*, p. 115.

En esta etapa:

> ... no existe por parte del magistrado ni del juez derecho a cobrar emolumentos mediante arancel o tarifa a las partes, solo deben pagar los litigantes los honorarios de sus defensores o representantes y aun en los primeros tiempos en que la profesión de abogado era un honor, estaba prohibido cobrar honorarios.[2653]

Los sistemas romanos de asistencia jurídica llevaron a que los abogados no percibieran honorarios, en razón de la dignidad alcanzada con el desempeño de su función, la que, por otra parte, estaba reservada a los patricios sin darle a los plebeyos la posibilidad de auto defensa.

Con el Código Theodosiano se reglamentó minuciosamente la figura del *advocatus*, regulándose luego en el Código y en el Digesto, la obligación de asesorar profesionalmente, sin derecho a cobrar emolumentos.

Recién durante el período extraordinario se recepta la posibilidad de imponer el pago de los gastos del juicio por el simple hecho de resultar vencido en el pleito. La variación significó también el derecho de los abogados a recibir estipendios por su labor, aunque se tarifaron con criterios sumamente objetivos que no tenían en cuenta la calidad del servicio, el monto del juicio o la duración del litigio.

No obstante, Chiovenda sostiene que durante la vigencia del sistema formulario solo el litigante temerario quedaba obligado a pagar gastos en justicia, marcando desde allí el nacimiento de las costas.[2654]

En realidad, la apreciación del distinguido maestro, y que resulta seguida por la mayor parte de la doctrina, tiene solo parte de razón.

Las costas son un instituto de naturaleza procesal que el derecho romano creó con el fundamento de resarcir los gastos que tenían ciertos funcionarios y profesionales en el proceso (*v. gr.* honorarios de los letrados; gastos de traslado; dictámenes periciales; valor del papel –papiro–, etc.).

En cambio, las *poenae temere litigatium* (penas procesales) fueron establecidas como un remedio contra el litigante artero y malicioso; su naturaleza era penal –represiva– generando al mismo tiempo, una

2653. Cuenca, Humberto, *Proceso Civil Romano, op. cit.*, p. 95.

2654. Chiovenda, Giuseppe, *La condena en costas, op. cit.*, p. 244.

función preventiva tendiente a poner freno al espíritu litigioso, y, en especial, a la litis temeraria.[2655]

De modo, entonces, que las costas procesales poco tenían que ver con las sanciones procesales; sin embargo, a partir de Justiniano, el sistema se modifica sustancialmente.

Destaca Scialoja que

> Desde una Constitución de Zenón, del año 487, la condena del vencido comienza por reembolsar al adversario vencedor todas las costas del juicio sostenidas por él. El nuevo sistema de reembolso de las costas tiene sin duda ventajas sobre el sistema anterior del derecho clásico; pues, en este había sobre todo el inconveniente de que quien vencía la litis contra uno que litigara no temerariamente, terminaba por recuperar algo, y concretamente los gastos soportados por él en el juicio; mientras con el sistema justinianeo y el nuestro, en teoría al menos, quien tiene razón ve enteramente garantizados sus derechos y no pierde nada, porque las costas le deben ser reembolsadas por el vencido. Pero el inconveniente del derecho clásico quedaba atemperado en la práctica por el hecho de que las costas judiciales eran entonces reducidísimas; y además, cuando la litis era temeraria, la pena a que debía someterse al vencido terminaba a menudo por compensar, y aun abundantemente las costas judiciales.[2656]

A partir del siglo XII, los glosadores empiezan a construir la teoría sobre las costas en base a la interpretación de los textos romanos.

Se estableció la regla *victus victori*, aunque la condena no depende del vencimiento, pues el objeto de la imposición de costas no es castigar al derrotado, sino hacerlo pasible solamente cuando había incurrido en dolo o abuso procedimental, exonerándolo si litigaba de buena fe.

Reseña Del Carril que, como consecuencia de lo expuesto, se formularon las siguientes máximas:

> ... a) solo está obligado al pago de las costas quien litiga por calumnia o *temeritas*, es decir, *sine iusta causa*; b) queda exento de costas quien tiene a su favor *iusta causa litigandi*; c) la *iusta ignorantia* es justa causa y absuelve del pago de costas.[2657]

2655. Scialoja, Vittorio, *Procedimiento civil romano: ejercicio y defensa de los derechos*, Buenos Aires, Ejea, 1954, p. 274.

2656. Ibídem, p. 273.

2657. Lopez Del Carril, Julio, *La condena en costas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1959, p. 41.

Desde el siglo XIII en adelante, el planteo varía su perspectiva para atender directamente la situación objetiva de quien resulta derrotado en el pleito, de manera que, ante la calidad de vencido, quedaba obligado a resarcir los gastos incurridos en el proceso. No obstante, las "penas procesales" se mantenían presentes en la télesis de la imposición, y las excepciones al principio de la derrota sucedieron permanentemente.

Con las Leyes de Partida, especialmente la Ley N° 8, Tít. 22, Partida 3, se consideró el pago de las costas por el litigante malicioso: aquel que ponía pleito sabiendo de su sinrazón. Inclusive, la Ley de Enjuiciamiento Civil española, correspondió esa doctrina con varias disposiciones de su articulado (*v. gr.* arts. 84, 134, 136, 1027) y la doctrina más caracterizada encomió esas regulaciones.

Decían así que

> ... teniéndose la cosa juzgada por verdad, el que pierde el pleito entablado maliciosamente se considera como habiendo dirigido una agresión injusta contra su adversario. Bajo el aspecto legal, esta agresión jurídica constituye un acto que daña o perjudica al contrario, y como todo hecho del hombre que daña a otro, obliga a aquel por cuya falta aconteció, a repararlo; el principio de la condena se apoya en esta obligación.[2658]

En el derecho patrio, la situación inicial no fue diversa de sus precedentes; así, el Reglamento de Administración de Justicia dictado el 6 de septiembre de 1813, expresaba en el artículo 8: "Los jueces condenarán irremisiblemente al litigante temerario en todas las costas causadas al vencedor en juicio, con los daños y perjuicios que se le hubieren seguido, conforme a derecho".

Sin embargo, los primeros proyectos adjetivos de nuestro ordenamiento nacional no siguieron dichas directivas, pues, a esa altura, la influencia de Chiovenda era manifiesta y consideraron el principio objetivo de la derrota como base de la condena en costas, sin atender la conducta de las partes, que, en todo caso, sería sancionada con multas procesales.

Planteada la evolución histórica del instituto, se observan distintas teorías que explican el fundamento de las costas en el proceso.

Seguimos a Del Carril en su presentación, para distinguir entre teorías *subjetivas*: a) de la pena; b) de la temeridad; c) del resarcimiento; d) de

2658. De Vicente y Caravantes, José, *Tratado histórico crítico filosófico de la Ley de Enjuiciamiento Civil, op. cit.*, T. 2, p. 299.

la culpa; e) sanción de conducta procesal; f) de responsabilidad de derecho político; y *objetivas*: a) del riesgo; b) del vencimiento puro y simple.[2659]

Brevemente apuntadas cada una de ellas[2660] se advierte el desplazamiento de los intereses económicos que se vierten en un proceso.

Inicialmente, la *teoría subjetiva de la pena* constituye la piedra de toque de la responsabilidad por daños procesales, es decir, que el litigante que obra en juicio culpablemente se encuentra obligado a responder por todos los gastos que la contraparte debió sufragar en su defensa. Difiere de la *teoría de la culpa* en que esta centra la responsabilidad en principios de corte civilista, en tanto, la teoría que analizamos se ocupa solamente de la responsabilidad por los gastos habidos en el proceso.

Cuando la actividad urdida reflejaba el ejercicio de una causa injusta, las costas eran impuestas en base a *la temeridad del justiciable*. Aquel se aprovechaba del proceso, actuando a sabiendas de su sinrazón.

Enlazando estas teorías, la del resarcimiento, contempló la condena en costas del vencido que obró imprudentemente. Wach la explicó diciendo que esta teoría funciona siempre que la condena determine la existencia de dolo o culpa lata.

En cambio la teoría de la culpa se preocupa más por aseverar el carácter civil de la condena, amparándose en las disposiciones del artículo 1382 del Código Napoleón (cfr. artículo 1109 Código Civil Argentino) en cuanto responsabiliza la conducta negligente o culposa.

Alcalá Zamora y Castillo, en su posición, consideró que las costas en el proceso constituyen una sanción de la conducta procesal aplicable en consecuencia a ambas partes, sea para aquel que resista, complique, o prolongue el proceso por culpa de temeridad o con el dolo de mala fe; sea para el actor que en tales condiciones demanda; o para el demandado que en los mismos supuestos obligó a aquel a requerir la justicia y no se allanó a la pretensión.[2661]

Couture, en cambio, al desenvolver el funcionamiento de los derechos en el proceso, destacó que todo cuanto se haga para usar un

2659. Lopez Del Carril, Julio, *La condena en costas*, *op. cit.*, p. 51.

2660. No es nuestra intención abundar en reflexiones sobre los matices diferenciales que encuentran cada una de las fundamentaciones teóricas del tema en estudio. Ello se encuentra abastecido suficientemente con la bibliografía que se indica y, especialmente, en Chiovenda, Reimundín y López del Carril.

2661. Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, "Índole y fundamento de las costas", *JA* 1945-II, p. 62.

derecho (constitucional) en defensa de un derecho efectivo, sería moverse dentro de las suposiciones naturales del orden constitucional; de manera que todo cuanto se haga para ejercerlo en perjuicio ajeno, será usarlo en contra de las suposiciones naturales del orden constitucional.

> Visto desde este punto, todo el tema de la responsabilidad procesal adquiere un nuevo sentido. No solo el tema de la condena en costas se presenta como un fenómeno de responsabilidad de derecho político, sino que las teorías de la responsabilidad objetiva y de la responsabilidad por culpa asumen una especial coloración institucional.[2662]

"La fórmula de que el que pierde paga no sería sino la paráfrasis del sentido político-procesal del principio general de la responsabilidad que pone a cargo de cada uno las consecuencias de su propia conducta".[2663]

En las teorías *objetivas*, la del riesgo es elaborada por Rene Japiot[2664] partiendo de una crítica a la teoría de la culpa y considerando que, en realidad, la empresa procesal de un pleito supone la asunción de riesgos basados en el presupuesto de que todo proceso entraña necesariamente gastos, los que tendrá que afrontar quien resulte vencido; prescindiendo, consecuentemente, de factores subjetivos para determinar la imposición.

Pero va a ser Chiovenda quien al desarrollar *la teoría del vencimiento puro y simple* obligará a un replanteo de todas las posiciones, para llegarse a la estimación actual de su doctrina.

La simple deducción del resultado del proceso, conlleva la atribución de soportar los gastos procesales; en suma: la condena en costas se determina por el simple hecho de la derrota, sin consideración a la existencia o inexistencia de culpa, mala o buena fe, ejercicio abusivo del derecho, etc.

556. Diferencias en los modos de legislar sobre costas

Básicamente, los ordenamientos procesales reconocen dos sistemas para legislar en materia de costas. Uno de ellos, llamado *sistema automático*, funda la condena en la derrota procesal, encontrándose algunas modalidades según la instancia o las características del pro-

2662. Couture, Eduardo Juan, *Estudios de derecho procesal civil, op. cit.*, p. 43.

2663. López del Carril, Julio, *La condena en costas, op. cit.*, p. 43.

2664. Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, "Criterio legislativo y realidad sobre costas civiles", *JA* 1945-III, p. 50.

ceso. Se parte del presupuesto objetivo de la derrota, de manera que la sentencia debe contener una decisión expresa en tal sentido.

El inconveniente de este mecanismo radica en la dificultad que encuentra para resolver la imposición cuando los vencimientos son parciales o mutuos, o cuando el proceso se resuelve por conformidad de partes sin pactar lo referente a costas.

Sus bondades estriban en la facilidad de calificación y en el aislamiento preciso que se efectúa en la condena respecto de las penas procesales. Es decir, que aun cuando mecaniza la forma de imposición no limita la posibilidad del magistrado para sancionar la conducta en el proceso.

El otro sistema, denominado de *albedrío judicial*, se explica con otros fundamentos. Se aparta del criterio legislativo que sienta un principio rotundo pero inevitablemente genérico, que impone las costas al que pierde. En el sistema de libertad judicial se prefiere sancionar al litigante de mala fe o temerario, dejando la apreciación casuística de la norma a criterio del juzgador, con la consiguiente facultad de no imponer costas, cuando en conciencia estime que el vencido procedió de buena fe, y con garantía de prudencia en el convencimiento de su actitud. En teoría es el más razonable de los sistemas, y en la práctica suele desvirtuarse y degenerar por rápida pendiente, convirtiendo al albedrío judicial ya holgado en arbitrio caprichoso, y conduciendo generalmente a la lenidad relajada, alentadora de la mala fe en todos sus acechos y osadías procesales.

En nuestro régimen procesal las costas son corolario del vencimiento, se imponen no como sanción sino como resarcimiento de los gastos provocados por el litigio, gastos que deben ser reembolsados por el vencido con prescindencia de la buena o mala fe con que haya actuado por haberse creído con derecho.

Con arreglo al artículo 68 del Código Procesal de la Nación, la parte vencida en el juicio deberá pagar todos los gastos de la contraria, aunque esta no lo hubiera pedido, siempre y cuando el juez no encontrara mérito para eximirla total o parcialmente de esta responsabilidad.

557. Contenido y alcance de las costas

La regla prevista en el artículo 68 del Código Procesal establece que la parte vencida en el juicio debe pagar todos los gastos de la contraria.

El carácter procesal que se le asigna a las costas determina, al mismo tiempo, que sean normas adjetivas las que pongan en vigencia la dinámica del sistema, desplazando consecuentemente las disposiciones del Código Civil y Comercial.

La objetividad puesta de manifiesto, como factor de imputación, lleva a que solo las partes deban soportar la obligación dispuesta, y en la medida como distribuya el magistrado, conforme a las peculiaridades que han contribuido a caracterizar el caso juzgado. Por consiguiente, los abogados, representantes legales, procuradores o funcionarios judiciales no pueden ser alcanzados por la condena, en tanto su participación está supeditada a la decisión rectora de aquellos a quienes asisten profesionalmente.

Ello no obsta a que, en ciertos casos particulares, y en algunas situaciones especiales, deban responder por sí, conjunta o solidariamente, pero no como una regla derivada de la condena, sino de una extensión de las facultades judiciales al aplicar el principio de moralidad en el proceso.

Es, por ejemplo, el caso de la *plus petitio* inexcusable, donde las costas y consiguientemente el pago de los honorarios son a cargo del abogado que incurre en tales conductas y no de las partes, conjunta o solidariamente.[2665]

En consecuencia, las costas solamente ocupan a quienes han sido partes y no corresponde dictar condena a sufragar gastos causídicos contra quien no ha intervenido como parte en el juicio y no se le ha dado oportunidad de hacer valer sus derechos.[2666]

2665. CNFed. Civ. y Com., Sala I, "Masino, Liliana G. y otro c. Edesur S.A."; 15/07/2003; CNCiv, Sala H, "Marengo, Raúl A. c/ A., D. L. y otro", 08/09/2005, La Ley del 22/02/06, comentado por Jorge Mosset Iturraspe. También, La Ley del 06/04/06, comentado por Christian R. Pettis: Debe considerarse que existe por parte del abogado una conducta negligente a título de culpa y obligación de reparar, por promover una demanda por determinación y cobro de honorarios sin haber efectuado un juicio de valor previo acerca de la viabilidad de la pretensión en concordancia con las pruebas con las que contaba y, motivo de ello, es decretada la caducidad de instancia de las actuaciones y se condena a su cliente al pago de las costas del proceso, las que deben ser asumidas por el abogado negligente.

2666. CNCom., sala D, 08/11/1963, *LL* 115-793 (10.292-S). Asimismo se ha dicho que: "En causas que tienden únicamente a juzgar la legalidad de las resoluciones recurridas, o en otros términos, a decidir sobre la aplicabilidad de la ley o de la doctrina, no corresponde la imposición de costas a la Comisión Nacional de Valores, pues no asume la personalidad de parte demandada o apelada". "La distinción entre actuar como parte y hacerlo en forma equiparable a un tribunal de grado surge evidente en el caso de la actuación de la Comisión Nacional de Valores, desde que el art. 14 de la

La regla del vencimiento puro y simple es propia de los sistemas que aplican códigos estructurados sobre la base del principio *victus victori*, pero no es común en el derecho angloamericano donde el funcionamiento del proceso civil, particularmente el estadounidense, se halla fuertemente influido por dos reglas especiales que se refieren a los gastos y a los honorarios de los abogados.

Explican Hazard y Taruffo que estas normas son la *American rule*, que se refiere al reparto de los gastos del proceso entre el vencedor y el perdedor; y las *Contingent fees*, conocido en nuestros lares como "pacto de cuota litis".[2667]

557.1 El vencedor como categoría procesal

Dado que las costas procesales en general, y la condena en costas en particular, suponen generar un crédito en favor de quien triunfa en el proceso, la calidad de "vencedor" se convierte en una categoría procesal que requiere:

a. tener al victorioso como parte en el proceso;
b. que hayan prosperado sus pretensiones o defensas, total o parcialmente; y

---

Ley N° 17811 establece que el recurso contra sus resoluciones debe ser resuelto por la Cámara sin sustanciación" (CSJN, "Bonafide, S.A. s/petición jud. y deducción del recurso extraordinario c. Resolución C.N.V. 8036" 18/10/1988).
Asimismo se argumenta que: "Es admisible el reconocimiento de la calidad de parte del organismo previsional –en el caso, a los efectos de la imposición de costas–, pues la garantía del debido proceso ampara a toda persona a la cual la ley reconoce legitimación para actuar en juicio en defensa de sus derechos, sin que quepa un tratamiento distinto a quien postula el reconocimiento de un derecho" (del voto en disidencia de los doctores Belluscio, Petracchi, Boggiano y Bossert) (CSJN,"Farmacia España S.C.S. c. Dirección Gral. Impositiva", 01/06/2000, *LL* 2000-F-377).
En el mismo sentido se afirma que "es inadmisible incluir a la Dirección Gral. Impositiva en el régimen de costas establecido en el art. 21 de la Ley N° 24463, pues las modificaciones introducidas por la norma están restringidas al ámbito descrito en el art. 14 y no corresponde extenderlas a otros organismos de la administración (ver fallo anterior)".
De todos modos, la Corte por mayoría resolvió que: "Es inadmisible aplicar las costas al organismo previsional en su condición de parte vencida, pues su situación no puede ser equiparada a la que usualmente revisten las partes en las contiendas judiciales, dada la naturaleza, alcance y objetivos de su intervención y, por otro lado, la Ley N° 24463 no introdujo ninguna modificación al respecto" (CSJN, fallo precedentemente citado).

2667. Hazard, Geoffrey (Jr.) y Taruffo, Michele, *La justicia civil en los Estados Unidos* (trad. de Fernando Gascón Inchausti), Navarra (España), Thompson-Aranzadi, 2006, p. 113.

c. que exista una decisión judicial expresa imponiendo a la contraparte la asunción de los gastos causídicos.
d. Una cuarta exigencia, debatida y polémica, consiste en requerir la sustanciación de las pretensiones con el fin de resolver un triunfador en la lucha entre intereses. Esta condición la analizamos más adelante.

Los efectos sustanciales que provoca dicho carácter se relacionan con la posibilidad de exigir, una vez firme y consentida la imposición, el pago inmediato de la acreencia.

El derecho conseguido le permite también perseguirlas compulsivamente, en el mismo proceso o promoviendo otro distinto, con la posibilidad de lograr que se dicten medidas aseguratívas (*v. gr.* embargos, inhibiciones, etc.) sobre los bienes o sobre la persona de quien resulte deudor.

En síntesis, el "vencimiento" depende del resultado obtenido en el proceso, o en un trámite o incidencia de él. Su consideración es objetiva, excluyendo necesariamente la ponderación de todo elemento subjetivo.[2668]

557.2 Vencedor declarado como tal

En principio, la relación que se establece entre los argumentos de la demanda y los resultados logrados, califican la síntesis del éxito.

La calidad del comportamiento[2669] no incide como elemento esencial en el concepto de "vencimiento", ya que este puede existir sin que el vencido haya hecho necesaria la promoción del proceso.[2670]

Se requiere un pronunciamiento jurisdiccional al respecto, que, por su trascendencia, constituye el título ejecutivo que habilita su reclamación compulsiva.

El vencimiento, no obstante, no es una pauta rigurosa, pues el éxito logrado no conduce necesariamente a la obligación de soportar los gastos causídicos. Vale decir, aun el vencedor puede ser "perdidoso" en las costas.

2668. Reimundín, Ricardo, *La condena en costas en el proceso civil, op. cit.*, p. 106.

2669. Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *La conducta en el proceso*, La Plata, Librería Editora Platense S.R.L., 1988.

2670. Reimundín, Ricardo, *La condena en costas en el proceso civil, op. cit.*, p. 106.

En suma: la calidad de vencido es consustancial para determinar quién resulta ganador; por eso, cuando no se indica en la condena quién debe pagar las costas, se interpreta que cada parte paga lo suyo y la mitad de los gastos comunes, pese a que el proceso pueda encontrar un claro ganador.

557.3 Victoria y calidad de parte

Finalmente, ha de tenerse presente que se carece de legitimación procesal para solicitar la imposición de costas cuando no se ha proveído convenientemente la calidad de parte en sentido procesal (cfr. arg. arts. 46, 47, 49 y 90 del CPCCN).

El tema no es superficial porque si no se es parte no puede haber condena. Esto se afirma al sostener que es improcedente la imposición de costas al demandado en una acción de amparo que fue declarada abstracta a pedido del letrado patrocinante del accionante luego de recibir una sola entrega de la medicación reclamada, lo que se obtuvo mediante el progreso de una medida cautelar, toda vez que el accionado no tuvo oportunidad de ser oído en la acción principal para ejercer su derecho de defensa.[2671]

En esta línea, la petición de costas solamente la pueden requerir quienes han sido parte, con la excepción singular del caso de peritos y otros intervinientes (informantes) en el proceso que pueden requerir que se le sufraguen sus gastos.

Se dice así que la sentencia que rechazó el reclamo de los honorarios profesionales que resultasen a cargo de la concursada y en la ejecución de una letra de cambio deducida antes del concurso, fundada en que medió condena en costas y en que la actora carecería de legitimación para demandarlos, resuelve una cuestión de derecho común

2671. CNFed.Civ. y Com., Sala I, 2003/03/04, "Casalongue, Leonor R. c. Instituto Nac. de Serv. Soc. para Jubilados y Pensionados", *DJ* 2003/12/24, 1179. De igual modo, no corresponde imponer las costas del juicio ejecutivo a los sucesores del demandado –en el caso, se declaró procedente el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que los condenó a abonarlas– toda vez que, no obstante el aparente rechazo de la defensa por ellos esgrimida, obtuvieron la paralización de la ejecución fiscal debido al fallecimiento del contribuyente originariamente ejecutado (del dictamen del procurador general de la Nación que la Corte hace suyo) (CSJN, "A.F.I.P.-D.G.I. c. Nicolini, Santiago A.", 12/12/2002, *LL* 2003-B-895; *DJ* 2003-1-1001; *IMP* 2003-11-81).

con fundamento en consideraciones de orden procesal y sustancial (Decreto Ley N° 5965/63 y legislación concursal), lo que es ajeno a la instancia extraordinaria.[2672]

La calidad de parte se aclara por la Corte, a los fines de la condenación a pagar los gastos del proceso, al decir que es admisible el reconocimiento de la calidad de parte del organismo previsional –en el caso, a los efectos de la imposición de costas–, pues la garantía del debido proceso ampara a toda persona a la cual la ley reconoce legitimación para actuar en juicio en defensa de sus derechos, sin que quepa un tratamiento distinto a quien postula el reconocimiento de un derecho.[2673]

Solo de manera excepcional se pueden imponer costas a un tercero. No nos referimos al "tercero" que interviene en el proceso en calidad de parte, porque este, en definitiva, se relaciona con el actor o el demandado, y con características que después se advertirán.

Hablamos del que celebra actuaciones procesales y origina gastos causídicos propios que deben quedar resueltos con las pautas generales.

Por ejemplo, el adquirente en una subasta judicial solo es parte en cuanto hace a su derecho y responde por las costas del incidente donde resulte derrotado.[2674] O la situación de los abogados respecto a sus honorarios; o los jueces condenados en costas en los ordenamientos que lo permiten, etc.

En cada situación, en realidad, hay intereses conflictuados y una decisión que resuelve el curso de las costas. La calidad de parte existe en esa incidencia y la dinámica procesal que opera en los principios que se aplican para las costas procesales tiene plena vigencia.

557.4 Calidad procesal del vencido

Las exigencias procesales que reviste la calidad de "vencedor" son aplicables a la condición de "vencido"; sin embargo, la calidad de derrotado no siempre es de fácil deducción, ni permite sentar principios ge-

2672. CSJN, Fallos: 296:588, "Agfa Gevaert, S. A. c. Mayon, S.A.".

2673. Del voto en disidencia de los doctores Belluscio, Petracchi, Boggiano y Bossert, CSJN, "Farmacia España S.C.S. c. Dirección Gral. Impositiva", 01/06/2000, *LL* 2000-F-377.

2674. También se aclara que corresponde al acreedor hipotecario que resultó adquirente del inmueble el pago de las costas de la ejecución prendaria en la cual se produjo la subasta toda vez que dicha ejecución posibilitó la percepción de su crédito (CNCom., Sala D, "Engel, Sergio R. c. Buczynski, Segismundo y otro", 20/04/2001; *DJ* 2001-3-184).

nerales. La dificultad se establece con la alternativa procesal que tiene el desarrollo litigioso, permitiendo la asunción de diversas posturas defensivas o de ninguna, o compatible con la planteada en la pretensión; de modo tal que, ante la inseguridad, se permite al juez eximir al vencido, total o parcialmente, de las costas procesales, requiriendo para ello la explicación del mérito encontrado para resolver en tal sentido.

Cierta parte de la doctrina considera litigante vencido o perdidoso a aquel contra quien se declara el derecho o se dicta la decisión judicial.[2675] Otros estiman que el carácter de vencido en costas se configura, para el demandado, si la acción prospera aunque lo sea en mínima parte en cuanto al monto, o si la actora triunfa en todas las cuestiones litigiosas.[2676]

Guasp entiende por vencimiento la diferencia de sentido, no de contenido, entre la decisión del órgano jurisdiccional y la pretensión y oposición a la pretensión en cuanto tal diferencia puede ser perjudicial a la parte que ha mantenido esta última; el hecho del vencimiento es fundamental, ordinariamente, para la condena en costas: él es el que demuestra haber sido una de las partes la causa de los gastos procesales realizados por la contraria, lo que constituye, por sí solo o en unión de la temeridad o mala fe, la base de la condena.[2677]

Herrero Perezagua dice que

> … el vencimiento se determina por el resultado del proceso o del incidente. El hecho que pone en marcha la aplicación del principio del vencimiento es la negación, en la resolución jurisdiccional, del reconocimiento de la tutela jurídica o, expresada en términos positivos, la declaración del derecho contraria a una de las partes contenida en la decisión judicial. Ese hecho se presenta como un dato objetivo: por esa razón, se aplica el mismo calificativo al criterio que lo toma como base. No requiere interpretación ni valoración alguna –o, en todo caso, estas quedan reducidas a un mínimo exponente– y, consecuentemente, su aplicación deviene automática, pues no requiere de ulteriores consideraciones.[2678]

2675. Chiovenda, Giuseppe, *La condena en costas*, *op. cit.*, p. 315.

2676. Fenochietto, Carlos Eduardo y Arazi, Roland, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, *op. cit.*, p. 262.

2677. Guasp, Jaime, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, *op. cit.*, p. 1177.

2678. Herrero Perezagua, Juan Francisco, *La condena en costas. Procesos declarativos civiles*, Barcelona, Bosch, 1994, p. 91.

A nuestro criterio, el concepto de "vencido" no puede tener una lectura común, pues las posibilidades que tiene un proceso permite que la parte pueda ser vencedora o vencida según la decisión judicial que se adopte en distintos momentos del proceso.

En razón de ello, las costas son un instituto diferenciado de la sentencia definitiva o de la interlocutoria que decida artículo; gozan de autonomía, al punto que se puede encontrar "vencido" en el fondo de la cuestión material considerada, y ser exonerado de los gastos causídicos en atención a contingencias que ponderan que se llegue a esta decisión.

De manera que la condición de "vencido" es también una calificación procesal; atiende a una situación de momento que puede perdurar, modificarse o variar sustancialmente.

Por ejemplo, *perdura* y se concreta cuando la condena en costas queda firme por no haberse articulado recursos contra ella. Se *modifica* cuando habiéndose impugnado la imposición cambia el criterio de aplicación, y el "nuevo vencido" debe responder por las costas pasadas y las actuales. Por fin, las costas *varían* sustancialmente la calidad de vencido obligado a resarcirlas, cuando quien resulta vencedor en el objeto material del proceso (pretensión) es el mismo condenado al pago, como en los casos de allanamiento, proceso inútilmente promovido, o sanción procesal así dispuesta.

Evidentemente, entonces, el intérprete debe procurar no confundir la suerte obtenida con la pretensión material para seguir de allí el consecuente en la condena en costas.

El principio objetivo de la derrota en la cuestión debatida signa la imposición; pero no la condiciona, pues el magistrado puede reconocer la victoria en lo principal y condenar al ganador en lo accesorio (gastos causídicos).

Por supuesto que, atendiendo una visión general del proceso, para establecer el carácter de vencido no es admisible dividir el litigio con relación a los distintos reclamos, sino que ha de estarse a un enfoque global del resultado de la controversia, derivando así la posibilidad de establecer vencimientos mutuos o parciales.

En síntesis: el "vencido" en costas es una categoría procesal que sigue, como regla, al principio objetivo de la derrota en cuestiones materiales (*rectius*: pretensión material, o procesal en el caso), pero que admite un sinnúmero de situaciones excepcionales que dejan difuso el concepto.

557.5 Necesidad de litigio

De lo expuesto precedentemente se colige que puede hablarse de "vencido" aun cuando en las pretensiones sostenidas haya resultado triunfador. Esta aparente contradicción se explica siguiendo un paso más en el procedimiento.

Para resultar derrotado en un conflicto de intereses es imprescindible que ellos se debatan en el curso de un litigio judicial. Vale decir, que exista controversia o proceso bilateral y contradictorio, aunque no signifiquen lo mismo como veremos de inmediato.

Alsina sostiene que, para encontrar un vencido es necesario que haya mediado una pretensión y una oposición.[2679] Temperamento que sigue Reimundín al referir a una contraposición de intereses existente entre dos esferas individuales, una de las cuales exige algo a la otra.[2680]

Pero, en realidad, la decisión del proceso puede no producirse de una manera tan simple que muestre a una parte como absolutamente vencedora y a la otra como absolutamente vencida.[2681] Existen situaciones intermedias que permiten aligerar la carga del conflicto, y hasta anularlo en una composición extrajudicial, de manera que el litigio, como causa judicial, no debe entenderse como sinónimo de controversia; esta no es indispensable para la condena en costas.

Es probable que el conflicto sea anterior a la controversia, y que el proceso no reúna ambas situaciones. Puede haber conflicto sin controversia (rebeldía); controversia sin conflicto (allanamiento parcial; desistimiento resistido, etc.); o aún conflictos entre las mismas partes (casos del litisconsorcio activo o pasivo); o controversias presuntas (como es la etapa probatoria donde se enfrenta la carga con el control de la prueba); y hasta se pueden encontrar conflictos de interpretación normativa, que en ambas partes provocan incertidumbre. En fin, las posibilidades son muy amplias, pero importante para resolver si las costas son o no un producto de la controversia judicial.

2679. Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. II, p. 542.
2680. Reimundín, Ricardo, *La condena en costas en el proceso civil, op. cit.*, p. 90.
2681. Guasp, Jaime, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, op. cit.*, T. I, p. 1177.

Destaca Reimundín que

> En nuestro derecho positivo se dan algunas hipótesis en que no solo existen dos partes cuyos intereses se hallan en pugna, siendo manifiesta una verdadera colisión de intereses, a pesar de no mediar discusión entre las mismas.[2682]

Como ocurre en el proceso que tramita en rebeldía, donde el juez está obligado a tramitar una ficción de la ley para tener por cumplido el derecho de réplica y contradicción. En este caso, la condena en costas sigue el principio general, obrando una controversia que en los hechos no ha existido.[2683]

La ausencia de contradicción es mucho más evidente en los supuestos de allanamiento a la demanda, donde el accionado se somete a las pretensiones del actor evitando la situación contenciosa. Es esta una situación prevista especialmente, pero donde se puede apreciar que no es necesaria la controversia efectiva, aunque exista el conflicto.

La dificultad se hace más evidente en las cuestiones de inconstitucionalidad o de mera certeza, donde el conflicto surge por las desinteligencias que tiene la propia norma que se aplica.

En otros casos, también debe resolverse objetivamente la imposición en costas, dado que existe la posibilidad de encontrar variaciones de conducta que pueden modificar la distribución de gastos causídicos.

Igualmente debe considerarse la situación del proceso inútil (o de "baratija" como lo denomina la doctrina española) en la cual pudo prescindirse de la actuación judicial a través de una vía oficiosa de

2682. Reimundín, Ricardo, *La condena en costas en el proceso civil, op. cit.*, pp. 90-91.

2683. Debemos aclarar que hablamos de "actuar una controversia inexistente", pues a pesar de que el art. 60 del Código Procesal establece que "... la sentencia será pronunciada según el mérito de la causa y lo reglado en el art. 356 inciso 1", que dispone, a la vez, el reconocimiento ficto de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos; el proceso en rebeldía obliga a movilizar todo el arsenal probatorio para demostrar las circunstancias y derechos afirmados, ante la renuencia jurisprudencial para operar plenamente las normas citadas (Cfr. Eisner, Isidoro, *Planteos procesales: ensayos y notas sobre el proceso civil, op. cit.*, pp. 222 y 349; Arazi, Roland, "El Proceso en rebeldía (necesidad de su reforma)", *LL* 1982-A-681; González, Atilio, *Silencio y rebeldía en el proceso civil*, Buenos Aires, Astrea, 1979, p. 127).

conciliación, la que, evitada, por impulso o arrebato lleva a movilizar innecesariamente un proceso judicial.[2684]

Por tanto, si la controversia no es suficiente para establecer el curso de las costas, ¿cómo se debe interpretar el criterio de la necesidad de litigio?

La respuesta puede encarrilarse sobre el riel del *principio de contradicción*, según el cual todo proceso debe ser bilateral y dar posibilidades a las partes de alegación, réplica y prueba.

En cada uno de los supuestos antes expuestos, se observa que existen partes con intereses compatibles o enfrentados, pero siempre actuando en la posición que tienen en el proceso, sea como parte actora o como demandada.

Es suficiente para este principio, y abastecer así el derecho de defensa, que se ofrezca a cada uno la posibilidad cierta y efectiva de hacerse oír, sin resultar necesario que tal ejercicio se vuelque en una acción concreta presentada en la audiencia o en el expediente.

Por supuesto, en los llamados "procesos voluntarios", naturalmente no contenciosos, la regla se aplica con iguales parámetros, porque la naturaleza del mismo no impide que se puedan suscitar incidencias en su trámite que expongan intereses contrapuestos, cuya resolución lleva implícita la necesidad de resolver la imposición de costas consecuente.

En definitiva, lo importante para establecer el curso de las costas procesales es la determinación objetiva de la suerte lograda en las pretensiones, sin que tenga incidencia sobre ellas la discusión concreta y efectiva que hubiera tenido entre las partes. Basta con que se haya dado la posibilidad de debatir, sustanciando las peticiones, para que se imponga el criterio objetivo de la derrota.

558. El problema de la ausencia de sustanciación

El fundamento de la imposición de costas es que ninguna persona se vea obligada a incurrir en gastos para su defensa en un pleito promovido sin razón. Esta es la razón principal. Pero ¿qué se debe interpretar por gastos incurridos en la defensa?; será que si no hay gastos ¿no hay costas?

2684. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *La conducta en el proceso*, La Plata, Platense, Cap. XX. Del mismo autor: *Temeridad y malicia en el proceso, op. cit.*, p. 383 y ss.

El problema aparece con el alcance que tienen los gastos causídicos, al estar afirmándose, repetidamente, que las costas son los gastos que las partes se ven obligadas a efectuar como consecuencia directa de la sustanciación de proceso. Su imposición no reviste carácter de sanción sino que procura evitar que las erogaciones que la parte vencedora debió realizar para obtener el reconocimiento de su derecho se traduzcan en una disminución del mismo.

Tal lectura lleva a sostener que la distribución de costas en el orden causado no implica eximir de esta carga a las partes o dejar de regular honorarios, sino que estos últimos y los gastos sean soportados por ambas partes no por igual, sino en la medida en que la sustanciación del proceso se lo haya ido marcando.

La cuestión no tendría demasiada trascendencia si no fuera porque el concepto de "sustanciación" se toma con el significado de "tomar parte" a través de una acción positiva y concreta, respondiendo un traslado. Por eso, cuando *no hay sustanciación*, o *no corresponde dar traslado*, las costas suelen quedar sin resolver porque no han existido gastos ocasionados para ejercer la defensa. Es el criterio que tiene la Corte nacional para disponer el curso de las costas en el recurso de hecho.[2685]

Sustanciar supone dar posibilidades de oír a la otra parte, pero en materia de costas pareciera indicar, también, que si la facultad no se ejerce podría desplazar el principio objetivo de la derrota.

Pero no es así, y el problema está en la jurisprudencia que lo aplica con dicho sentido. Es cierto, la Corte inveteradamente afirma que la denegación del recurso extraordinario que obliga a deducir el recurso directo no genera costas porque este no tiene traslado. De hecho, el recurso fue "sustanciado" con anterioridad y logrado una resolución del Superior Tribunal de la causa al decidir sobre la admisión.

2685. La imposición de costas en los recursos de queja solo procede cuando se ha dispuesto su sustanciación mediante traslado a la contraparte (CSJN "Zapata, José A. y otros", 08/11/1983, *LL* 1984-B-109). En materia de costas, no corresponde su imposición a la contraria –aun cuando se hubiera hecho lugar a la queja y entrando al fondo del asunto se haya dejado sin efecto la sentencia– *si la parte recurrida no intervino en la sustanciación* y trámite del recurso directo. Tal doctrina es aplicable al caso habida cuenta el éxito parcial del reclamo, pues de los cuatro agravios que sustentaron la apelación sólo uno de ello fue declarado procedente, habiéndose desestimado el principal argumento, así como las restantes impugnaciones, en los términos que da cuenta el dictamen que el Tribunal hizo propio (CSJN, Fallos, 304:1327, "Municipalidad de Buenos Aires c. Fantelli, Esteban").

Pero la situación varía si la queja prospera, pues cuando se declara procedente la apelación extraordinaria de los recurrentes, corresponde que las costas de su sustanciación sean soportadas por la demandada,[2686] en función de aplicar el principio objetivo de la derrota. Esta regla no tiene dudas cuando del recurso se corre traslado y obtiene contestación.

Ahora bien, si por "sustanciar" comprendiéramos "desarrollo del proceso" o simplemente "resultado del proceso", observaremos que los requisitos para tener un condenado en costas se cumplen suficientemente. En efecto, encontraremos un "victorioso" que es parte en el proceso; con la decisión resultante prosperan sus pretensiones o defensas, total o parcialmente; y tiene una decisión judicial expresa que debiera resolver sobre las costas, sin seguir el criterio de la "sustanciación" formal.

Desde esta perspectiva que mira al proceso como un todo, sin segmentar las instancias, debe analizar la guía del vencimiento puro y simple o aplicar la regla fundada de la apreciación subjetiva (art. 68, párr. 2 del Cód. Proc.). Por ejemplo, algunos dicen que la falta de contestación del traslado no es fundamento suficiente para imponer las costas de la incidencia en el orden causado.[2687]

Pero también, algunos tienen la idea que la sustanciación del proceso debe ser resuelta por instancias. Afirman así que las costas de la

2686. CSJN, Fallos, 305:1271, "Servente, Raúl H. y otro c. Banco de Italia y Río de la Plata, S.A.".

2687. CNCiv., Sala B, "Consorcio de Copropietarios Callao 1493/97 c. Arias Egaña de Varela, María Teresa E.", 19/11/1990, *LL* 1992-A-493; *J. Agrup.*, caso 7651. El traslado incidental, supone el ejercicio del derecho de defensa en sentido estricto y, por ende, la calidad de vencedor o derrotado a los fines de la imposición de costas (CNCiv., Sala E, 1980/07/25, "Bonini, Oscar A. c. Casullo de Prati, Lila B.", *ED* 89-749). Las costas originadas con motivo de la declaración de caducidad de la instancia deben ser cargadas al actor, con independencia de que aquel se haya presentado o no a contestar el traslado que se le confiriera con relación a la solicitud efectuada por el demandado. Ello así, pues el silencio no es susceptible de colocar al perdidoso en mejor situación que si se hubiera allanado a la caducidad acusada (CNCiv., Sala A, "Merlo, Rumildo F. c. Comisión Municipal de la Vivienda", 24/06/1996, *LL* 1996-D-853 [38.835-S]; *DJ* 1996-2-519; *SJ* 1065). Cuando se admite la negligencia en la producción de la prueba acusada por una de las partes, deben imponerse las costas de la incidencia a la perdidosa (art. 68, cód. proc.), a lo cual no obsta el silencio guardado por esta frente al traslado de la petición, ya que con su accionar la citada parte dio origen al acuse impetrado (CNCiv., Sala E, "Buide de Beltramella, María M. c. Bonfil, Alberto R.", 02/08/1994, *LL* 1995-D-827; *J. Agrup.*, caso 10.499).

alzada deben correr en el orden causado por no haber sido contestado el traslado de la expresión de agravios.[2688]

Para aplicar esta corriente, aparecen dos órdenes de razones que se sustentan en algunas de las características de las costas. Una es la necesidad de "contienda" que se dirime por un tercero sustancialmente imparcial, y que lleva a interpretar que cuando no hay contestación no hay controversia. El otro se deriva de los gastos originados para realizar la defensa los que, de no aplicarse, llevan a no tener que distribuir costa alguna.

Con esta lectura se posterga o anula el principio objetivo de la derrota, porque se obstruye su aplicación considerando que la inexistencia de contradicción efectiva no genera costas consecuentes.

Secuela de ello es que la institución "costas" presupone la existencia de una contienda que es dirimida por un tercero sustancialmente imparcial que, además de resolver la cuestión de fondo sometida a su juzgamiento, opone al vencido la obligación de soportar los gastos que debió afrontar el vencedor como consecuencia directa del proceso al que hubo de recurrir para hacer valer sus derechos, con fundamento en el hecho objetivo de la derrota.

El concepto enunciado es válido, como principio, ya sea que el proceso se ventile en sede judicial o se desenvuelva en la esfera administrativa, o en la privada cuando se conviene la dilucidación de las divergencias mediante árbitros.

Por tanto, es conteste con este pensamiento la jurisprudencia que afirma que, en materia de costas, el ordenamiento procesal vigente funda su imposición, en principio, en el hecho objetivo de la derrota, con prescindencia de la buena o mala fe con que la parte vencida pudo haber actuado durante la sustanciación del proceso. Por ello, las costas solo constituyen la restitución de los gastos de quien ha debido estar en juicio para entablar una demanda justa o defenderse de una injusta recurriendo al órgano jurisdiccional para su protección.

Después de sintetizar lo expuesto, nos parece que el tema debiera orientarse en esta dirección: el Código es claro y contundente al aplicar el principio objetivo de la derrota. Al ser un criterio objetivo, sola-

2688. CNCiv., Sala E,"Donozo, Raúl H. y otras c. Hugues de Ortiz Basualdo, Leonor M.", 05/08/1981, *LL* 1982-A-514; *JA* 982-I-414.

mente debe encontrarse al "vencedor", que es una categoría derivada del pronunciamiento judicial.

La sustanciación exigida para imponer costas en las actuaciones correspondientes no es una exigencia procesal; en todo caso, la garantía que se debe proteger es el derecho a la contradicción, la cual si no se ejercita concretamente, no supone privar al renuente al derecho a ser compensado por el tiempo que insumirá el trámite para resolver.

559. El pronunciamiento final sobre costas procesales

La condena en costas requiere de una sentencia judicial que las imponga o las exonere. Debe existir una decisión expresa y positiva que determine quién debe pagar los gastos causídicos.

Quizás fuera más preciso hablar de distribución e imputación de las costas procesales, dado que el juez no siempre condena, *lato sensu*; sino que determina un criterio objetivo por el cual, a fin de realizar la mencionada distribución, debe valorar no solo el importe económico debatido en el pleito, sino todas las particularidades de la causa.

Por eso es que, no obstante la plena vigencia del criterio objetivo para la imposición de las costas, en cuya virtud corresponde que ellas sean soportadas por quien sucumbe en sus pretensiones, no es posible desconocer que el hecho de la derrota no es siempre expresivo o indicatorio de dicha pauta objetiva instituida por el legislador, habida cuenta que ocasionalmente el resultado no traduce la procedencia o improcedencia de un temperamento propuesto oportunamente.[2689]

De manera que es la actuación con derecho lo que da la verdadera dimensión de la objetividad en materia de costas y, por consiguiente, no necesariamente quien resulta vencido es quien ha de soportarlas, sino que han de recaer sobre el litigante que haya dado motivo a la articulación, o distribuirse en atención a las peculiaridades que han contribuido a caracterizar el expediente.

La condena expresa puede, no obstante, ser difusa: por ejemplo, cuando solo dice "costas al perdidoso" o "...al vencido" y, en lo principal de la parte resolutiva de la sentencia establece obligaciones o porcentajes diferentes entre los que resultan derrotados.

2689. CNCiv., Sala D, 1984/12/18; CNCiv., Sala D, 1985/05/07; *ED* 124-219.

Una sentencia que establezca solidaridad en lo principal alcanza a lo accesorio, salvo expresa disposición en contrario. Lo mismo si existen distribuciones de responsabilidad que conllevan a una condena conjunta antes que solidaria o mancomunada.

559.1 Omisión de pronunciamiento sobre costas

Cuando la sentencia omite pronunciarse sobre qué parte debe pagarlas, existe un defecto en el acto procesal que suele traer numerosos inconvenientes.

La postura tradicional de la jurisprudencia fue argumentar que el silencio sobre las costas presupone que ellas se resuelven en el orden causado.[2690] Sin embargo, esta presunción ocasiona, al menos, una nulidad formal de la sentencia al no dar cumplimiento con el deber impuesto en los artículos 68, 161 inciso 3; 163 inciso 8 y demás concordancias del Código federal.

En supuestos como el que se menciona se pueden adoptar dos actitudes: la primera sería promover aclaratoria de la sentencia a fines de que el juez se pronuncie concretamente al respecto. Por otro lado,

2690. Habiendo omitido el tribunal expedirse sobre las costas del recurso, tal circunstancia determina, en el caso, la procedencia del recurso de aclaratoria con el fin de obtener que se supla la referida omisión y, en razón de haber mediado sustanciación de la queja con la parte recurrida, no habiendo motivo valedero para apartarse del principio general de la materia establecido por el art. 68 del Cód. Procesal corresponde imponer las costas a la demandada (CSJN, "Ataliva, S.A. c. Municipalidad de la Capital", 17/06/1980, Fallos: 302:558). La omisión de pronunciamiento sobre las costas implica que estas deben imponerse por su orden (CSJN, "Compañía Introductora de Buenos Aires, S.A. c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales y otro - San Luis", 12/03/1981, *LL* 1981-C-658, [35.936-S]). La omisión de la Corte en cuanto al pronunciamiento sobre las costas implica que deben soportarse por su orden (disidencia de los doctores Boggiano y Vázquez (CSJN, Fallos: 324:2826, "Dresdner Forfaitierungs Aktiengesellschaft c. Provincia de San Luis"). La decisión que resuelve el incidente planteado en la causa sin pronunciarse sobre la imposición de las costas devengadas en el mismo no puede considerarse como una negativa implícita de imponer las costas al vencido. Ello así, pues si la exención de costas que no está expresamente fundada es sancionada con la nulidad (art. 68, párr. 2, Cód. Procesal), *a fortiori*, no pueden atribuírsele los efectos de una denegación a una omisión que, por hipótesis, carece de fundamentos (CSJN, "Provincia de Salta c. Estado nacional", 30/04/1996, *LL* 1997-B-637; *DJ* 1997-2-168; con nota de Gozaíni, Osvaldo Alfredo). El silencio de la sentencia de Corte Suprema de Justicia de la Nación con relación a las costas devengadas en la instancia extraordinaria debe entenderse en el sentido de que su pago se impone en el orden causado (CSJN, Fallos: 326:3177, "González, Alejandro D. y otros c. Ministerio de Cultura y Educación").

la falta de condenación supone que las costas procesales han sido distribuidas en el orden causado, es decir que cada parte afrontará sus propios gastos y asumirá por mitades los que son comunes.

Si la aclaratoria no se plantea, solamente queda el recurso de apelación considerando como agravio la omisión de pronunciamiento.

Algunos llevan más lejos la consecuencia, argumentando que no es solamente un *error de juzgamiento* sino, además, un *error in procedendo* que admite la descalificación del fallo por nulidad. En la provincia de Buenos Aires, la Suprema Corte dice: "La omisión de pronunciamiento sobre las costas no importa infracción al artículo 156 de la Constitución de la Provincia, toda vez que aquella cuestión no reviste carácter de esencial en los términos de dicha norma".[2691]

Entiéndase que hablamos de falta de pronunciamiento expreso sobre el régimen de costas, pues las expresiones "sin costas" o "por su orden", significan distribuirlas en proporción a los gastos que cada parte ha realizado y que debe abonarse de su patrimonio. Cuando la sentencia expresa esta distribución, pese a su brevedad, es clara y no admite la aclaratoria. Sí tolera, obviamente, el recurso de apelación.

Salvadas estas cuestiones, debe analizarse si la omisión de pronunciamiento respecto a las costas puede conducir a una decisión presumida. Nuestra opinión es contraria, pues la inadvertencia no se puede corregir variando las demás disposiciones del capítulo de costas procesales, que expresamente le exigen al juez una resolución expresa, inclusive, "aunque las partes no lo pidan".

La Corte nacional con una composición diferente, anticipó que

> Resulta contrario a la lógica interpretar que el silencio de la sentencia con relación a las costas implique imponer su pago en el orden causado, pues entonces el mero silencio podría constituir una vía indirecta para evitar la nulidad derivada de disponer la exención de costas al vencido sin causa explícita.[2692]

2691. SC Buenos Aires,"André, Manuel J. c. Peralta, Blanca, B. y otro", 03/05/1977, *AyS* 977-I-998.

2692. Del voto en disidencia de los doctores Belluscio, Moliné O'Connor y Maqueda (CSJN, Fallos, 326:3177, "González, Alejandro D. y otros c. Ministerio de Cultura y Educación"). Ya lo había expresado de manera indirecta, con anterioridad, al sostener que de conformidad con lo dispuesto por el art. 68 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación, las costas del proceso deben ser impuestas al vencido, en virtud del principio objetivo de la derrota, sin que se advierta razón suficiente para apartarse de aquel en

Pero actualmente, el criterio que se vislumbró quedó plasmado en la sentencia del Alto Tribunal de fecha 20 de diciembre de 2005. El cambio de tornas se orienta en esta dirección, aunque no podamos considerar todavía que sea jurisprudencia consolidada.[2693]

559.2 Contradicciones entre el decisorio principal y las costas asignadas

Cuando a pesar de existir condena, la distribución no es equitativa o razonable, a cuyo fin habrá de advertirse la correlación entre imputación y principio objetivo de la derrota, las posibilidades varían en este sentido:

Puede ocurrir que el juez imponga las costas a una de las partes sin dar mayores fundamentos que la remisión a la forma como se decide el litigio. Si ello coincide con el mentado principio objetivo de la derrota, evidentemente la escasa o ausente fundamentación no anula el decisorio. Pero la relación entre parte principal de la sentencia y las accesorias que están sin expresa resolución deben quedar vinculadas sin dar a las partes posibilidades de incertidumbre o desinteligencia.

En cambio, si la resolución escapa a dicho principio general y se vierte sin dar razón alguna, el pronunciamiento es arbitrario, lo que equivale a decir que no puede quedar consentido el error. Precisamente porque la

caso de silencio de la Corte al respecto (CSJN, "Zuleta, Hugo R. c. Provincia de Buenos Aires", 19/10/2000, *LL online*). La decisión que resuelve el incidente planteado en la causa sin pronunciarse sobre la imposición de las costas devengadas en el mismo no puede considerarse como una negativa implícita de imponer las costas al vencido. Ello así, pues si la exención de costas que no está expresamente fundada es sancionada con la nulidad (art. 68, párr. 2, CPCCN), *a fortiori*, no pueden atribuírsele los efectos de una denegación a una omisión que, por hipótesis, carece de fundamentos (CSJN, "Provincia de Salta c. Estado nacional", 30/04/1996, *LL* 1997-B-637; *DJ* 1997-2-168. Con nota de Gozaíni, Osvaldo Alfredo; también con nota de Juan J. Azpilicueta, *ED* 170-1001).

2693. CSJN Fallos: 328:4504, "Las Varillas Gas SA c/ Estado Nacional - Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos - Secretaría de Energía - Resoluciones 124 y 148/01 s/ Amparo ley 16.986": Conforme al art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el principio general es la imposición de costas al vencido, y sólo puede eximirse de esa responsabilidad –si hay mérito para ello– mediante el pronunciamiento expreso acerca de dicho mérito, bajo pena de nulidad. Si es nula la exención de costas sin fundamento, resulta contrario a la lógica interpretar que el silencio de la sentencia sobre ese punto implique su pago en el orden causado, pues entonces el mero silencio podría constituir una vía indirecta para evitar la nulidad derivada de disponer la exención sin causa explícita.

exención de costas es de carácter excepcional y de interpretación restrictiva; para así disponerlo se requieren motivos muy fundamentados que avalen la preeminencia de la excepción por sobre el principio.

En suma, la sentencia de mérito debe necesariamente pronunciarse sobre las costas del juicio, las que constituyen un accesorio de aquella, e integran el contenido del decisorio. Por lo tanto, el juez tiene que decidir sobre ellas aunque las partes no lo hayan pedido.[2694]

No es necesario, en principio, una motivación, ya que como las costas tienen un régimen especial, el juez solo deberá fundar el pronunciamiento cuando se aparte de la regla general que es la imposición de costas al vencido.

Finalmente cabe aclarar que, al ser las costas del juicio un accesorio de la sentencia, no existe necesidad de solicitar expresamente la condena; basta con aplicar el principio objetivo de la derrota y esperar que el magistrado obre en consecuencia.

Por ende, la circunstancia de no haberse pedido al impetrar la demanda, o requerida su imposición en oportunidad de contestarla, no obsta a que las mismas se apliquen a quien en definitiva resultó vencido en el juicio; de allí que la parte derrotada en el proceso debe pagar todos los gastos de la contraria, aun cuando esta no lo hubiese solicitado.

Va de suyo que no puede ser condenado en costas quien no fue oído y ni siquiera citado en juicio, no habiéndose respetado la bilateralidad del contradictorio ni el debido proceso; lo que supone que la imposición solo puede recaer sobre las partes del proceso.

2694. CNCiv., Sala D, 04/04/1979, *JA* 980-III, p. 229; ver Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado con jurisprudencia y concordado,* Buenos Aires, Fedye, 1988, art. 68 y ss.

Capítulo LXXII
La cosa juzgada

560. Introducción

La cosa juzgada es un calificativo jurídico que tiene pocas dificultades para representar en una primera lectura de qué se trata. Todos entienden que persigue concretar el carácter definitivo de una sentencia. De modo tal que la cuestión se dirige hacia los motivos que tornan posible la irrevisión del fallo, encontrándose tres nociones bien definidas que colaboran para ello.

La primera refiere a la *preclusión*, que se dirige a mostrar cómo operan las clausuras de las etapas procesales una vez superados los tiempos que las partes tienen para impugnar. Según Chiovenda:

> … la preclusión consiste en que después de la realización de determinados actos o del transcurso de ciertos términos queda precluso a la parte el derecho de realizar otros actos procesales determinados, o en general, actos procesales.[2695]

El segundo criterio reposa en la *cosa juzgada formal*, que significa la imposible deducción de recursos contra una sentencia dictada en el proceso. Una "suma preclusión", que sin embargo no entorpece la facultad de replantear la cuestión en otro juicio (*v. gr.* ordinario posterior al juicio ejecutivo).

El último concepto escala en la *cosa juzgada material*, que elimina toda impugnación posible, dentro o fuera del proceso donde se dicta.

Comprobados estos extremos prácticos se constatan los frentes diversos que la cosa juzgada (*res judicata*) enfrenta para asumir una posición vital, única y trascendente para el derecho procesal. Los interrogantes que requieren esclarecimiento serían: ¿La cosa juzgada, es un efecto de las sentencias, o se trata de una institución particular que tiene consecuencias constitutivas propias? El valor intrínseco de

2695. Chiovenda, José, *Principios de derecho procesal civil, op. cit.*, T. II, p. 380.

la definitividad, ¿es puramente práctico, o significa la representación más clara del poder de la jurisdicción? A su vez, si la *res judicata* tuviera efectos procesales o sustanciales ¿qué papel se asigna a la verdad obtenida al resolver la situación de conflicto? Si afirmamos el contenido de eternidad, ¿hasta cuándo se pueden continuar los valores de lo perenne? ¿Es posible pensar en una situación absolutamente definitiva?

Equiparado en su importancia están los problemas sobre la asignación definitiva del fallo a las partes, y su posible extensión a terceros. Tanto como los objetos que quedan inmutables. En un mundo de constante transformación, donde valores y situaciones tornan permanentemente, la cosa juzgada aparece hoy con iguales crisis a la que su historia planteara. Quizás la novedad provenga del derecho transnacional, que disputa el carácter inmodificable de las sentencias.

A estas cuestiones procuraremos encontrar una respuesta, con la debida aclaración que, en este tema, la tarea doctrinaria y jurisprudencial es tan activa y elocuente que pocas cosas más podrían decirse. Suya es una condición esencial de nuestra disciplina porque marca el punto de partida y distinción de cualquier otra rama del derecho.

561. Los tramos históricos y su incidencia en la formación de las teorías

Los orígenes de la cosa juzgada se remontan al derecho romano. Antes de Justiniano ya existía la regla *non bis in eadeam*, que pregonaba la no reiteración de procesos donde el juez hubiese ya condenado o absuelto. Solamente había *res judicata* en las cuestiones sustanciales porque solo estas reconocían o negaban el bien de la vida que era propio a una de las partes.

Esta idea evoluciona ante la evidencia que desarrolla el proceso judicial. Era muy difícil consagrar instituciones de carácter permanente, allí donde la cuestión venía soportada con posiciones ambivalentes sobre las cuales, quizás, nunca fuera alcanzada la verdad absoluta.

Con el nacimiento de los recursos (periodo extraordinario) se dimensiona la defensa de cosa juzgada. Recién aquí cobra contundencia el brocárdico *res iudicata pro veritate habetur*. El carácter de las resoluciones finales pierde la noción religiosa que tenía en el derecho

primitivo; o la dignidad representativa que surgía de la voluntad judicial cuando obrara en nombre del soberano. Se trata de aplicar a la cosa juzgada la noción de una sentencia que cobra definitividad por la lógica racional que de sus conclusiones surge (*res iudicata dicitur quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accepit: quod vel condemnatione vel absolutione contingit:* Llámase cosa juzgada la que pone término a las controversias con el pronunciamiento del juez, lo que tiene lugar o por condena o por absolución).

El estudio pormenorizado de Ymaz indica que los glosadores y posglosadores sostenían que la cosa juzgada podía teorizarse en la última etapa del derecho romano, como una ficción o una presunción ilevantable, fundada en razones de conveniencia general, a saber, la de la certeza del derecho y de la paz social, que vulnerarían las posibles sentencias encontradas y la indefinida prolongación de los pleitos.[2696]

Con Savigny se afirma la observación sobre el razonamiento del juez y el elemento lógico que presenta la sentencia. A su entender, la cosa juzgada estaba a cubierto de futuras impugnaciones porque era una ficción de la verdad que el proceso sostenía y que la decisión judicial concretaba, dando seguridad a las relaciones jurídicas.[2697] Desde una óptica distinta, pero conservando el valor silogístico del pronunciamiento, el Código Napoleón (arts. 1350 a 1352) propició la cosa juzgada como una presunción legal, tomando como pauta la identidad entre personas, objeto y causa.

Garsonnet y Cezar-Bru sostienen que

> Se llama autoridad de la cosa juzgada una presunción absoluta de verdad, en cuya virtud los hechos comprobados y los derechos reconocidos no pueden ser debatidos nuevamente ni ante el Tribunal que ha dictado la sentencia ni ante cualquier otra jurisdicción.[2698]

En Alemania la cuestión se enfocó desde otra perspectiva. La óptica centró el aspecto puramente procesal e intentó describir los efectos

2696. Ymaz, Esteban, *La esencia de la cosa juzgada y otros ensayos*, Buenos Aires, Arayú, 1954, pp. 7-8.

2697. Savigny, Friedrich Karl de, *Traité de droit romain*, París, Firmin Didot, T. VI, 1849, p. 23.

2698. Garsonnet, Eugéne y Cezar-Bru, Charles, *Traité Théorique et pratique de procedure civile et commerciale*, París, Larose, 2ª ed, T. III, 1899, citado por Ymaz, *La esencia de la cosa juzgada y otros ensayos, op. cit.*, p. 9.

de las sentencias constitutivas, por eso, la cosa juzgada se relacionó a una declaración de certeza con fuerza vinculante. Efecto propio de las sentencias pero no de tal entidad como para soportar un cuadro especial para la *res judicata*.

De su parte Goldschmidt propuso una interpretación contraria, tomando en consideración el efecto reflejo de las sentencias equivocadas y su eficacia material para ligar a los demás jueces que quieran entender la cuestión.[2699]

El debate que se dio en la doctrina de este país se derivó, probablemente, de una visión dualista del ordenamiento. Dice Nieva Fenoll que "se trataba de la polémica entre la teoría material y la teoría procesal de la cosa juzgada",[2700] que para Ramos Méndez, lograron superar la antigua orientación de la *presunción de verdad*, que significa para los partidarios de la teoría material recrear en la sentencia la situación jurídica que vincula a las partes; mientras que para los sostenedores de la teoría procesal, son los efectos de la cosa juzgada que solo rigen para el juicio dejando a salvo la relación en él deducida.[2701]

Los italianos, en especial a partir de Chiovenda, asumen con espíritu crítico las posiciones hasta allí implantadas. La situación se observa como una proyección de los derechos sustantivos que exponen una voluntad concreta que la ley actúa a través de los jueces.

El derecho argentino se ocupó de la cosa juzgada en los artículos 850, 1102, 2877, 3332 y 3996 del viejo Código Civil. En la nota de los artículos 1102 y 1103 el codificador Vélez Sarsfield aplica la triple identidad que consagra la regla *non bis in eadem*, pero no establece claramente su alcance ni los contenidos que posee. El actual Código Civil y Comercial de la Nación se refiere varias veces a la cosa juzgada, pero el artículo que más interesa es el 2564 inciso f) que dispone la prescripción de un (1) año para ejercer la acción autónoma de revisión de la cosa juzgada.

Las normas procesales no se ocupan del tema, determinando solamente en qué oportunidades puede alegarse la institución como defensa o excepción. De todos modos, es común señalar que la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada plena, esto es, en cosa juzgada

2699. Goldschmidt, James, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 387.

2700. Nieva Fenoll, Jordi, *La cosa juzgada*, Barcelona, Atelier, 2006, p. 46.

2701. Ramos Méndez, Francisco, *El sistema procesal español*, Barcelona, Bosch, 1999, p. 77.

sustancial, adquiere dos atributos esenciales: el de *coercibilidad* en cuanto tiene la virtud de ser ejecutable coactivamente en caso de eventual resistencia del obligado, y el de *inmutabilidad*, porque en el futuro ningún juez podrá alterar los efectos de ese fallo sin modificar sus términos.

562. Naturaleza de la cosa juzgada

Para determinar la naturaleza jurídica de la cosa juzgada se debe establecer si ella pertenece al campo del derecho civil, o si constituye un fenómeno exclusivo del derecho procesal. La coincidencia que ambas posibilidades presentan está en que la *res judicata* es un vínculo. Para el derecho de fondo, representa una aptitud nueva que proviene de la sentencia dictada. Ella crea, modifica, transforma o extingue –como todos los actos jurídicos–, a partir del fallo, pero se desprende de los procedimientos que le preceden. Para el derecho procesal, la esencia de la cosa juzgada es nada más que un efecto normal de los pronunciamientos, los que, por razones de seguridad y disciplina del orden jurídico, impiden reiterar iguales circunstancias en otro proceso.

El nexo común que encuentra está en esa prolongación de los efectos que generan esa suerte de irrevisibilidad de las situaciones que ya fueron juzgadas.

Ahora bien, ¿cuál es la naturaleza de ese vínculo?, o como diría Allorio, ¿cómo opera la cosa juzgada?[2702] Si modifica la relación preexistente, otorgando la sentencia una novación del vínculo, sería evidente la extinción del derecho litigioso para dar lugar a una creación del fallo fundada en el derecho sustantivo. Si, en cambio, el pronunciamiento fija una regla de seguridad, resguardando a las partes de múltiples renovaciones del problema a partir de la inmutabilidad del decisorio, significaría que, en el caso de darse este supuesto, la regla procesal superaría o prevalecería sobre la sustantiva.

La primera se denomina *teoría sustancialista*, impulsada mayoritariamente por los pandectistas alemanes, especialmente Pangenstecher, Wach, Kholer, entre otros. Estos sostienen que la cosa juzgada es una fuente autónoma de creación de relaciones jurídicas. La declaración de certeza que expide el magistrado en su fallo no tiene efectos declarativos

2702. Allorio, Enrico, *Problemas de Derecho Procesal, op. cit.*, T. II, p. 131.

sino constitutivos, y por ello mismo aceptan y perdonan hasta la sentencia injusta (identifica la cosa juzgada con la justicia misma).

Este intento de ver plasmada la verdad del proceso en la sentencia, difiere la cosa juzgada a los fundamentos del fallo, cuando la relación formada no proviene de allí, sino de la parte resolutiva.

Además existe una objeción fundamental a la construcción efectuada, porque se pone en flagrante contradicción con el contenido de las decisiones finales, las que, si por naturaleza propia constituyen, modifican o extinguen relaciones jurídicas otorgándoles nacimiento a la fecha de promoción de la litis (o antes, *v. gr.* por la mora) no podrían retrotraerse de acuerdo con la tesis materialista.

Asimismo:

> … si la sentencia es justa, se tiene una absurda duplicación de la fuente constitutiva de la relación; en cambio, si es injusta, la contradicción es todavía más grave, porque no es posible que el derecho declarado se considere existente desde el momento del hecho constitutivo o, respectivamente, se considere que no ha existido nunca el derecho desconocido, si se asume, en cambio, que el mismo es creado o, respectivamente, extinguido por el fallo.[2703]

La posición opuesta viene de la evolución que hacen los autores alemanes. En especial Hellwig y Stein quienes fundan la denominada *teoría procesal* de la cosa juzgada. Según el primero la *res judicata* reside en la fuerza vinculante de la declaración de certeza, tanto si esta se presenta sola en la sentencia, como si se acompaña de un efecto constitutivo de la especie indicada (sustancial) pero que nada tiene que ver con la cosa juzgada. La fuerza de esa vinculación derivada podría y debería, por consiguiente, sustituirse por la expresión más precisa de "eficacia de declaración de certeza".[2704]

Por su parte Goldschmidt reafirma la idea de los efectos procesales exclusivos de la sentencia. Ella no transforma relación alguna de derecho privado, pero tiene efectos materiales.

> La fuerza de la cosa juzgada material vincula al juez en cualquier proceso civil futuro […] debe ser tenida en cuenta de oficio, es decir que su obje-

2703. Liebman, Enrico Tullio, *Manual de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 594.

2704. Hellwig, Konrad, *System des deutschen zivilprozessrechts*, reedición de Leipzig, T. I, 1912, p. 772.

> to es la declaración de que lo alegado en el fundamento de la demanda o de la reconvención tiene o no la consecuencia jurídica pretendida en aquella o en esta por el actor o el actor por reconvención, según la individualización jurídica dada a la alegación por el juez.[2705]

Los reparos que pueden hacerse se basan en que la teoría distancia en demasía el derecho sustancial del derecho procesal. Obsérvese que si la cosa juzgada va a someter el arbitrio de los jueces futuros pero sin generar influencia sobre la relación jurídica sentenciada, podría suceder que de intentarse una renovación del planteo jueguen por diversos caminos, por un lado, la inmutabilidad del decisorio con su fuerza jurisdiccional sobre el derecho de fondo, y por otro, el mismo sustrato material que, en la posibilidad de ser errado o arbitrario, seguiría en curso paralelo al proceso donde se ventiló y juzgó, pero sin vincularse con le reedición.

Liebman advierte que esta distinción podría llevar a que derecho procesal y derecho sustancial convivan, pero a tal punto separados y recíprocamente incomunicables, que la cosa juzgada produciría su efecto solo en el ámbito del primero, sin poder tocar la relación de derecho sustancial sobre la cual se juzgó. Resultado, también este, paradójico y no ciertamente satisfactorio, puesto que llega a admitir la posibilidad de dos diversas configuraciones de una misma relación jurídica, la "verdadera" y la declarada por el juez, destinadas –como dos líneas paralelas– a no encontrarse.[2706]

La razón de esta teoría está en reconocer los efectos procesales que provoca toda decisión judicial. Su error, pretender desvincularla de las relaciones jurídicas privadas que fueron su entorno, porque en la praxis resulta muy difícil, cuando no equivocado, provocar esa desarticulación.

Ambas teorías sufrieron profundos y serios embates. Unos provocando la virtual destrucción de la tesis materialista; otras, destacando la insuficiencia de la posición procesalista, que decía una verdad a medias. Con algunas variantes que más adelante comentamos, el punto nuevo que la crítica convoca estriba en derivar la polémica hacia un campo absolutamente técnico.

Tanto Chiovenda, Calamandrei, Redenti, Liebman, Rocco, entre los autores italianos, como Guasp, Gómez de Orbaneja, y más adelante,

2705. Goldschmidt, James, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 388.

2706. Liebman, Enrico Tullio, *Manual de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 594.

Fairén Guillén hasta Ramos Méndez, entre otros prestigiosos autores de España, participan del espíritu de llevar la discusión a un terreno exclusivamente procesal, que resulta la calificación que merece el concepto de "efectos de la sentencia".

Con suma claridad se indica que no interesa advertir si la cosa juzgada es sustancial o procesal, sino que ha de referirse, en cambio, a la eficacia de la sentencia y, por eso, a un problema fundamental, como es el de la posición y de la función del proceso en el ordenamiento jurídico.

> El derecho y el proceso están ligados por una relación de recíproca implicación; el proceso está subordinado al derecho, pero –a la inversa– el derecho está subordinado al proceso porque está institucionalmente destinado a ser y a valer como el juez lo constata y declara [...]. En efecto, el ordenamiento jurídico es unitario e indisociable y –aún admitiendo en su seno distinciones como la que se hace entre derecho sustancial y derecho procesal– no admite, en cambio, valencias contradictorias.[2707]

Agregando después que

> La eficacia de la sentencia es ciertamente procesal, por la decisiva razón de que la sentencia es un acto del proceso, pero la misma incide directamente sobre el derecho, que por definición es aquel –y solo aquel– que el juez declara. Procesal pues, es el medio; sustancial (de ordinario) es el objeto sobre el cual el mismo ejercita su función declarativa: en este momento y en este acto derecho y proceso se encuentran y se funden en unidad, sin residuos ni ulteriores distinciones, superadas estas por el pronunciamiento del juez, que recoge en sí y expresa toda la esencia y toda la fuerza del derecho.[2708]

La fuerza convictiva que expone Liebman, no obstante, reconoce situaciones de enfoque diferente en autores que lo acompañan en su tesis. Así, mientras unos sostienen que la *res judicata* es un efecto natural de las sentencias (antes fue Chiovenda, Redenti y Calamandrei, en ese orden y después, en España acompañó Guasp), otros creen que ese efecto proviene de la voluntad de la ley, con lo cual se evidencian las consecuencias distintas que tiene una sentencia revisable, por cuanto de seguir a cada una de estas tesis, habría reedición porque no existe cosa juzgada, o porque la norma lo autoriza (voluntad del legislador).

2707. Liebman, Enrico Tullio, *Manual de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 595.
2708. Ibídem, p. 596.

Además ese "efecto" propio de la sentencia, en realidad, puede no ser tal, siendo en cambio útil referirse a él como una "cualidad o atributo" particular de la sentencia. De esta manera cosa juzgada y sentencia tendrían la misma naturaleza jurídica. Así lo piensan Couture y Alsina, después seguidos por Devis Echandía, entre otros.

En nuestro país, Palacio cree que "no constituye un atributo esencial o necesario de la sentencia, sino una simple creación del ordenamiento jurídico".[2709] Si bien apartado de sus conclusiones, aparece claro en este autor la influencia ejercida por Guasp, que reconoce en la *res judicata* un extraordinario significativo procesal, no tanto porque transforma la situación jurídica material existente antes de la decisión del proceso, sino porque, al margen de la transformación, hace surgir una especial eficacia procesal que antes no existía. Confirmado este pensamiento, el problema lo traslada a los vínculos que ese efecto produce, ya sea para verificar si van dirigidos al orden jurídico, o a las partes, o consuman o refuerzan los derechos de estos.[2710]

Es evidente que ante la suma doctrinaria, y los periplos que recorre el pensamiento a través de la historia, existe un punto de fusión en todas ellas que no consiguen, aun con la maravilla de sus exposiciones, apartarse de las nociones del derecho romano. Para conocer la *esencia de la cosa juzgada* va a ser imperioso conocer la naturaleza del vínculo que se genera con la sentencia judicial. Si desprendemos a esta de aquella, nos encontraremos que la *res judicata* es creadora independiente, sin importar si esa obra es producto de la voluntad legal, de la voluntad que tutela los intereses privados, o sea nada más que una ficción de la verdad mentada por razones políticas. En cambio, si la mantenemos en el plano del proceso se podría comprobar cómo es la cosa juzgada.

Efectivamente instalada como una consecuencia procesal, la cosa juzgada tiende a otorgar definitividad a los fallos judiciales. Justamente es una finalidad del proceso: dar seguridad y estabilidad a las relaciones jurídicas que obtuvieran un raciocinio deductivo de la jurisdicción. Al mismo tiempo, ese ejercicio activo del poder de juzgar muestra que la definitividad es un atributo de la jurisdicción, y como

2709. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. V, p. 511.
2710. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 596.

tal se comporta al renovar la confianza de los hombres ofreciendo la tutela de su justicia y la seguridad de sus instituciones.

Por tanto, creemos que la cosa juzgada es un atributo que cualifica a la sentencias, pero que resulta baladí justificar sus efectos en otras instituciones o desprendimientos, sin advertir las funciones políticas y sociales que cumple.

563. Fundamento de la cosa juzgada

El fundamento de la *res judicata* puede encontrarse en múltiples cuestiones. Las teorías que dieron fruto a ello lo demuestran, sin que ninguna de ellas pierda valor respecto de otras, porque, en definitiva, todas se ocupan de un aspecto de la temática, pero sin ensamblar sus argumentos, lo que serviría para alentar una elaboración conjunta.

La causa que da vida a la cosa juzgada es, *prima facie*, una razón práctica. El valor buscado en la sentencia es de provecho propio: *la sentencia favorable*. De modo tal que, lograda esa finalidad, debe existir un momento donde se acabe toda posibilidad de discusión. Igual extensión tiene la sentencia desestimatoria, porque en este caso, el beneficio reporta hacia el demandado y es a este a quien le interesa que el debate no sea reabierto.

Es posible que la certeza del fallo no coincida con la verdad de las circunstancias acaecidas, ni con las afirmaciones que las partes hubiesen efectuado, pero nadie podrá discutir que la decisión es una forma de justicia. Aquella que pronuncia la jurisdicción a cargo de un juez que consigue convicción acerca de los dichos que pronuncia fundadamente y resuelve en un sentido determinado.

Bien apunta Carnelutti que a medida que el ordenamiento del derecho y del proceso se afina, el margen entre lo que el fallo es y lo que debe ser se reduce; pero nunca podrá ser cubierto del todo; "los juristas, los primeros entre todos, deben tener conciencia de ello; uno de los peligros más graves es que atribuyan al derecho y al proceso una perfección que no pueden alcanzar".[2711]

2711. Carnelutti, Francesco, *Derecho y Proceso, op. cit.*, p. 292.

De igual modo piensa Couture al decir que "la cosa juzgada es, en resumen, una exigencia política y no propiamente jurídica: no es de razón natural sino de exigencia práctica".[2712]

Esta practicidad no reposa su solidez en una mera hipótesis utilitaria, también acota una presencia viva del Estado en la resolución de los conflictos entre los hombres. Cuando el maestro uruguayo destaca ese contenido político, piensa, justamente, en esos dos rostros de la jurisdicción como poder y deber: como autoridad que expresa la sentencia y transfiere sus efectos hacia la sentencia; y como eficacia del mecanismo para componer con carácter definitivo una cuestión litigiosa.

No debe descartarse la actividad jurisdiccional que se ejerce en la interpretación de las normas, en la ponderación de las pruebas, en el análisis lógico de los hechos, en la valoración y rendimiento de las instituciones cuando existe insuficiencia en el material aportado por las partes (sea de hecho, de derecho, o de cargas probatorias). Todo ello demuestra que al finalizar el sendero y el recorrido de la controversia culmina con un resultado; existe un pronunciamiento de la jurisdicción, concreto y efectivo, que de acuerdo a cómo se interprete, actuará el derecho o habrá compuesto la litis.

Estos planteos son los mismos que la jurisdicción plantea, y retornan de alguna manera a la clásica confrontación entre el Derecho y el proceso, donde el problema de la sentencia injusta cobra un relieve particular. En efecto, supongamos que la finalidad del proceso fuese la actuación del derecho, y el fallo pronunciado fuera arbitrario ¿Qué tipo de derecho actúa la arbitrariedad?, la respuesta inmediata sería que no hubo propiamente una sentencia.

En la antítesis, si el proceso resuelve el conflicto de derecho, ¿cómo se explica la eficacia constitutiva de la injusticia? Otras posiciones teóricas sostienen que el fundamento de la *res judicata* debe hallarse en una concepción intermedia entre ambas posturas. La idea relaciona la actividad cognoscitiva con la ejecutiva, donde la primera corresponde a la declaración de certeza que tiende a la composición de la litis, y la segunda precisa la actuación del derecho.[2713]

2712. Couture, Eduardo Juan, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 407.
2713. Allorio, Enrico, *Problemas de Derecho Procesal, op. cit.*, T. II, p. 144.

Si reunimos estas teorías (expuestas enunciativamente y a riesgo de modificar sus profundizaciones y verdades) para observar el suceso que ocupa la sentencia que deviene inimpugnable definitivamente, podrá afirmarse que ella tiene un valor jurídico único que transforma la aplicación del derecho al reducirlo a un problema particular.

Bülow decía que este reflejo constituía una *lex specialis*, en tanto otros pensaron que se trataba de normas individuales creadas como si provinieran de un organismo de tipo administrativo (Merkl), o como una manifestación de la interpretación de la regla de la supremacía constitucional (Kelsen). Pero, de asignar certeza a estas conclusiones, ¿dónde se ubica el principio material según el cual *lex posteriori derogat priori*?

Esta modificación de las normas no tiene en cuenta los límites que la misma *res judicata* se fija, sea por razón de los sujetos que ocupa o por el objeto que resuelve. La variedad de facetas se multiplican en la imaginación creadora de la doctrina, tanto como por la tarea pretoriana que la jurisprudencia provoca. Nosotros estimamos que la cosa juzgada tiene su fundamento en una verdad inmediata que se ofrece en dos aspectos: uno lógico y otro ontológico.

El primero sostiene el carácter práctico de la cosa juzgada, tanto como un interés del Estado para dar seguridad jurídica a los justiciables, como para solucionar con definitividad los pleitos que la jurisdicción sustancia. Hay un derecho evidente a la cosa juzgada, porque ni partes ni Estado quieren la prolongación indefinida de sus problemas.

El aspecto ontológico opera sobre el deber ser de las sentencias. En este sentido, la *res judicata* es una cualidad especial de los pronunciamientos que se obtiene de principios procesales que operan el valor del tiempo en el proceso (principio de preclusión). Este valor puede atenuarse de acuerdo con la seguridad jurídica que el pronunciamiento tenga de acuerdo con los antecedentes de cognición que le sirvieron al juez de base para orquestar el procedimiento. De este modo, si el conocimiento alcanzado fue pleno y absoluto, la cosa juzgada será material, a diferencia del caso contrario, que por esa limitación puede reeditar el planteo litigioso en otra contienda. En estos términos la situación de la sentencia injusta no se vincula ni con la certeza que cuenta el fallo ni con su valor constitutivo, declarativo o de otro registro que porte la decisión.

En definitiva, el fundamento de la cosa juzgada tiene carácter práctico, es cierto; pero en la vida del derecho la máxima aspiración

es la justicia por eso en la moderna apreciación de estos contingentes esa circunstancia no puede pasarse por alto al concierto de una explicación teórica. La revisión de la cosa juzgada es una probabilidad que refuerza el valor humano del proceso y muestra las debilidades del sistema que gobierna la temática como una exclusiva situación procesal.

564. Extensión de la cosa juzgada

Enunciamos al comenzar que existen tres formas de atender la definitividad de los pronunciamientos judiciales: la preclusión, la cosa juzgada formal, y la cosa juzgada material. Interesa precisar, ahora, el alcance y la extensión que caracteriza cada una de esas posibilidades, porque de ellas depende la inmodificabilidad absoluta o relativa de los temas resueltos, o bien la reedición total de las cuestiones ya sustanciadas.

La preclusión hace a la clausura de los actos procesales; el avance de ellos depende del respeto a los tiempos del proceso, de modo tal que si el recurso no se interpone dentro de los tantos días de notificada la sentencia, precluye la oportunidad, o en otro ejemplo, si la prueba no se ofrece en el plazo pertinente, la oportunidad se pierde o fenece por los motivos comentados.

Pero la preclusión hace a un aspecto genérico de los actos del proceso, de manera que es útil en este capítulo solo para observar sus diferencias con la *res judicata*, pero no para emplazarlo dentro de su figura.

La preclusión cumple sus efectos dentro del proceso, en cambio la cosa juzgada lo hace dentro y fuera de él.[2714] La *res judicata* se divide en formal y material de acuerdo con el tipo de proceso y el material de conocimiento que sea objeto de la pretensión. A su vez, tiene un sentido positivo cuando el que la invoca cuenta a su favor con el resultado, y un efecto negativo, logrado de la firmeza del pronunciamiento que impide al derrotado plantear impugnaciones.

La cosa juzgada formal tiene vida respecto de las decisiones jurisdiccionales, no así en los actos del procedimiento. Por ello, aun cuando sea explícita la frase que la explica como una "suma preclusión", en realidad ella solamente se aplica en las resoluciones judiciales. En las

2714. Fairén Guillén, Víctor, sostiene que la cosa juzgada formal es una faceta de la preclusión (*Doctrina General de derecho procesal, op. cit.*, p. 516).

demás actividades habrá preclusión o decaimiento de los plazos previstos para producir un determinado efecto jurídico.

La condición de formal en la *res judicata* supone que la decisión contrajo efectos definitivos, es decir, que no tolera impugnaciones al respecto. La resolución es inmodificable dentro del proceso sustanciado.

Este supuesto se cumple en procesos donde el conocimiento que el juez adquiere es sumario (procesos plenarios abreviados o abreviadísimos), o directamente se tramitan sin fase de cognición alguna (juicios ejecutivos, monitorios, etc.).

La sentencia deviene inmutable porque no admite abrir otra instancia de revisión, y vinculada con la institución civil de la prescripción de las acciones tiene la posibilidad de volverse con el tiempo en cosa juzgada material.

Además la cosa juzgada formal es un antecedente necesario de la cosa juzgada material, porque no se llegaría a esta sin la preclusión de todos los medios de impugnación.[2715]

Una situación discutible sucede en los supuestos de procesos que, rotulados por algunos ordenamientos como sumarios, tienen en realidad una amplitud de conocimiento o lo permiten por la naturaleza de la verificación efectuada, porque en ellos el presupuesto de la limitación cognoscitiva no es real, al punto que puede afirmarse que, a ese respecto, la cosa juzgada alcanzada es inmodificable en ese y cualquier otro proceso.

El ejemplo típico son los juicios ejecutivos, cuyas excepciones abren una etapa ordinaria de prueba que no cercenan los medios de confirmación ni la amplitud del conocimiento del juez, de manera que la cosa juzgada que alcanzan es material, no pudiendo reiterarse esas pruebas o ese período probatorio en el proceso ordinario posterior.

La cosa juzgada material supone la absoluta definitividad de la sentencia al devenir ella inatacable en el mismo proceso o en cualquier otro que persiga su modificación. La inmutabilidad total es la consecuencia de mayor importancia que tiene, y demuestra que la *res judicata* material se proyecta al exterior de la relación procesal que la sentencia ha resuelto.

2715. Couture, Eduardo Juan, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 418.

Los vínculos que genera *hacia afuera del proceso* este tipo de cosa juzgada, lleva a considerar su naturaleza neta y estrictamente jurídica.[2716] En este sentido Rosenberg refiere a la normatividad del contenido de la sentencia, vale decir, de la afirmación relativa a la existencia o inexistencia de la consecuencia jurídica pretendida por una de las partes y expresada por el fallo, con respecto a todo otro proceso en el cual se cuestione la misma consecuencia jurídica.[2717]

La materialidad propuesta no significa vincular los efectos o cualidades de la sentencia, con la creación de un derecho nuevo de corte sustancial. Tal conclusión obraría fusionando el derecho con la sentencia, cuando en realidad el fallo lo que hace es resolver una situación de conflicto en ejercicio activo de la función jurisdiccional (como poder y como deber).

No obstante, cabe apreciar un aspecto si se quiere lógico en la expectativa de cualquier justiciable: la concurrencia al proceso llega bien definida porque se persigue la solución definitiva a un problema que no pudo tener respuesta en el ámbito de la negociación o de la autocomposición. Es decir, la idea es lograr un fallo inmutable, y en lo posible justo y equitativo.

Por eso la materialidad tiene un perfil sociológico que lleva a responder ese anhelo de los sujetos procesales, pero como son intereses privados, deben adecuar sus prioridades a las que reserva el orden público. Estas condiciones se adecuan a las modalidades de los procedimientos y al contenido intrínseco de la sentencia.

Los procesos donde puede recaer cosa juzgada material son por regla los contenciosos, y siempre que el conocimiento del juez no fuese limitado o superficial, y hubiese activa participación de las partes, con adecuada referencia en las garantías del contradictorio. Tal diseño práctico obliga a tener una consecuencia diferente en los procesos denominados de jurisdicción voluntaria, o en aquellos donde no hay conocimiento (procesos ejecutivos).

Por el contenido del fallo, la cosa juzgada material se alcanza únicamente cuando resuelve el fondo del litigio, o lo que es igual decir: cuando

2716. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 595.

2717. Rosenberg, Leo, *Tratado de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. II, p. 448; Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. V, p. 506.

atiende y se pronuncia sobre las pretensiones. De modo tal que si el proceso fuera rechazado por un defecto formal (requisitos extrínsecos) cabe la posibilidad de replantear si la cosa demandada no estuviese prescripta por las leyes sustantivas.

565. Límites objetivos y subjetivos de la cosa juzgada

Tradicionalmente se dividen los límites de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada en objetivos y subjetivos. El primero tiende a concretar las personas que se encuentran vinculadas por el fallo dictado; el restante, indica sobre qué cosa recae la definitividad y en qué parte de la sentencia se afirma dicha consecuencia.

Antes de informar sobre los aspectos enunciados conviene alertar sobre la denominación misma que la doctrina efectúa al respecto. Anteriormente dijimos –siguiendo a Couture– que la sentencia podía ser atendida como un documento, como un acto jurídico y como un hecho jurídico. En este último aspecto, si el fallo es un hecho que constata cualquiera, porque son apreciables por la sola presencia de su manifestación material o física, es equivocado hablar de un límite, porque los hechos no lo tienen. Estos son historias de sucesos, y como dice Carnelutti

> … el fallo existe frente a todos; no se da ninguna diferencia, bajo este perfil, entre la condena civil y la condena penal de una persona así como entre la condena o, por ejemplo, el matrimonio, la interdicción o la inhabilitación.[2718]

Igual temperamento podría decirse respecto a los llamados límites objetivos, porque estos no son del fallo propiamente dicho, sino de la eficacia que reflejan hacia las cosas o las pretensiones. Serían dimensiones del hecho,[2719] adecuados en sus propios confines de circunstancias históricas que se han comprobado.

2718. Carnelutti, Francesco, *Derecho y Proceso*, *op. cit.*, p. 312.

2719. Liebman sostiene que para precisar el objeto de la eficacia de la sentencia, hay que diferenciar la eficacia interna de la externa, donde una comprende las cuestiones decididas por el juez y excluye que sobre las mismas cuestiones se pueda decidir nuevamente en el mismo proceso; y la otra es la eficacia que la sentencia despliega fuera del proceso en que fue pronunciada (Liebman, Enrico Tullio, *Manual de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 585).

Por otra parte, la cosa juzgada no puede desvincularse de la sentencia, de manera que los límites de una serán los límites de otra, y como tal, deberá observarse el fenómeno de los efectos que ambos, simultáneamente, producen.

Al estar así planteados, el pronunciamiento definitivo e inmutable corresponde a la triple identidad sobre la que reposa un proceso cualquiera: sujetos, objeto y causa –*partes, petitum* y *causa petendi*–; de manera que sería, a nuestro entender, más correcto enfrentar la cuestión como un problema de consecuencias intrínsecas y extrínsecas de la sentencia.

Por una cuestión estrictamente dogmática hemos de conservar las denominaciones tradicionales para desarrollar su explicación.

565.1 Límites subjetivos

El principio aplicado por el derecho romano decía que *res inter alios iudicata tertio non nocet*, limitando, en consecuencia, la cosa juzgada solo a las partes intervinientes en el proceso. Ello supone que el fallo rige sus efectos estrictamente hacia las partes o sujetos de la relación procesal, es decir que la eficacia rige *inter partes*, sin afectar ni interferir con el derecho de terceros.

La condición de parte procesal establece la posición que se ocupa en la relación jurídica trabada con motivo de una controversia. Por tanto, actor, demandado y terceros incorporados a la litis en calidad de "partes", quedan sometidos a la fuerza vinculatoria del fallo. Se trata de un vínculo jurídico y no de identidades físicas, a cuyo fin para su debida distinción habrá de estarse a los principios de "parte", "legitimación" y "representación en juicio".

El mismo carácter extraordinario o excepcional tiene la cosa juzgada en las cuestiones vinculadas con el estado de familia, donde no existen límites subjetivos otorgándose a la sentencia una eficacia *erga omnes*, todavía cuando interesa acotar esta extensión a los supuestos de efectiva participación de todos los interesados en el objeto procesal, con el fin de no desnaturalizar la defensa de los derechos que eventualmente tuviera un tercero y que le hace posible la reedición como un beneficio de la garantía del debido proceso.

La extensión, aparentemente indebida, de la *res judicata* sobre los terceros obligó a la doctrina a multiplicar sus esfuerzos por demostrar la

racionalidad de las excepciones. Chiovenda lo encontró en el denominado perjuicio jurídico que provocaría la sentencia a un tercero extraño al pleito (*v. gr.* reivindicación de un fundo adquirido por otro a través de un proceso; heredero declarado por vía de un proceso de filiación, etc.).[2720]

Carnelutti distinguió entre eficacia directa y eficacia refleja del fallo, siguiendo el estudio iniciado antes por Ihering,[2721] tomando como base las relaciones jurídicas que fuesen conexas o dependientes del objeto pronunciado en el fallo, y que por el resultado alcanzado, repercutieran sus efectos en ellos.

Las opiniones suceden, pero expresado en forma distinta, existe una línea que debe seguirse para obtener una respuesta totalizadora: Todos deben acatar y respetar la eficacia de una sentencia, pero nadie que no haya sido parte puede perjudicarse con ella si no tuvo el legítimo derecho de contradecir en el proceso.

565.2 Límites objetivos

Por límites objetivos se entiende la frontera que tiene el fallo judicial para no trasponer su eficacia hacia otro proceso donde no existe identidad con el *petitum* y la *causa petendi*, esto es, de la extensión de la cosa juzgada hacia situaciones fuera del proceso donde se dicta. También aclara la parte de la sentencia que contiene –limita– la *res judicata* dentro del litigio donde se expresa, es decir, para identificar en el mismo proceso la causa que fue objeto de la pretensión.

a. Identidad del objeto procesal

El objeto es el bien de la vida sobre el que las partes conciertan sus respectivos intereses, sea porque uno lo reclama para sí, o porque otro le resiste por considerarla propio. Se trata de la cosa demandada, a la cual debe dársele un sentido de lectura amplio, esto es, no solo como cosa corporal, sino también incorporal, o una misma situación de hecho.[2722]

2720. Chiovenda, José, *Principios de derecho procesal civil, op. cit.*, T. II, p. 461.

2721. En sus últimos libros, Carnelutti prefirió hablar de eficacia mediata en vez de eficacia refleja (Carnelutti, Francesco, *Derecho y Proceso, op. cit.*, p. 314).

2722. Chiovenda, José, *Instituciones de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. I, p. 325; Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 603; Couture, Eduardo Juan, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 433.

La cosa juzgada que vincula a las partes seguramente se referirá a ese objeto, pero atenderá en sus fundamentos las motivaciones y argumentos que las partes oportunamente alegaron y que revistieron de raciocinio a las pretensiones opuestas.

El objeto así comprendido está bifurcado: por un lado, la cosa (*petitum*), por otro, el derecho invocado y sus fundamentos de hecho (*causa petendi*). En otros términos, objeto y causa se resuelven en conjunto y dan la visión de la *res in iudicio deductae*, que alcanzará en definitiva la *judicata* en la sentencia.[2723]

Las alegaciones de las partes fijan, entonces, el objeto de examen y decisión, sin perjuicio de involucrar aquellas que, pudiendo proponerse, no lo fueron (*tantum judicatum, quantum disputatum vel quantum disputari debebat*), las que obran precluidas como objeto de alegación (consumadas por obra del silencio, y del principio que posibilita su oportuna introducción), y como *res judicata* en los efectos "hacia afuera".

Puede decirse, agrega Devis Echandía, que

> … la cosa juzgada, en cuanto al objeto se refiere, se extiende a aquellos puntos que sin haber sido materia expresa de la decisión de la sentencia, por ser consecuencia necesaria o depender indispensablemente de tal decisión, resultan resueltos tácitamente; por ejemplo, si la sentencia condena a la restitución del bien y nada dice sobre el pago de frutos, debe entenderse que el demandado quedó absuelto de ellos.[2724]

De igual modo, la sentencia ocupa todas las cuestiones propuestas que no hubiesen sido resueltas, sin que incida en ello la ausencia de recurso de aclaratoria, o la omisión de tratamiento por el juez *ad quem* que tenga la posibilidad jurídica de suplir. Ahora que, si el pronunciamiento difiere el tratamiento para otra oportunidad, la situación cambia y no hay al respecto cosa juzgada alguna.

Respecto a la *causa petendi*, identifica el fundamento de la pretensión, de manera que su valor obra para distinguir el alcance de la cosa juzgada lograda en el proceso donde se realiza, respecto de otro donde se intenta reiterar la motivación.

La cosa juzgada adquiere en estos casos el carácter de excepción, y sirve para desplazar totalmente la vía reconductiva. Claro está que

2723. Eisner, Isidoro, *Planteos procesales: ensayos y notas sobre el proceso civil, op. cit.*, p. 523.
2724. Devis Echandía, Hernando, *Teoría General del Proceso, op. cit.*, T. II, p. 569.

no actúa individualmente, sino en el concierto de la triple identidad que exige la excepción de res judicata, a saber: sujetos (*eadem personae*), objeto (*eadem res*) y causa (*eadem causa petendi*).[2725]

Se trata de un proceso de confrontación entre pretensiones (no entre derechos alegados), de las cuales puede obtenerse la simetría que impida la renovación. Una mínima diferencia en la razón jurídica puede variar la operatividad de esa defensa, porque si la causa de pedir no está asentada y en un motivo, sino en otro distinto y que no fue posible alegar en la oportunidad primera, o es sobreviniente, el nuevo litigio puede llevarse adelante.

b. Parte de la sentencia que hace cosa juzgada

Ymaz denomina a esta problemática como límites procesales, porque representa una cuestión interna de la disciplina. Ella consiste en resolver qué parte de la sentencia adquiere la fuerza de cosa juzgada, si todo el pronunciamiento, considerado como unidad jurídica, o solo la parte dispositiva, que refleja la autoridad dispuesta específicamente y la orden a cumplir.

Se han formulado al respecto dos posiciones tradicionales. Una encolumnada tras Savigny, quien propone la cuestión en estos términos:

> La parte dispositiva tomada separadamente de los fundamentos del fallo, no dice nada. Si el demandado por cumplimiento de una obligación opone varias excepciones y el juez acepta algunas y lo absuelve, la parte

2725. Guasp entiende que esta tesis es incorrecta porque no sólo los sujetos, el objeto y la causa individualizan el verdadero contenido de un litigio y del fallo correspondiente [...] "hay otras varias circunstancias que en uno y otro proceso se tienen en cuenta y que son dejadas arbitrariamente a un lado por la doctrina dominante. En consecuencia, no cabe decir que sólo hay tres límites de la cosa juzgada, ya que en función de aquellas circunstancias surgen nuevos elementos delimitadores de la característica inmutabilidad de una sentencia. Con objeto de llegar a una determinación más satisfactoria de los auténticos límites de la cosa juzgada, hay que distinguir, dentro del fallo que se atribuye tal eficacia, tres elementos fundamentales: los sujetos, el objeto y la actividad en que el pronunciamiento consiste. En cada una de estas dimensiones básicas hay que indagar la extensión de la cosa juzgada, estudiando por ello separadamente sus límites subjetivos, sus límites objetivos y sus límites en cuanto actividad. Y esto no es reproducir la doctrina de la triple identidad con otra terminología, pues el reajuste de conceptos se hace de otra manera y el límite en cuanto actividad se desdobla en otras categorías menores, cada una de las cuales funciona, a su vez, como nueva barrera de la fuerza de la cosa juzgada" (Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 601).

> dispositiva no contendrá otra cosa que la absolución, sin expresar las excepciones que han sido aceptadas y las que han sido rechazadas. La misma incertidumbre se encuentra, si bien en menor grado, en la sentencia condenatoria. Si a la demanda por cobro de una suma de dinero el demandado opone la compensación y el juez la rechaza, la parte dispositiva contendrá solo la condenación al pago, sin expresar que la cantidad reclamada en la compensación no era debida ni líquida ni suficiente para que la compensación procediese [...]. Para conocer, pues, bien el pensamiento del juez, es necesario examinar los motivos en que se funda, sin lo cual la excepción de cosa juzgada opuesta en un juicio posterior no podría ser aceptada ni rechazada. De ahí se deduce que la cosa juzgada se extiende aun a los motivos de la sentencia entendiéndose por tales los elementos que forman la relación del derecho litigioso y de la sentencia que pone fin a la litis, porque tales elementos una vez constatados por el juez forman parte integrante de la sentencia misma.[2726]

Según Couture, esta idea dominó el siglo XIX y varía con la sanción de la Z.P.O. alemana. A partir de entonces, la tesis sostiene que solo la parte dispositiva cuenta en los efectos vinculantes, pues el Estado al no tener una voluntad oficial para expresar, la *res judicata* es una forma de autoridad.[2727]

Participa fundando esta corriente Chiovenda, diciendo que

> La sentencia vale como expresión de la voluntad del Estado y no por sus premisas lógicas: estas deben desenvolverse por el juez en los motivos del fallo y como una garantía para los ciudadanos; pero no adquieren valor de cosa juzgada, esta consiste en que el bien inmediata o potencialmente obtenido en virtud de la sentencia, no debe de ningún modo ser disminuido. Es libre pues la discusión de los hechos reconocidos por el juez, con tal que con ello no se menoscabe dicho bien.[2728]

Planteada en estos términos, la situación reconoce una dimensión más distante de la que propicia esta simpleza de saber dónde radica la cosa juzgada. En efecto, formalmente la cuestión presenta laterales de posible aparición que desvirtúan, o al menos problematizan, una u otra doctrina.

2726. Cfr. Ymaz, Esteban, *La esencia de la cosa juzgada y otros ensayos*, *op. cit.*, p. 49.
2727. Couture, Eduardo Juan, *Fundamentos de derecho procesal civil*, *op. cit.*, p. 427.
2728. Chiovenda, José, *Principios de derecho procesal civil*, *op. cit.*, T. II, p. 427.

Supongamos que una sentencia decida en el fallo hacer lugar a la demanda y condenar a *...en la forma establecida en los considerandos*. Ello supondría que los fundamentos del decisorio cobrarían valor de cosa juzgada por remisión a ellos. Evidentemente, para que el fallo tuviera ejecutividad y se aplicara la autoridad y eficacia de sus decisiones, la unidad de la sentencia constituiría un imperativo de la circunstancia.

Hipotéticamente podría suceder que un juez rechazara o acogiera una pretensión, siendo notoriamente insuficientes sus argumentos o absolutamente errado el derecho aplicado. ¿Qué debe hacer la parte que se beneficia con la sentencia?, ¿debe apelarla por la fundamentación errónea y en base al principio de eventualidad que supone la impugnación por la contraria? En su caso, ¿tiene agravios?

Otro problema, supóngase que el decisorio no explicita toda la resolución que a él corresponde y recoge una decisión determinada sin más fundamentos que el de hacer o no hacer lugar a la demanda. ¿Cómo sabrían las partes qué actitud seguir respecto a la impugnación o firmeza consecuente del fallo?

La delimitación precisa de esta engañosa diatriba, está en la interpretación que debe darse al pronunciamiento. No se trata de verificar qué parte hace o no cosa juzgada, sino de leer adecuadamente el fallo para saber si se autoabastece o necesita reposar su ejecutividad e inmutabilidad en los considerandos o fundamentos deducidos.

Coincide Couture cuando señala que

> Las premisas o considerandos del fallo no hacen cosa juzgada. Pero por excepción adquieren esa autoridad cuando lo dispositivo se remite a ellos en forma expresa o cuando constituyen un antecedente lógico absolutamente inseparable.[2729]

565.3 Límites temporales

Parte de la doctrina sostiene que la *res judicata* tiene un límite temporal. Para Guasp ese límite se demarca cuando en el ulterior transcurso cronológico cambian las circunstancias fundamentales que produjeron la decisión judicial.[2730]

2729. Couture, Eduardo Juan, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil, op. cit.*, pp. 432-3.
2730. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 603.

En nuestro país, Hitters afirma que

> La limitación en el tiempo de la res judicata se produce no cuando el fallo queda sometido en su eficacia retroactiva o irretroactiva a una fijación temporal, sino cuando lo que depende del transcurso del tiempo es la posibilidad de que la sentencia, subsistente en su eficacia intrínseca, pueda ser modificada o alterada. Para concebir un supuesto de tal limitación temporal de la cosa juzgada, hay que imaginar un caso en que el devenir del tiempo haga desaparecer no la fuerza total de la misma, sino el especial efecto de su inatacabilidad. Esto es difícil que ocurra por el mero hecho del transcurso de aquel, sin más, pero suele acontecer y se da con mucha frecuencia, cuando luego de dictada la providencia se alteran las circunstancias que la originaron y por ello el fundamento básico del pronunciamiento queda bruscamente modificado. Si se admite que semejante alteración lleva consigo no la ineficacia absoluta del fallo pero sí la posibilidad de que éste deje de ser inatacable y se pueda abrir un nuevo litigio sobre la materia, se estará en presencia de una inequívoca limitación de la cosa juzgada que es factible considerar como un límite de carácter temporal.[2731]

Esta teoría complica naturalmente los criterios de estabilidad y permanencia que hasta aquí observamos como propios de la cosa juzgada. Se está pensando en quebrar la inmutabilidad por un cambio de circunstancias, tal como lo tiene previsto el Código brasileño en el artículo 471: "Cuando sobreviene una modificación en el estado de hecho o de derecho...".

Además, determina una suerte de división entre la sentencia y su ejecutoriedad y la cosa juzgada como institución libre que opera sin relación a aquella. Ello sería porque, en el caso de un fallo condenatorio que hubiera cumplido con el mandato, la cosa juzgada perviviría inmutable tolerando su revisión. Si fuese un pronunciamiento declarativo, la identidad entre *res judicata* y sentencia sería continua, de manera que la caída de la primera significaría, sin más, la debacle de la segunda. Finalmente, si la sentencia fuese constitutiva, la situación difiere por lo dicho *ut supra* respecto del valor definitivo de los fallos de este carácter.

Una cosa es clara y cierta en la cosa juzgada: se otorga inmutabilidad a una sentencia que ha resuelto una determinada situación fáctica. Los hechos mismos son los que cobran una autenticidad (ficción

2731. Hitters, Juan Carlos, *Revisión de la cosa juzgada*, La Plata, Platense, 1977, p. 137.

de verdad, presunción de verdad, etc.) y permanencia que, al resto de la sociedad, aparecen conformes a la verdad constatada.

Pero esta, al decir de Chiovenda "es una justificación social de la cosa juzgada",[2732] sin embargo, este extraordinario jurista concebía a la *res judicata* como una expresión de la voluntad de la ley. Esto lleva a que las sentencias dictadas sean declarativas y ajenas al fenómeno representativo del derecho de fondo, el cual permanece estanco.

Distinta sería la posición que emplaza la teoría alemana, porque ella diferencia entre sentencias constitutivas y declarativas. Las primeras son las que comprueban la existencia y alcance de la norma general que rige el caso –la regla material– y las otras dirimen un conflicto de intereses con libertad y mero criterio lógico.

Desde luego, recordemos que esta posición fue criticada por Goldschmidt, a quien le parece mejor decir que la fuerza de la cosa juzgada material alcanza a la relación jurídica en el estado en que se encuentre en el momento de la resolución, no teniendo influencia sobre los hechos que sobrevengan después.[2733]

Por fin Liebman interpretó la cuestión despojando a la cosa juzgada de vida propia; ella era una cualidad de la sentencia, que diferenciaba la eficacia de su inmutabilidad.[2734]

Tomada la dialéctica en esta situación, apenas confrontadas las más elevadas opiniones que estructuran las ideas pilares de cada hipótesis, pueden extraerse algunas conclusiones útiles. Una de ellas advierte que la sentencia se ocupa, principalmente, de resolver conflictos de intereses, dando satisfacción a una parte y otra respecto de como se aplicará el derecho a sus respectivas pretensiones. Se trataría, apenas para reflejar una realidad práctica, de indicarles que en esta situación de hecho corresponde esta composición y esta norma. La conformidad de las partes con el fallo otorgará la cosa juzgada, y las condiciones restantes ya descriptas (tipo de proceso, conocimiento en la materia litigiosa, clases de sentencias, etc.) asignará la condición de formal o material de ella.

Esta actuación atiende otra consecuencia: el juez interpreta hechos y derechos, buscando su relación interactuante. Pero, mientras

2732. Chiovenda, José, *Principios de derecho procesal civil, op. cit.*, T. II, p. 415.

2733. Goldschmidt, James, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 390.

2734. Liebman, Enrico Tullio, *Manual de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 587.

los hechos son variables, contingentes y de permanente transformación; el derecho tiende a ser continuo y permanente.

> Por eso decía Carnelutti que la mutabilidad de las normas no se involucra con la cosa juzgada porque rige para ellas el principio de que la ley posterior reemplaza o deroga a la anterior.[2735] De este modo, una vez más, son los hechos los que obtienen efectos de permanencia al quedar sometidos a una regla de derecho que le resulta aplicable al tiempo de ser resueltos. Sin embargo, fue Kelsen quien advirtió acerca de la base poco firme de esta deducción, porque a pesar de compartir su espíritu, sentaba que las dificultades más graves se plantean a propósito de las normas individuales, pues en ellas el interés político en su reforma no pesa tanto como en la ley y el reglamento. Ahora bien, frente a este interés surge el interés contrario de los sujetos directamente obligados o facultados por la norma individual, en la solidez, seguridad y previsibilidad de su situación jurídica personal. Pero el orden jurídico tiene que decidir entre dos intereses; ni aquí ni en ninguna parte puede llenar ninguna teoría de "ponderación de intereses" lo que el derecho positivo ha dejado en blanco. Se puede ser de una u otra opinión acerca de si, por ejemplo, todos o algunos actos administrativos deben ser reformables en cualquier tiempo, y si el interés público lo exige o no. Si los actos judiciales tienen fuerza material de derecho, es decir, si no son reformables, o si solo lo son con ciertas limitaciones, no es porque ello se desprenda de su naturaleza, sino porque así lo establece el orden jurídico. Si este no fijare el procedimiento y demás circunstancias de su reforma, serían irreformables.[2736]

La teoría expone la conveniencia de mantener la estabilidad de los pronunciamientos judiciales aun cuando contrarios o violatorios de la ley, en tanto los respectivos sistemas jurídicos prevean la posibilidad de vulnerar la cosa juzgada sustancial.

En ambas situaciones, hechos y derecho tienen un trasfondo positivo que reposa en la misión destinados a cumplir. Los primeros son dirigidos por la voluntad del individuo, el otro, depende de la voluntad de los órganos del Estado, sea para crearlos o aplicarlos.

Las dos situaciones deben respetar el marco donde actúan, sea el tiempo al que acuden o el espacio que ocupan. Así como las leyes se

2735. Carnelutti, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil, op. cit.*, T. II, p. 201.

2736. Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, México, UNAM, 2010 (3ª ed.), p. 396.

interpretan judicialmente para garantizar su finalidad constitucional, pudiendo caer por la regla del control –en el caso concreto y sin eficacia *erga omnes*–; también los hechos deben respetar el ajuste de los tiempos.

¿Qué significa esto? En primer término, que todos los fallos judiciales se dan para un tiempo y para una historia determinada. Luego, si esa historia cambia alterando el contenido mismo de la relación procesal otrora trabada cabe, en principio, su replanteo.

¿No habría cosa juzgada posible de ser actuada como excepción? Es probable, pero no existiría el confronte estricto de las triples identidades, al ser diversa la *causa petendi*. Los requisitos que propician la revisión estarían en: a) que se trate de una mutación cronológica y b) que sea posterior a la sentencia que devino inmutable.[2737]

Estas alteraciones en las circunstancias que dieron origen al fallo no restringen la calidad inmutable de los pronunciamientos judiciales, porque varía la causa o fundamentos de la nueva petición. Se conservan los sujetos procesales y el objeto, pero cambia uno de los valores. La hipótesis causal se renueva, y a veces, es posible tenerla como antecedente.

565.4 La cosa juzgada y el derecho procesal transnacional

En lo atinente a la autoridad de cosa juzgada que importa el fallo dictado, cabe considerar la incidencia que tiene respecto a los pronunciamientos que se hubiesen dictado en el orden interno de una Nación que es parte de un sistema regional o continentales (*v. gr.* Declaración Americana sobre los Derechos Humanos, con sus órganos, la Comisión y la Corte).

No siempre un organismo jurisdiccional metaestatal aborda la revisión de un proceso (y de suyo, la cosa juzgada en él dictada), sino que investiga la posible pugna del Estado con el derecho humano al que protege. Por ejemplo, si fuera replanteada una litis cualquiera, el control sería sobre la garantía que el proceso supone, y en la captación adecuada del derecho al debido proceso.

Por supuesto, el análisis importará ingresar de todos modos en la cuestión resuelta por el tribunal ordinario, de manera tal que, por lógico que parezca el criterio anterior, en realidad se estaría revisando la cosa juzgada local.

2737. Hitters, Juan Carlos, *Revisión de la cosa juzgada, op. cit.*, p. 141.

De ser así se puntualiza que solo con una reforma en la Constitución Nacional podría ser posible mudar el carácter final e irrevocable de las sentencias que emanan con esa condición de inmutabilidad. Pero esta conclusión enfrenta disposiciones de las convenciones transnacionales con la supremacía de las constituciones locales, pues si la voluntad del Estado al adherir voluntariamente a un pacto o tratado fue comprometerse respecto a los derechos consagrados en su texto, cualquier apartamiento o desconocimiento a esa voluntad comprometida daría lugar al interesado para denunciar el incumplimiento a los órganos de protección por aquellas previsto.

No debe olvidarse que la sentencia transnacional promete resolver un conflicto de situación directamente vinculado con la libertad del hombre. Esa libertad, base de los derechos humanos, es a un mismo tiempo absoluta y circunstancial. Si no la interpretamos como absoluta podría ser posible difuminarla por un sinnúmero de causas. Pero, si no la experimentamos al conjuro de sus posibilidades fácticas, le daremos el vacío destino de la abstracción.

Otros importantes exponentes del pensamiento de este nuevo derecho, estiman que

> Las declaraciones son actos solemnes por los cuales los representantes gubernamentales proclaman su adhesión y apoyo a principios generales que se juzgan como de gran valor y perdurabilidad, pero que no son adoptadas con la formalidad ni con la fuerza vinculante de los tratados.[2738]

Esto significaría que cualquier resolución jurisdiccional que tomara un tribunal transnacional tendría valor de recomendación, pero sin ejecutividad. Así ocurre, por ejemplo, en el Convenio Europeo que, siguiendo el esquema clásico del derecho internacional, establece la obligatoriedad de la sentencia aun cuando no posee coercibilidad.

Esto significa –dice Hitters– que

> … en principio, estamos en presencia de fallos meramente declarativos, y ello resulta evidente, ya que la comunidad internacional no posee un cuerpo que tenga el poder de hacerlo cumplir; además cualquier acción de ese tipo afectaría seriamente la soberanía de los Estados.[2739]

2738. Nikken, Pedro, *La Protección Internacional de los Derechos Humanos (su desarrollo progresivo)*, Madrid, Cívitas, 1987, p. 262.

2739. Hitters, Juan Carlos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Buenos Aires, Ediar, 1991, T. I, p. 333.

En suma, actualmente la cosa juzgada interna no se altera por la recomendación efectuada por un organismo de derecho trasnacional. A veces, la influencia sobre ella se marca en las indemnizaciones resarcitorias que establece y pueden ejecutarse mediante los mecanismos internos previstos para la ejecución forzosa.

Sin embargo, no deja de ser una laguna, porque a pesar de ser estos tribunales un contralor subsidiario de las responsabilidades que los Estados asumen frente a los seres humanos que los pueblan y organizan, existe un derecho más serio a controlar que vive y asienta sobre los derechos humanos, aquellos que perteneciendo a toda la humanidad deben garantizarse por encima de todo esquema rígido que los enmarque y aprisione sin darles la libertad que les es propia e intrínseca.

566. Jurisprudencia vinculante (*stare decisis*)

En la cosa juzgada y sus resultas transversales aparece una cuestión sin develar aun en la jurisprudencia nacional, relacionada con los efectos vinculantes de la jurisprudencia. El tema, en particular, del valor de los fallos que emiten los tribunales superiores muestra perfiles distintos a tenor de la forma como se orqueste el control de constitucionalidad de las leyes.

Se ha pensado que al ser la interpretación constitucional una de las funciones soportes del equilibrio entre los poderes del Estado no podría afincar en un órgano inferior un atributo de tal naturaleza e importancia; por tanto, la aparición de Tribunales Constitucionales (jurisdiccionales o políticos) coinciden, de alguna manera, con esta "desconfianza a los jueces". Otros prefieren que sea el mismo Poder Judicial del Estado, con todos sus integrantes quienes vigilen y fiscalicen el cumplimiento de las normas fundamentales, al ser prácticamente imposible que un Tribunal Superior pueda abordar la multiplicidad de situaciones donde ocurren *casos constitucionales*.

Pero, más allá de la supremacía, existen casos comunes u ordinarios, donde el criterio sentado puede evitar la repetición de conflictos allí donde deba aplicarse un temperamento ya resuelto. La posibilidad, entonces, de generar jurisprudencia vinculante choca con la realidad

constitucional. De allí que sea importante advertir cuál es el sistema, antes que resolver el seguimiento forzado a una tesis jurisprudencial.

La diferencia estriba en la obligatoriedad que se asigna a los fallos de los tribunales superiores, dando origen al llamado *stare decisis*, o doctrina del precedente obligatorio;[2740] tal como acontece con las decisiones de los Tribunales concentrados. Distinguiéndose de otras formas de control "difuso" que admiten opiniones particulares sobre la constitucionalidad de las normas; claro que solo aplicables al "caso concreto" y generalmente sin extender a terceros el alcance de la cosa juzgada.

La doctrina del "precedente obligatorio", en consecuencia, vincula por igual a los dos sistemas jurisdiccionales de control. Consiste en aceptar que el fallo emitido por el Tribunal Superior (las Cortes Supremas locales o, en su caso, los tribunales constitucionales) tiene carácter

2740. Atilio González sostiene que "... con relación a dicho particular, se inclina por considerar que, no obstante que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos *a título* de control de constitucionalidad, de la que es su máximo exponente, y sus fallos, por principio, no resultan obligatorios para casos análogos –excepto en aquellos supuestos en los que la ley positiva determina una connotación de tal índole (*v. gr.* art. 19 de la Ley N° 24463 de solidaridad previsional)– los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquellos, habiendo resuelto dicho Alto Tribunal que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia; y que resultan arbitrarias y pasibles de descalificación por la Corte, haciendo prosperar el recurso extraordinario, aquellas resoluciones en la que el *a quo* se aparta sin fundamento alguno de un fallo de la Corte dictado en un caso análogo (*ED* 115-323). Conteste con lo cual cierta doctrina considera que "cuando la Corte interpreta la Constitución Nacional, tal interpretación alcanza la misma jerarquía de la norma constitucional interpretada; en orden a lo cual cuando en un proceso se llega a la Corte mediante recurso extraordinario y dicho Tribunal dicta sentencia, el tribunal inferior al que se devuelven los autos está estrictamente obligado a dictar nuevo pronunciamiento con pleno acatamiento a la sentencia dictada por la Corte, siendo este un supuesto normal del efecto que surge toda sentencia de alzada respecto del caso en el cual recae; y cuando la Alzada es la Corte, hay que tener en cuenta que si el tribunal inferior desconoce, altera o frustra lo que resolvió la Corte, se abre una nueva vía recursiva extraordinaria para preservar la anterior decisión de la Corte en su debido alcance. Fuera del supuesto explicado, cuando un tribunal inferior se aparta sin razón ni fundamento suficiente de la interpretación que la Corte tiene sentada en precedentes análogos sobre la misma norma que aplica aquel tribunal, la sentencia es pasible de descalificación por incumplir el deber de atenerse a la jurisprudencia de la Corte" (*ED* 115-323).

definitivo, debiendo aplicarse sus postulados a los casos que muestren semejanzas de tal grado que admitan la extensión del precedente.

En Costa Rica, el artículo 13 de la Ley de Jurisdicción Constitucional puntualiza que *La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes "erga omnes", salvo para sí misma*.

Se afirma que son razones de seguridad jurídica las que imponen continuar con los criterios adoptados en pronunciamientos anteriores; a la par que se ratifica con ello la igualdad entre las partes, al tener la diversidad de postulantes una consideración similar que evita la confrontación entre intereses coincidentes.

Ahora bien, en nuestro país la división entre justicia ordinaria y constitucional no es tan visible como en sitios donde la declaración de inconstitucionalidad se delega en tribunales especiales; razón por la cual, de establecerse un valor vinculante a los fallos, habría que considerarlo en la dimensión de toda la competencia jurisdiccional.

Sagüés sostiene que

> … es evidente que ciertos valores jurídico-políticos, de gran significación, aconsejan que la Corte repita sus respuestas jurídicas (orden, seguridad, igualdad, etc.). Una Corte Suprema incoherente, autocontradictoria y demasiado versátil provocaría, sin duda, un grado de incertidumbre jurídica inaceptable. En principio, pues, es bueno que la Corte se respete a sí misma, incluso para exigir que los tribunales inferiores la respeten a ella. No obstante, razones de justicia aconsejan la perfectibilidad de aquellas respuestas, en tren de mejorarlas, así como cambios en el contexto de vida bien pueden exigir alteraciones en las reglas sentadas por la Corte. Por lo demás, las expectativas sociales y el desarrollo político de una comunidad no son factores ajenos a la interpretación de la Constitución […]. En síntesis, una Corte Suprema está habilitada para modificar su criterio, prudentemente, en pro de un mejor acercamiento a la justicia. Resulta claro, eso sí, que al abandonar una tesis debe dar sus razones, no solo por motivos de docencia jurídica sino también para justificar, delante de la comunidad, por qué una norma ayer quería decir una cosa, y hoy otra: un cambio de precedente obliga, pues, a una mayor fundamentación en la sentencia del caso.[2741]

2741. Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional - Recurso Extraordinario*, Buenos Aires, Astrea, 3ª ed., 1992, T. I, pp. 204-5.

En líneas generales el *stare decisis* destaca las bondades que tiene en el sistema judicial americano, donde la declaración de inconstitucionalidad de una ley que, por vía de principio, tiene aplicación al caso concreto, obtiene por la doctrina del precedente obligatorio una extensión inesperada, puesto que en realidad, el caso concreto toma alcances expansivos al tener que utilizar nuevamente la doctrina pronunciada.

En los sistemas concentrados la ventaja del mecanismo resulta manifiesta, más allá de la situación que propicia la unidad de jurisdicción. Es decir, resulta lógico que se aplique esta teoría en los mecanismos concentrados porque no hay diversidad de enfoques y la discusión ya fue practicada, siendo entonces inútil reiterar argumentos a no ser que surgiesen nuevas cuestiones que acosejaran la reconsideración. En cambio, en la jurisdicción de control difuso nos hemos pronunciado en disfavor de este sistema,[2742] fundados en las siguientes estimaciones:

566.1 La inconveniencia de seguir el sistema del "precedente obligatorio"

Si la supremacía constitucional es defendida por todos los jueces del sistema sin importar la jerarquía de instancia en que se desenvuelvan, la "confianza" reposa en un sistema orgánico integral por el cual "todos" se alzan contra las normas inconstitucionales. Los pareceres individuales son la clave de bóveda y las escalas recursivas permiten unificar la jurisprudencia que pueda tornarse dispar, de manera que no existen riesgos de opiniones discordantes que priven de seguridad e igualdad jurídicas.

Si obligamos a los jueces a respetar y seguir los fallos de los tribunales superiores estaríamos privando al mecanismo difuso de su "quintaesencia", porque ya no habría interpretación alguna, más bien existiría una actividad mecánica de adecuación que nos parece impropia en la tarea jurisdiccional.

Asimismo, el principio jurídico que postula el *iura novit curia*, según el cual el juez conoce del derecho y lo aplica sin necesidad de seguir las pretensiones de las partes, también quedaría sin respaldo suficiente, por cuanto tampoco el juez aplicaría el derecho que "le corresponde a su saber y entender", sino el que otros le indican debe utilizar.

2742. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, "Alcance y vigencia de los fallos plenarios", en *Respuestas Procesales*, Buenos Aires, Ediar, 1991, p. 277 y ss.

Si aquel estuviese errado, o su interpretación fuese fugitiva del ordenamiento jurídico, las instancias de apelación solucionarían el equívoco o la arbitrariedad, dando una vez más seguridad e igualdad al sistema.

El proceso mismo, en su sistemática de llevar garantía a los justiciables, se enfrentaría con un sustancial perjuicio en los derechos que son actuales y presentes, al tener que aplicar situaciones distintas con sus soluciones. La misma norma considerada en abstracto tendría idéntica aplicación aun cuando los casos no fuesen absolutamente iguales. Y bien sabemos que en cuestiones de derecho, cada problema es un mundillo de alternas posibilidades de pacificación.

Un nuevo interrogante: ¿no estaría el juez que aplica el precedente dándole efectos retroactivos a la ley individual que aplica al presente? En la pirámide ideal que Kelsen imaginara las sentencias individuales son las leyes del caso concreto, no las que se crean y proyectan con alcances generales.

Es evidente que el *stare decisis* obraría en contra de los términos anteriores, dando permanente actualidad a una situación que, en los hechos, devino abstracta. De igual modo, un contingente procesal también se pone en cuestión cuando se lo extiende incausadamente. La cosa juzgada, con sus efectos y alcances, no puede alcanzar a terceros que no fueron parte en los hechos, de manera que resolver extensivo a ellos la situación de derecho creada para otro caso violenta y sacrifica esta forma de dar seguridad y justicia.

De todos modos, el problema de la uniformidad de la jurisprudencia, que es en definitiva el problema a resolver y que inspira la sistemática del "precedente obligatorio", no se resuelve –entendemos– prohibiendo a los jueces interpretar como el sistema difuso los autoriza; en todo caso será hora de abordar la temática a partir de la necesidad de verdaderos tribunales de casación.

566.2 El valor de los pronunciamientos de los tribunales superiores

El *quid* que emana de no aceptar la doctrina del precedente obligatorio es ¿qué ocurre, entonces, con los fallos de los tribunales superiores?, ¿qué valor jurídico portan? Si ya no son obligatorios ¿no tienen, al menos, el alcance de una recomendación importante fundada en la

formación del órgano que la expide?, y en su caso ¿por qué no plantear la obligatoriedad como una causa que evite transitar por distintas etapas del litigio cuando sabemos anticipadamente el criterio del Superior Tribunal de justicia?, ¿no es más justo y seguro aplicar antes el precedente, que una vez que la paciencia de los justiciables haya llegado al hartazgo por la lentitud procesal?

Del cuestionario surgen dos corrientes principales, sin perjuicio de ramificaciones que cada una presenta. La tesis más antigua es la que aconseja el *seguimiento sin restricciones* de la jurisprudencia emitida por los Tribunales Supremos locales; en oposición a ella, otros indican que el *sometimiento es condicionado* a los pareceres y adecuaciones que la justicia inferior realice en función de su tarea vigilante de la supremacía constitucional.

La polémica tiene sus prolegómenos en otro fenómeno de repercusiones similares, como resulta la "interpretación de las normas" a través de sus diferentes corrientes. Por tanto, será conveniente ir tejiendo conjeturas y posibilidades de respuesta al compás de los sones que interprete el método de inteligencia que se pretende instaurar en la revisión jurisdiccional de las leyes.

566.3 La doctrina del acatamiento absoluto

En los sistemas difusos de control, como vimos anteriormente, existe un deber "no escrito" por el cual los jueces inferiores tienen que conformar sus decisiones a lo que la Corte Superior haya resuelto en casos análogos. Tal deber se funda, entre otros argumentos, en la presunción de verdad y justicia que invisten las sentencias del máximo cuerpo jurisdiccional de un país, es decir, el respaldo emergente de un singular prestigio institucional.

De esta forma se evitan las insistencias recursivas y se ofrece celeridad y economía a los procedimientos. También así se consigue evitar el *strepitus fori* que de seguro generan los fallos contradictorios.

La doctrina del *acatamiento liso y llano* se respalda, a veces, en las mismas cartas constitucionales. En Argentina, por ejemplo, la Constitución de 1949 decía en el artículo 95 que

> La interpretación que la Corte Suprema de Justicia haga de los artículos de la Constitución por recurso extraordinario, y de los códigos y leyes

por recursos de casación será aplicada obligatoriamente por los jueces y tribunales nacionales y provinciales.

El marco constitucional es muy importante para esclarecer la tendencia, sobre todo, cuando mediante ella se indica la forma prevista para salvaguardar la supremacía. Esta corriente tiene, a su vez, dos cuestiones que le demarcan caminos a seguir. Dando por cierto que los fallos superiores son obligatorios para los órganos jurisdiccionales de inferior grado, queda latente ¿qué obligatoriedad tienen para el mismo órgano superior?

En países donde la estabilidad institucional del Poder Judicial juega su suerte con criterios no jurídicos, la mutación de los tribunales supremos es un signo inequívoco para cuestionar la permanencia de los fallos precedentes. Una nueva integración puede modificar sustancialmente el juego de mayorías coincidentes, y de suyo, alterar la interpretación de una doctrina que marque la inteligencia signada para una norma constitucional.

Cuando la Corte entroniza su función de último intérprete y fiscalizador de las reglas fundamentales existe cierta definitividad en el criterio, es cierto, pero ello no indica que esa orientación (o la nueva télesis del último tribunal integrado) deba ser definitivo, también, para los jueces inferiores.

Está claro, en consecuencia, que el sistema constitucional es el que únicamente puede atribuir obligatoriedad a los pronunciamientos de las Cortes federales o superiores de una Nación, y jamás hacerlo el propio órgano judicial desde sus sentencias. En todo caso, el valor de esos dictados será orientativo, dando pie a otros posicionamientos.

566.4 Doctrina de la aceptación condicionada

Un valioso voto ha sostenido que

> … si las sentencias de la Corte Suprema de la Nación Argentina impusieran dependencia más allá de los procesos en que se dictaren, equivaldrían, cuando interpretan leyes, a la ley misma y, cuando interpretaran a la Constitución, a la propia Constitución. Pero el Poder Judicial no puede ejercer poderes legislativos ni constituyentes. Y no se advierte una zona intermedia: no bien la sentencia judicial fuese dotada de imperatividad general, impersonal y objetiva resultaría provista, por ese solo hecho, de

> los caracteres que nuestro sistema republicano reserva a la Constitución y a la ley. La diferencia existente entre normas constitucionales y legales y las sentencias judiciales es cualitativa y, en consecuencia, no puede obviarse por alta que sea la jerarquía institucional, moral y científica de un tribunal de justicia. Es de la esencia de la función judicial el deber de aplicar directamente la Constitución y la ley, sin que estas normas deban ser previamente interpretadas, con efecto vinculante, en otras sentencias judiciales en su momento dictadas para resolver otros casos concretos [...]. Contra lo expuesto no pueden invocarse razones de seguridad jurídica, tranquilidad pública y paz social, ni de buen orden, necesidad y estabilidad institucional, puesto que, precisamente a la inversa, en el sistema jurídico argentino la satisfacción de tales objetivos se busca mediante la organización de división de poderes que obsta el ejercicio de la jurisdicción más allá de los casos a que se refieren las sentencias judiciales. Tampoco son atendibles supuestos motivos de economía procesal en tanto ellos no estuviesen receptados por la Constitución y la ley; y, por otra parte, en nuestro régimen procesal no media la certeza de que los tribunales mantengan indefinidamente sus doctrinas.[2743]

Definido el emplazamiento de los superiores tribunales, es evidente que tampoco pueden quedar sus pronunciamientos sin valor alguno. El mismo tiene, seguramente, una influencia variada (moral, científica o institucional) lo que hace decir que ellos pueden seguirse, condicionando las circunstancias del hecho concreto a las que se expusieron en la sentencia que contiene el precedente.

Es entonces cuando las "circunstancias" adquieren una motivación muy singular. No escapan de esta lectura fáctica ciertos "acomodamientos" contextuales provenientes de los tiempos que los tribunales transitan. Son muy diferentes y de variado registro los fallos que siguen un proyecto político o económico; o bien, cuando los avatares del mercado influyen en la estimativa social de la que ningún tribunal puede mostrarse indiferente; tampoco pueden compararse los tiempos de normalidad institucional con los de transición; y menos aun, los desafíos de quienes enfrentan situaciones absolutamente impensadas en otras sociedades (*v. gr.* las emergencias del narcoterrorismo; la crisis económica, etc.).

2743. Voto del Dr. Ghione (SC Buenos Aires, en causa L.33.261, recogido en los Acuerdos 38.225, B. 50.638; L. 45.685; L. 43.751, entre otros).

Todo tribunal sabe, además, que el desencanto, el escepticismo y una falta de credibilidad de la gente en el sistema de la justicia, de profundizarse (en el sentido de que esa misma gente termina por creer que en la justicia "puede suceder cualquier cosa") resquebraja la confianza en el régimen democrático.[2744]

Conocedores de la "praxis", los fallos motivan sus seguimientos más allá de su calidad intrínseca y del valor institucional que representan. Lo cierto es que se acepta que las Cortes Superiores pueden sugerir un temperamento, y que esa lectura de los acontecimientos merece continuidad cuando se reitera y constituye lo que denominamos *jurisprudencia constante e inveterada*.

El seguimiento puede fundarse en la presunción de verdad y justicia que a sus doctrinas da la sabiduría e integridad que caracteriza a los magistrados que componen el enjuiciamiento; sin perjuicio de otras actitudes menores, como evitar recursos inútiles, acelerar el trámite de la causa, etcétera.

Este tipo de actitudes de sometimiento pueden llamarse "morales", esto es, seguir las directivas jurisprudenciales de la Corte Suprema, por una obligación ética basada en una presunción de verdad (motivación axiológica) y en razones de economía procesal (motivación práctica: impedir trámites recursivos que podrían ahorrarse).[2745]

En vez de ser influenciados por valores morales, la incidencia puede manifestarse como "deber institucional" de acomodar las reflexiones presentes con las efectuadas por los tribunales superiores en pronunciamientos firmes y reiterados. En estos casos, no se priva a los magistrados inferiores de expedirse conforme a sus convicciones; simplemente se sugiere que existe una superioridad institucional que, maguer los inconvenientes de los sistemas de subordinación jerárquica, determinan una suerte de autoridad obligatoria.

En nuestro país, por ejemplo, los tribunales inferiores deben aceptar obligatoriamente los temperamentos de sus cámaras de apelaciones cuando se ha fijado "doctrina plenaria", pudiendo ser apercibidos si no receptan el mandato indicado. La presencia institucional expone

2744. Morello, Augusto Mario, "El sistema de la justicia constitucional, la Corte Suprema y el recurso extraordinario (esbozo de una teoría)", *DJ* 1992-1-50.

2745. Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional - Recurso Extraordinario*, *op. cit.*, T. I, p. 188.

otro reflejo cuando se considera que el apartamiento inequívoco de los precedentes no tiene fundamentos suficientes o directamente estos no existen, en cuyo caso, la desconsideración del inferior *importa perturbar el esquema institucional judiciario*.[2746]

Cada una de estas ideas tiene ampliaciones y restricciones conforme sea el intérprete que las aplique. La conciencia general es que los fallos de los órganos judiciales que la Constitución confía como supremos en la defensa de sus derechos, deberes y garantías, deben ser aceptados, pero la solvencia del seguimiento debe ampararse en la buena imagen que tenga del tribunal, de cuyo contenido surgirá si el seguimiento es institucional, moral o científico.

567. La revisión de la cosa juzgada fraudulenta

Emplazado el valor justicia frente al de seguridad, el consejo de Couture ha sido preferir el primero. Tal dilema se presenta entre la seguridad que consolida una sentencia homologatoria (o definitiva) pasada en autoridad de cosa juzgada; y la justicia que se oculta, cuando existen presunciones sobre la obtención de tal efecto definitivo de la sentencia, conseguida en un procedimiento perturbado por la inmoralidad de sus actos. La *res judicata* impide la repetición de un proceso ya resuelto porque, de otro modo, la reiteración del conocimiento afectaría notoriamente la confianza que merece la actuación jurisdiccional.

Asimismo, se acota el valor normativo de la sentencia declarada que, como tal, ha establecido una ley individual, firme y definitiva por no tolerar más revisiones que las procesalmente admitidas. Por ello, procurar soluciones que supongan eliminar el efecto de derechos adquiridos que traen los pronunciamientos judiciales, significa tanto como enfrentar el valor de la cosa juzgada; y en consecuencia, el debate radica en resolver si la fuerza vital y permanente que ella tiene pierde firmeza cuando se encuentran vicios sustanciales que, de soslayarse, consagrarían una auténtica injusticia.

2746. CSJN, Fallos, 212:253.

567.1 Antecedentes históricos

La progresividad de los derechos ha llevado a evitar que tras el manto del ritualismo se consagren situaciones *de jure* que resulten manifiestas violaciones de garantías y valores fundamentales. No se trata de eludir ni quitar razones al significado constitucional que tiene la cosa juzgada, sino de advertir que no es posible alcanzar este grado cuando la consolidación del derecho haya sido logrado en un proceso fraudulento.

El derecho comparado ha cubierto con las últimas reformas procesales el vacío legislativo que tenía esta situación. Es el caso de Latinoamérica, donde tras cierta laguna legal, producida por una preferencia hacia la plenitud de los principios procesales solapando los vicios de un pronunciamiento viciado internamente, se ha llegado a considerar un recurso o una acción autónoma de revisión de la cosa juzgada fraudulenta.

Recordemos que en el antiguo derecho romano se reconocía en la regla *non bis in eadem* la imposibilidad de reiterar un caso ya resuelto, principio que tenía su consagración desde antes de las XII Tablas, conforme lo explica Cogliolo. Agrega este autor que durante el último siglo de la República el rigor del *ius civile* exageraba el uso de las formas postergando las decisiones justas.[2747]

Antes, la legislación americana se encontró notoriamente influenciada por la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855 que no trataba el recurso de revisión. En cambio, el derecho romano encontró procedimientos acordes para restituir los derechos o desbaratar aquellos que se hubieran acordado en un proceso aparente, a veces con acciones específicas y en otras con impugnaciones internas del procedimiento.

Si la sentencia había sido obtenida por medio de documentos falsos, o actividades dolosas, sobornos de testigos o colusión del procurador, los romanos auxiliaban a la parte perjudicada con la *exceptio doli* contra la *actio judicati*; con la *restitutio in integrum* como admisibilidad de la misma acción; con la *replicatio doli* contra la *exceptio rei judicata*, y subsidiariamente, aun con la *actio doli*.[2748]

La *exceptio doli* es una defensa personal que solo puede ser opuesta contra la persona autora del dolo. Se la distingue en dos aspectos: es-

2747. Cogliolo, Pietro, *Trattato teorico e pratico della eccezione di cosa giudicata*, Torino, Fratelli Bocca, vol. 1, 1863, p. 32.

2748. Parry, Adolfo, "La cosa juzgada írrita", LL 82, p. 748 y ss. (sección doctrina).

pecial y general. Por el primero, esta excepción puede suplir y sustituir a otras excepciones como la *exceptio metus* (el que contrata por miedo) y la *exceptio pacti* (pacto de no pedir o cobrar), y se llama *exceptio doli specialis* porque contrarresta hechos concretos, como la amenaza o la deuda perdonada. Por el segundo, de una manera general, el juez recibe del magistrado la "fórmula" que le permite averiguar todos los hechos sobre los cuales se pueda deducir que el actor obró de mala fe, y se llama *exceptio doli generalis*. En este último aspecto general, el juez debe averiguar si hubo dolo no solo en los hechos que motivan la demanda (*si dolo factum fiat*), sino también en el hecho mismo de demandar (*si dolo fiat*) cuando reclama cosas que está expresamente obligado a restituir.

La *restitutio in integrum* encuentra su mecanismo en una creación pretoriana que tiende a subsanar los vicios del consentimiento en los contratos y proteger a las personas que a causa de su inexperiencia hubieran contratado en condiciones lesivas a su patrimonio, anulando todo lo convenido y restituyendo las cosas al estado que tenían antes de celebrarse el convenio.

La institución fue recogida por el derecho justiniano –dice Cuenca– y se reprodujo en el derecho moderno, extendiendo sus alcances a la revisión de sentencias. La *restitutio* configuró un verdadero proceso de impugnación que se fue moldeando con la interpretación judicial. De aquí se derivaron una serie de acciones que se proyectaron como recursos autónomos (*v. gr.* revisión, rescisión). En sus inicios la impugnación operaba en dos fases: una primera se cerraba con el derecho del pretor que atendía el juicio de rescisión (*iudicium rescindens*); y otra posterior que anulaba la sentencia viciada (*iudicium rescissoriae*).[2749]

Durante el imperio apareció otra nueva vía de ataque contra los pronunciamientos firmes, la *suplicattio*, por medio de la cual se recurría ante el Emperador solicitándole la *retractio* de las providencias injustas, a través de la revisión del juicio. Este medio de impugnación va a terminar por unificarse con la *restitutio*, completándose la integración en la legislación estatutaria, y luego en el derecho común.

En el siglo XII se da forma a la *querella nullitatis* como recurso de revocación contra las sentencias. El derecho estatutario había demostrado que aquellos pronunciamientos jurisdiccionales viciados por

2749. Cuenca, Humberto, *Proceso Civil Romano, op. cit.*, p. 23.

errores de procedimiento, naturalmente, eran inexistentes, razón por la cual no se hacía necesario precisar los remedios que anularan la sentencia porque se consideraba que ella no era susceptible de pasar en autoridad de cosa juzgada.

En cambio, aquellas decisiones formalmente defectuosas necesitaban de la actividad judicial para variar su resolución. El pronunciamiento existía, y para provocar su anulación, se recurrió a la *querella nullitatis*. Esta institución se conserva en el derecho canónico con particularidades procesales que la definen como un verdadero medio de impugnación.

Calamandrei ha sostenido que en el ordenamiento adjetivo italiano pervive la querella de nulidad, no como adaptación a la sentencia absolutamente nula de la general acción declarativa de nulidad (*actio nullitatis*) sino como específico medio procesal para impugnar ante el juez superior la sentencia anulable (*querella nullitatis* del derecho común), adoptando el nombre de apelación. En el derecho vigente, esta diferencia de estructura entre querella de nulidad y apelación no existe ya en la mayor parte de los casos; pues, aunque la sentencia esté viciada por una de las irregularidades formales que producen anulabilidad (en el sentido del art. 161), el juez de apelación entra directamente a conocer del mérito, sin necesidad de pasar a través de la fase preliminar del *rescindens*.[2750]

Prácticamente todos estos medios de impugnación fueron asumidos en la legislación de Partidas, concibiendo una vía autónoma de revisión de trámite diferente según fuera interpuesto como acción, excepción o recurso. La crítica podía dirigirse hacia el error de conformación del juez respecto de los hechos del pleito y, en su caso, observar dicha defección en la falsedad testimonial, documental u otra cualquiera.[2751]

El principio general se basa en que podían revisarse las sentencias ejecutoriadas en cualquier tiempo y en beneficio del patrimonio del Rey (Partida III, Título XXII, Ley N° 19). Las leyes sucesivas que se fueron dictando no fueron todo lo precisas que sus antecedentes, al punto que suele marcarse en la confusión el hito de partida en la discusión doctrinaria acerca de la supervivencia o no de la senda retractaria de la cosa juzgada.[2752]

2750. Calamandrei, Piero, *La casación civil*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, T. I, vol. 1, 1961, p. 65.

2751. Parry, Adolfo, "La cosa juzgada írrita", *op. cit.*, p. 749.

2752. Hitters, Juan Carlos, *Revisión de la cosa juzgada, op. cit.*, p. 66.

La Ley N° 2, Título XVII del Libro IV de la Recopilación castellana establecía que

> Si alguno alegare contra la sentencia que es ninguna (nula) puédalo decir hasta los sesenta días desde el día que fuere dada la sentencia; y si a los sesenta días no lo dijera, no sea oído después sobre esta razón; y si en los sesenta días dijera que es ninguna y fuera dada sentencia sobre ello, mandamos que contra esta sentencia no puede alguna de las partes decir que es ninguna, mas puede apelar la parte que se sintiere agraviada; y no puede ser puesta excepción de nulidad dende en adelante contra las sentencias que sobre esta razón fueren dadas por alzada o suplicación y esto porque los pleytos tengan fin.

Luego, en la Recopilación de Indias se leerá que

> Los Jueces ordinarios y en comisión no conozcan de causas pasadas en cosa juzgada por lo que [...] mandamos que ningún Oidor, Gobernador, ni otro cualquier Juez de Comisión, así de los proveídos por Nos, como de los nombres por los Virreyes, Presidentes y Audiencias, no puede conocer ni conozca de ninguno negocios, ni causas civiles o criminales estando sentenciadas, y pasadas las sentencias en autoridad de cosa juzgada; y si contra dicho conociere, actuare y sentenciare, sea nulo y de ningún valor y efecto.

Según Hitters, ambas disposiciones generaron interpretaciones diversas, pero la síntesis ha razonado que "en el antiguo derecho español los vicios del dispositivo sentencial no solo podían enmendarse por excepción o por recurso, sino también por vía de acción, luego de que el fallo quedara firme".[2753]

El derecho germano basaba el imperio de la decisión judicial en la voluntad divina, de modo que toda sentencia era irrecurrible por dicha calidad, y además por provenir de la Asamblea del Pueblo. No obstante se toleraban dos formas de revisión extraordinaria: la *suplicattio* y la *restitutio in integrum*; instrumentos de impugnación que habían sido tomados del derecho romano y que fundaban su procedencia en los principios de justicia y equidad.

El breve recuento histórico halla otro jalón importante en el derecho intermedio y en especial en la antigua legislación francesa. La justicia feudal reconocía una última palabra en la autoridad del Rey, en cuyo nombre se daba el poder jurisdiccional. Con las *lettrés de justicie*

2753. Ibídem, p. 68.

se concebía un remedio extraordinario de gravamen por el que se invocaba un grave error de los Parlamentos, solicitándose una nueva tramitación de la causa. Si el recurso prosperaba, los *maîtres des requêtes* libraban al interesado una orden del soberano para que el Consejo Real (y a partir de la Ordenanza de 1830, el mismo Parlamento que había pronunciado la sentencia) revisara el fallo dictado.

567.2 Derecho comparado

En el derecho comparado se pueden encontrar tres modelos de oposición a la cosa juzgada fraudulenta: a) mediante recurso, b) a través de la intervención en juicio y, c) generando una nueva acción.

El proceso de revocación de la cosa juzgada fraudulenta, a través de la vía recursiva, puede tener origen en la base 19 que dio la Ley del 21 de junio de 1880 para la Ley de Enjuiciamiento Civil española, constituyendo el artículo 1796 de la norma de 1881.

El inciso 4 dice que: "Habrá lugar a revisión si la sentencia firme se hubiera ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta".

Sin embargo, afirma Guasp que, en el derecho español existe un instituto de derecho material que desdibuja al instituto procesal como el auténtico remedio, al punto que suele denominárselo alternativamente como recurso o como demanda (art. 1803). Agrega el autor que, en su opinión, es un verdadero recurso de revisión porque se dirige a la impugnación extintiva de la autoridad procesal de un fallo, mediante el cual las sentencias firmes son sometidas a la crítica de su contenido (*iudicium rescindens*) por motivos taxativamente determinados, que en caso de revocación permiten la apertura de un nuevo debate sobre la materia ya decidida (*iudicium rescissorium*).[2754]

En Italia, también encontramos una forma de revisión mediante recurso. Los motivos de revocación saben de antiquísimos precedentes en la *restitutio in integrum* del derecho romano, en la *requête civile* del derecho francés, y en la *proposition d´erreur* del antiguo derecho galo.

Se distinguen tres figuras de revocación: 1) ordinaria, que impide a la sentencia pasar en autoridad de cosa juzgada; 2) extraordinaria,

2754. Guasp, Jaime, "Límites temporales de la cosa juzgada", en *Anuario de Derecho Civil*, fasc. II abril-junio de 1948. También en Ídem, *Estudios jurídicos*, *op. cit.*, p. 493 y ss.

que se deduce luego de haber consentido la sentencia; y, 3) revocación del Ministerio Público, en los casos en que la sentencia se hubiera pronunciado sin haber sido escuchado, o cuando el fallo es el efecto de colusión entre las partes.

Los motivos de revocación son taxativos, y se dan:

> Cuando la sentencia es la conclusión del dolo de una de las partes en daño de la otra (artículo 395, 1).
> Si se ha juzgado en base a pruebas reconocidas o como quiere que sea declaradas falsas después de la sentencia; o bien que la parte vencida ignoraba haber sido reconocidas o declaradas tales antes de la sentencia (artículo 395, 2).
> Si después de la sentencia han sido encontrados uno o más documentos decisivos que la parte no ha podido producir en juicio por causa de fuerza mayor o por el hecho del adversario (artículo 395, 3).
> Si la sentencia es el efecto de un error de hecho resultante de los actos y documentos de la causa; existe este error cuando la decisión se funda sobre la suposición de un hecho cuya verdad es incontrastablemente excluida, o bien, cuando se supone la inexistencia de un hecho cuya verdad es positivamente establecida, y tanto en uno como en otro caso si el hecho no constituyó un punto controvertido sobre el cual la sentencia hubo de pronunciarse (artículo 395, 4).
> Si la sentencia es contraria a otro precedente que tenga entre las partes autoridad de cosa juzgada, siempre que no se haya pronunciado sobre la respectiva excepción (artículo 395, 5).
> Si la sentencia es efecto del dolo del Juez declarado con sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada (artículo 395, 6).

Asimismo, el sistema procesal italiano categoriza otro tipo de oposición a través del tercero, que es un símil de la *tierce opposition* del *Code de Procedure Civile* de 1806. El artículo 404 establece que: "Un tercero puede hacer oposición contra la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada o, en general ejecutiva, pronunciada entre otras personas, cuando perjudique a sus derechos".

Calamandrei ha indicado que colocar la oposición revocatoria al lado de la oposición del tercero, y no al lado de la revocación, constituyen un error de construcción que, afortunadamente, no tiene graves consecuencias.[2755]

2755. Calamandrei, Piero, *La casación civil, op. cit.*, p. 67.

En Alemania coexisten dos modelos de revisión autónomos entre sí. Una demanda de nulidad y otra de restitución. La primera tiene su origen en la *querella nullitatis*; la otra en la *restitutio in integrum*. En tanto una se refiere al quebrantamiento de preceptos fundamentales referidos al procedimiento; la demanda de restitución persigue erradicar los vicios *in iudicando*, en los casos en que el material del proceso ha sido inadecuado, sea por actos punibles de los sujetos intervinientes o por variación de las circunstancias que sustentaron la sentencia.

En la antigua legislación lusitana se encuentran fórmulas autónomas de impugnación que parecen tomadas del derecho romano. El instituto se regló en las Ordenanzas alfonsinas y en las Ordenanzas manuelinas y filipinas que datan del siglo XVII. Estos registros se trasladan al derecho brasileño, que a través del reglamento 737 del año 1850 enuncia en el artículo 680 las siguientes causales de rescisión de la sentencia: si fue dictada por juez incompetente, o en virtud de prevaricato o cohecho; si fue pronunciada en contra de normas expresas del derecho de fondo, y si fue proferida en virtud de documentos declarados falsos.

En 1939, dictado el "Código de Proceso Civil", se regula la forma autónoma de revocación bajo el título *Da ação rescisória de sentença*; régimen que se mantiene en el actual ordenamiento procesal.

En América Latina, el nuevo Código Procesal de Perú sostiene en el artículo 178:

> Nulidad de la cosa juzgada fraudulenta. Hasta dentro de seis meses de ejecutada o de haber adquirido la calidad de cosa juzgada si no fuere ejecutable, puede demandarse, a través de proceso de conocimiento, la nulidad de una sentencia o del acuerdo de las partes homologado por el Juez que pone fin al proceso, alegando que el proceso en que se origina ha sido seguido con dolo, fraude, colusión o afectando el derecho a un debido proceso, cometido por una, o por ambas partes, o por el Juez, o por éste y aquellas.
> Puede demandar la nulidad la parte o el tercero ajeno al proceso que se consideren directamente agraviados por la sentencia, de acuerdo a los principios exigidos en este Título.
> En este proceso solo se pueden conceder medidas cautelares inscribibles.
> Si la decisión fuese anulada, se repondrán las cosas al estado que corresponda. Sin embargo, la nulidad no afectará a los terceros de buena fe y a título oneroso.

Capítulo LXXIII
Modos anormales de terminación del proceso

568. Definición correcta

El título V del Código Procesal de la Nación denomina, con cierta impropiedad, "modos anormales de terminación del proceso" a cinco tipos de culminación de la litis que obligan a dictar una sentencia, cuya única diferencia sobre la de mérito o definitiva es que en ellas se declara la procedencia del acuerdo voluntario entre partes, o se termina el proceso tras constatar el desinterés manifestado por alguna de las partes.

El punto de partida que explica como "anormal" es la terminación de un proceso que no llega a una sentencia, pero es equivocado porque esta se dicta, solamente que su fundamento se sostiene en el estudio previo de la regularidad de la instancia y de los actos que la preceden.

En efecto, estos sistemas de terminación del proceso distintos al debate sustanciado que trabaja sobre la verificación del derecho que cada parte sostiene y argumenta, se dividen en *modalidades objetivas* y *subjetivas*.

Las primeras se vinculan con las cargas, obligaciones y deberes que tienen las partes en el proceso, actuando como sanciones a la inactividad aunque admiten el replanteo de las pretensiones (*v. gr.* caducidad o perención de la instancia).

Las segundas son declaraciones de voluntad de las partes que el juez aprueba (homologa) a través de una decisión expresa; estas impiden la renovación del conflicto y determinan el efecto de cosa juzgada material (*v. gr.* desistimiento –arts. 304/306–, allanamiento –art. 307–, transacción –art. 308–, y conciliación –art. 309–).

569. El desistimiento

Desistir es renunciar a proseguir con algo iniciado; en el caso del proceso judicial, el abandono tiene dos características y dos posibilidades. Se puede desistir:

a. Del *proceso*, antes o después de notificada la demanda;
b. Del *derecho*, en iguales circunstancias.

Los efectos son distintos porque dependen del momento cuando la decisión se adopta. Mientras la demanda está sin notificar la parte mantiene la disponibilidad de realizar cuanto acto procesal crea conveniente (*v. gr.* cambiar, modificar o transformar el objeto liminarmente deducido); una vez que se concreta el emplazamiento, la litis queda trabada formalizando la bilateralidad y el derecho a la contradicción, de modo tal que, a partir de allí, la renuncia o abandono a continuar con el proceso debe contar con el asentimiento del demandado, pues este puede considerar que se afecta el derecho de defensa. De allí que, ante la eventual oposición, el desistimiento formulado en este tiempo carece de eficacia.

Este es el contenido formal del artículo 304 del Código Procesal en sus dos párrafos, que solamente inciden sobre la disponibilidad del derecho de acción pero sin alterar en parte alguna el derecho de replantear la pretensión material.

Se colige que el abandono o la renuncia es respecto al debate que el proceso motiva, circunstancia que, aunque el código no lo indica, ocupa también al derecho del demandado para desistir de sus oposiciones o de la misma reconvención.

De igual modo, teniendo en cuenta la libertad de las partes para disponer sobre sus derechos, el desistimiento puede ocupar tanto al derecho como al proceso, es decir que se puede renunciar en los términos de los artículos 944 y 946 del CCyC, para indicar por ejemplo, un tipo de derechos de fondo o sustanciales; y también declinar la instancia judicial al mismo tiempo.[2756]

2756. El Código Civil y Comercial regula este capítulo en los artículos siguientes: *Artículo 944*. Caracteres. Toda persona puede renunciar a los derechos conferidos por la ley cuando la renuncia no está prohibida y sólo afecta intereses privados. No se admite la renuncia anticipada de las defensas que puedan hacerse valer en juicio. *Artículo 945*. Renuncia onerosa y gratuita. Si la renuncia se hace por un precio, o a cambio de una ventaja cualquiera, es regida por los principios de los contratos onerosos. La renuncia gratuita

En suma, implicando una renuncia al derecho a la jurisdicción puesta en marcha con la demanda, el parangón entre el desistimiento de la acción (campo procesal) con la renuncia del derecho (campo sustancial) es innegable, y como esta no puede tener lugar tácitamente, pues en ambos supuestos la ley requiere de una manifestación escrita del sujeto procesal que desiste, o de ambas partes, al juez (arts. 304 y 305, CPCCN); siendo la aceptación, o conformidad de la contraparte, cuando sea formalmente requerida, la única hipótesis legalmente prevista en que el silencio opera como manifestación positiva de la voluntad, contribuyendo a generar efectos jurídicos.

569.1 Oportunidad

La diferencia en el tiempo es importante por las consecuencias inmediatas que supone. Las posibilidades son las siguientes:

Si aun la litis no está trabada, la disponibilidad del proceso es absoluta y el actor puede renunciar a continuar con su pretensión sin ninguna responsabilidad, salvo las que hubiere originado por costas causadas.

En cambio, si la demanda se ha notificado, únicamente se puede desistir de común acuerdo y hasta que la sentencia definitiva quede firme, lo que supone la fcultad de renunciar al derecho de apelar. Además, el acto que se tiene en cuenta es la notificación de la demanda, y no la presentación en juicio de quien se emplaza.

Si el demandado se opone a la renuncia unilateral que se le plantea, la declinación no tiene efectos. Pero dicha voluntad no lo obliga si concreta formal y expresamente su contrariedad, pues de otro modo, el silencio lo tendrá por conforme. No significa esto que la oposición deba ser fundada, sino que es menester manifestarla sin que importe una contradicción con actos anteriores que pudieran haber manifestado una actitud diferente.

---

de un derecho sólo puede ser hecha por quien tiene capacidad para donar. *Artículo 946*. Aceptación. La aceptación de la renuncia por el beneficiario causa la extinción del derecho. *Artículo 947*. Retractación. La renuncia puede ser retractada mientras no haya sido aceptada, quedando a salvo los derechos adquiridos por terceros. *Artículo 948*. Prueba. La voluntad de renunciar no se presume y la interpretación de los actos que permiten inducirla es restrictiva. *Artículo 949*. Forma. La renuncia no está sujeta a formas especiales, aun cuando se refiera a derechos que constan en un instrumento público.

El desistimiento de la acción ha sido recepcionado por nuestro ordenamiento procesal exclusivamente como una forma de terminación del proceso, y como tal es siempre voluntario y requiere la conformidad de la contraparte, excepto que se concretara antes de la notificación de la demanda o fuera acompañado o subsumido por el desistimiento del derecho en el que se funda la acción (art. 305, Cód. Proc.) siendo la voluntariedad del desistimiento una característica propia de la institución la que se confirma en el artículo 306 del ordenamiento indicado al declarar que el mismo no se presume y es condicionadamente revocable.

Por su lado, de acuerdo con el artículo 304 del Código Procesal de aplicación a los procesos ejecutivos, el ejecutante puede desistir del mismo antes de la notificación al ejecutado, por lo que sí así lo hace le corresponde la devolución de los instrumentos acompañados con su presentación, que no cabe denegarlo por el hecho de que el juez, al examinarlos *in limine*, haya desestimado la vía ejecutiva reclamada. Sin perjuicio de ello, atento a la característica de la documentación aludida, previo al desglose solicitado corresponde notificar al demandado el desistimiento y la sentencia.

569.2 Desistimiento del derecho

A diferencia del desistimiento del proceso, cuando se abdica del derecho se renuncia definitivamente a la posibilidad de requerir ante la justicia una pretensión de igual contenido. La renuncia no es sobre el derecho sustancial que se tiene, porque estos no se pierden por renuncia o declinación, inclusive está prohibida la renuncia anticipada de derechos que se puedan hacer valer en juicio (art. 944, CCyC); simplemente se abandona hacia el futuro la facultad de ejercer o sostener ante la jurisdicción el derecho de defensa en juicio.

La manifestación de renuncia, para que tenga efectos que impidan en lo sucesivo promover otro proceso por el mismo objeto y causa, requiere aceptación del beneficiario (art. 946, CCyC). Premisa con base en la cual se deduce que el desistimiento procesal del derecho significa, en esencia, la renuncia del actor a seguir debatiendo judicialmente el conflicto afirmado en la demanda (litigio), y contenido en la pretensión procesal, supuestamente existente con el destinatario del desistimiento, mas no al derecho mismo que se afirma como renunciado: mal puede el actor desistir de un derecho no ingresado aún,

definitivamente y sin lugar a dudas, en su esfera patrimonial, en razón de ser, precisamente, la demanda continente de un litigio; es decir, la afirmación unilateral de la existencia de un conflicto preexistente al proceso judicial; siendo hasta racionalmente concebible que, durante la secuela regular del procedimiento, resulte advertible la tipificación, en el caso de especie, de una hipótesis de litigio sin conflicto.[2757]

569.3 Manifestación expresa

En el Código Civil y Comercial se establece que *la voluntad de renunciar no se presume y la interpretación de los actos que permiten inducirla es restrictiva* (art. 948).

La Corte nacional sostiene que, en la interpretación de los actos de los cocontratantes, ha de buscarse lo efectivamente querido, precisando lo ambiguo, oscuro o incompleto, pero sin olvidar que el empleo de términos claros en apariencia no implica siempre una voluntad igualmente clara, si surge de los antecedentes de la causa que la modificación del sistema de pagos previsto por las partes fue ocasional y no definitiva. En consecuencia, el alcance de los actos que lo determinaron debe establecerse sobre la base de la situación que tendería a solucionar y no cabe proyectar más allá, aunque las expresiones usadas por las partes pudieran inducir a confusión, máxime mediando una renuncia onerosa, que se rige por las reglas de los contratos de esta naturaleza. Así, en el caso, la renuncia de interés por el actor no es más que una compensación de los que se adeudaban recíprocamente las partes; admitir una mayor extensión de la misma implicaría prácticamente transformar el acto en una liberalidad. Tampoco puede suponerse la renuncia tácita de los mismos, pues no se desprende de las negociaciones del modo indubitable que requiere la índole del acto.[2758]

Por ello, si bien el artículo 949 del CCyC sostiene que *La renuncia no está sujeta a formas especiales, aun cuando se refiera a derechos que constan en un instrumento público*, lo cierto es que tiene algunas porque si el desistimiento no es escrito, expreso e inequívoco, y presentado por quien es parte en el proceso y tiene facultades suficientes para hacerlo,

2757. González, Atilio, "Renuncia y desistimiento del derecho: ¿Acto sustancial bilateral y acto procesal unilateral?", *LL* 2001-D-926.

2758. CSJN, Fallos: 300:273, "Vianin, S. P. A. y otro c. Obras Sanitarias de la Nación".

la renuncia no se presume y obliga al juez a actuar en el marco de sus potestades saneatorias (art. 34, inc. 5, ap. b], Cód. Proc.). No existe el desistimiento tácito, y ante la duda debe estarse por el principio *pro actione*.

En cambio, si existen elementos de ponderación suficientes para relevar de ellos una conducta contraria, la presunción de renuncia es factible. Este temperamento se repite en algunos pronunciamientos que han observado que, si la apelante hizo íntegro pago del importe de la condena y sus accesorios sin formular reserva alguna respecto al recurso interpuesto, cabe atribuir a su proceder el carácter de desistimiento tácito de la queja por ella deducida. En esas condiciones, y dado que el pronunciamiento de la Corte debe atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión –aunque ellas fueren sobrevinientes al recurso interpuesto– carece la recurrente de interés para impugnar el auto denegatorio del remedio federal, resultando inoficioso pronunciarse en el recurso de hecho deducido contra el mismo.[2759]

569.4 El problema de las costas

El derecho romano consideró al desistimiento como una forma de manifestar la buena fe procesal y por ello le dio motivo para ser causa de liberación de costas. El demandado que durante el curso de la demanda decide allanarse, como el actor que desiste de la suya, demuestra su buena fe –dirá Ulpiano– y no es posible exigirle el pago de los gastos originados al adversario hasta el momento en que reconocen su propio error.

Para Chiovenda, esta disposición tiene, evidentemente, por objeto y por efecto disminuir los pleitos, ya que naturalmente si un litigante reconoce su error durante el proceso, y prevé que cediendo no ha de pagar más que los gastos causados a su instancia, cederá pronto. En caso contrario, es lo probable que continúe la victoria o de la suerte o de la opinión contraria del juez.[2760]

2759. CSJN, Fallos: 303:658, "Maidan Aguilés J. c. Empresa Nac. de Telecomunicaciones". O bien cuando se advierte que el depósito del capital adeudado sin hacer reserva alguna relativa a la continuación del trámite de la queja importa a ese respecto una renuncia o desistimiento tácito del recurso, siendo inoficioso dictar pronunciamiento sobre el fondo del asunto por haberse vuelto abstracta la cuestión debatida en el pleito (CSJN, Fallos: 323:285, "Dure, Juan I. P. y/u otra c. Etchevehere, Luis y/u otros").

2760. Chiovenda, Giuseppe, *La condena en costas*, *op. cit.*, p. 97.

Con la Ley de Zenón la idea varía, y el desistimiento, más que un acto de arrepentimiento en pleito temerario, va a entenderse como una actitud de renuncia que posibilita la exención de costas si hubo *iusta causa litigandi*, e inclusive causa de ignorancia justificada que determina el abandono del proceso. En uno y otro caso, siempre el concepto estaba en perdonar las costas del litigante leal y probo.

En un sistema objetivo no tiene cabida esta conclusión; en tal sentido el artículo 73 del Código Procesal federal dice en su parte pertinente: "Si el proceso se extinguiere por desistimiento las costas serán a cargo de quien desiste, salvo cuando se debiera exclusivamente a cambios de legislación o jurisprudencia y se llevare a cabo sin demora injustificada".

De acuerdo con la redacción establecida retorna en esta materia el principio objetivo de la derrota, pues nos basamos en la presunción de que quien desiste, válidamente pudo haber sido derrotado de continuar en el juicio; en cambio las excepciones asientan en la doctrina que establece la segunda parte del artículo 68 del Código citado, prestando atención particular al cambio que se opere en el sustento legal o en la jurisprudencia que viabiliza la pretensión, y al tiempo en que el acto de arrepentimiento se formula.

En principio el vencimiento no es un hecho que pueda objetivarse con claridad, pues a veces el desistimiento encubre otro acto procesal (*v. gr.* transacción). De igual modo, el tipo de desistimiento –del proceso o del derecho– acarrea consecuencias disímiles, e inclusive, la etapa procesal en que se ofrece permite una consecuencia diferente.

A nuestro entender el principio que menta el artículo 73 no puede aplicarse literalmente; vale decir, que el solo hecho del acto de desistir suponga, de inmediato, la asunción de las costas devengadas. Para ello es necesario confrontar el tiempo cuando se realiza, pues de ello depende la existencia de contraparte, o en su caso, de la sustanciación originada.

En cuanto a la etapa del procedimiento en que sucede el acto de desistir, caben algunas reflexiones más. Cuando la demanda no ha sido notificada, puede desistirse de esta sin que por ello se deba responder por las costas que pueda haber originado la presentación espontánea del demandado, desde que hasta aquel momento la relación procesal no ha quedado constituida.

Sin embargo, debe cargar con ellas si desiste de su demanda una vez corrido el traslado de ley aunque se encuentre pendiente de contestación,

si en ese lapso el demandado se vio obligado a requerir de los servicios profesionales de un letrado al que otorgó poder, incurriendo así en gastos que el demandante deberá pagar como justa compensación.[2761]

También, si el desistimiento ha sido formulado por la actora con posterioridad al acuse de negligencia y al traslado conferido, deberá cargar con las costas, puesto que esa condena tiene fundamento también en la inactividad procesal por ella observada en la producción de la prueba con anterioridad a la incidencia planteada por su contraria.[2762]

Inclusive si el interesado al evacuar el traslado de las excepciones opuestas desiste expresamente de la acción promovida y del derecho en que fundara la misma, las circunstancias de orden procesal que pudieron inducirlo a error respecto de la autenticidad de las firmas de los documentos base de la ejecución, no pueden ser válidamente invocadas como eximentes del pago de los gastos que, en concepto de costas, el demandado se vio obligado a realizar en defensa de sus derechos y ello conforme a lo dispuesto por los arts. 68 y 73 del Cód. Procesal.[2763]

Conviene apuntar que el interés cuya posibilidad de renuncia hace que la parte sea considerada como causante del litigio debe ser un mero interés, no un derecho, porque de otro modo todo vencedor sería causante de aquel y vencido por no haber renunciado a su derecho.

Por eso puede eximirse de costas a quien desiste de la acción cuando median motivos especiales que justifican dicho proceder, como cuando el acto se produce después de las aclaraciones necesarias suministradas por el demandado, sobre las circunstancias que en el caso específico justifican su falta de responsabilidad. Prosiguiendo en la marcha del juicio, si el abandono se produce en el alegato es inoportuno y responde por las costas.[2764]

Ahora bien, si el desistimiento no cuenta con la conformidad del demandado, cabe la posibilidad de continuar el proceso hasta la sentencia, y en tal caso se propone que, habiendo el actor cumplido con los requisitos que la ley procesal le impone para la exención de costas, estas deberán imponerse en el orden causado hasta el momento del desistimiento.

2761. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Costas procesales, op. cit.*, p. 366.

2762. Ibídem, p. 367.

2763. CNCom., Sala A, "Jafar, David c. Persico M.F.", 17/11/1970, *LL* 141-711, (25.722-S).

2764. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Costas procesales, op. cit.*, p. 390.

Las que se generen hasta la sentencia serán a cargo del demandado, toda vez que negó su anuencia para la extinción de la relación procesal, insistiendo en la prosecución de las actuaciones en su propio beneficio y por su exclusiva voluntad.[2765]

A su turno, si se tratara del desistimiento bilateral previsto en el artículo 304 del Código Procesal de la Nación que requiere conformidad de las partes, la falta de convención respecto de las costas obliga al juez a distribuirlas por su orden.[2766]

Esto debe diferenciarse de la actitud seguida por quien abdica sin medir las consecuencias de su acto, el que para ser efectivo necesitará de la aprobación del contrario.[2767]

Un viejo fallo plenario indica que el actor que desiste de la acción en juicio ejecutivo no puede ser eximido del pago de las costas, aunque alegue que se ha visto obligado a desistir por una declaración de inconstitucionalidad pronunciada con posterioridad a la traba del juicio.[2768]

Con relación a la calidad de las partes que intervienen en el pleito, debe señalarse que el artículo 73 referido tiene en cuenta la normal situación de que los litigantes son personas de derecho privado que litigan en función de normas jurídicas dictadas por un tercero independiente e imparcial que asume el rol de órgano regulador de la conducta social: el Estado; pero cuando este asume también el carácter de litigante es muy diferente la situación, porque el acto jurídico determinante de una excepción al principio general es dictado por él.[2769]

2765. Fornaciari, Mario, *Modos anormales de terminación del proceso*, Buenos Aires, Depalma, T. I, 1987, p. 48.

2766. Cfr. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. V, p. 340.

2767. Obtenido el allanamiento en la acción de escrituración el actor prefirió desistir de la pretensión resarcitoria para no prolongar el juicio exclusivamente en razón de ella. Sin embargo, trabada como estaba la litis, debía saber que ese desistimiento requería la conformidad del demandado pues de oponerse este, el desistimiento carecería de eficacia (art. 304, Cód. Proc.). Y ello es así porque, según lo enseña la doctrina procesalista, el desistimiento es un acto bilateral. Las costas que soporta quien desiste derivan de la circunstancia de haber obligado a la contraria a litigar en base a una pretensión que es luego abdicada por quien la dedujo. Por lo que no dándose supuestos excepcionales, quien desiste debe soportar las costas por él provocadas (CNCiv., Sala A, "Carloni, Antonio E. c. Benidor SRL", 14/03/1986, *LL* 1987-A-144).

2768. CCiv., en Pleno, "Caja de Previsión Social c. García, Ramón", 27/04/1928, *JA* 27-635.

2769. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Costas procesales*, *op. cit.*, p. 278, donde se cita un viejo precedente de la C. 1ª Civil, Com. y Minas San Luis, 07/08/1974, "Provincia de San Luis c. De Belaustegui de Sosa Gutiérrez, María M.", *LL* 1975-B-916; *Jurisp. Agrup.* caso 1005.

Desde esta perspectiva, cuando el Estado por vía legislativa lleva adelante un proceso, del cual desiste posteriormente a consecuencia de una modificación por ella misma provocada, en realidad el cambio normativo que se genera no le autoriza a eximirse de las costas, pues el obrar deviene de sus actos propios y sería injusto que el demandado soportara los gastos por una actuación que no provocó.[2770]

a. Variación jurisprudencial

Distintos serían los supuestos que atrapa la modificación legal o jurisprudencial, pues en ellos existe una cargada condición de subjetividad que hace al comportamiento resuelto en el proceso y que, por tal condición, podría significar no solo la condena en costas sino también la ocurrencia de sanciones procesales.

Para disponer la exención por variación de jurisprudencia, no se tiene en cuenta solamente este hecho, sino también la oportunidad para desistir. Por ejemplo, se ha entendido que deben ser impuestas las costas a la accionada que, pese a haber manifestado expresamente y desde un principio que conocía la jurisprudencia de la Corte cuya aplicación resultaba decisiva para la solución del litigio, obligó virtualmente a su total sustanciación, conducta que debe calificarse como temeraria.[2771]

En un caso así, el reconocimiento de jurisprudencia contraria se confronta con la buena fe o la creencia objetiva de obrar con derecho, sin que ninguna de ellas pueda constituir un supuesto de abuso procesal.

2770. Por ejemplo se ha dicho que no es justo que el particular expropiado desde el punto de vista de la lógica jurídica y con aplicación del principio de equidad, que se ha visto obligado a pleitear para defender un derecho constitucionalmente reconocido, deba cargar con las costas del proceso que desiste el expropiador por haberse dictado una nueva ley que excluye de la declaración de utilidad pública el inmueble de aquel. Una decisión tal lesionaría injustamente el derecho de propiedad del particular. Cuando el Estado dictó una ley especial expropiando un bien o bienes específicamente determinados y luego por otra ley deja sin efecto tal expropiación como consecuencia de la cual desiste del juicio, no existe la situación general de "cambio de legislación" –que lo exime de las costas que le corresponderían según lo dispone el art. 73 del Cód. de Proced.– pues lo que hay es cambio de una ley especial por otra de igual naturaleza, es decir una ley derogatoria de otra ley específica anterior (ampliación de fundamentos del doctor Mora Olmedo) (Fallo citado precedentemente).

2771. SC Buenos Aires, "Dewey, Jorge D. c. Municipalidad de Almirante Brown", 04/08/1981, *DJBA* 122:1.

Quien desiste invocando un cambio en la jurisprudencia tiene que fundar que su declinación obedece a tal cambio y demostrarlo con los elementos que la propia causa muestra.

No sería suficiente sostener que la nueva inclinación jurisprudencial altera los argumentos de la pretensión, sin poder compararlo con lo manifestado en sus escritos postulatorios. En cambio, si el tema de por sí era conflictivo e incierto, y existía jurisprudencia oscilante pero se esclarece con un plenario del fuero donde se litiga, el desistimiento inmediato puede justificarse con la exoneración de las costas o su distribución en el orden causado.

Distinto es el caso de quien, a sabiendas de la opinión judicial contraria a sus argumentos, insiste con ellos sin realizar innovaciones ni refuerzos en la premisa. Sin embargo, para considerar a tal conducta como una expresión desatinada, hay dos corrientes de opinión. Unos observan que deben imponerse las costas a la parte que litigó con temeridad manifiesta en razón de la procedencia del reajuste denegada en términos absolutos; ya había sido reconocida por reiterada jurisprudencia del tribunal, no habiéndose opuesto a su progreso razones nuevas, diversas de las consideradas en los casos precedentes.[2772]

Para esta línea conductiva, la conducta se manifiesta como desleal y obliga a un litigio innecesario donde el ejercicio del derecho de defensa se expone con evidente exceso. Sin embargo, en nuestro parecer, no podría llevarse a tal extremo semejante conclusión, en la medida que es lógico de quien litiga esperar que con sus fundamentos se pueda obtener un cambio en la jurisprudencia. Por eso, solo confrontando el objeto procesal y los motivos desarrollados con la conducta desenvuelta en la etapa probatoria para lograr que se confirmen o ratifiquen esos argumentos, se podrá llegar a una sanción del comportamiento.

Inclusive, hasta se podría señalar que si la orientación jurisprudencial no está señalada en la demanda, la variación no puede suceder más que como una contingencia innovativa en la cual el que desiste podría sostener, de buena fe, su conocimiento reciente.

Se ha hecho una distinción en esta materia según que el desistimiento motivado en una modificación jurisprudencial o legal se propicie solo en el proceso o condiga también al derecho. Mientras unos

2772. SC Buenos Aires, 15/09/1981, *DJBA* 122:95.

sostienen que no corresponde aplicar eximente alguno cuando se desiste del proceso, siendo viable la liberación cuando se renuncia al derecho.[2773] Otros aciertan en un criterio distinto, basándose en que la ley procesal no formula distinciones, de manera que al abdicar a la continuación del proceso por cambios legislativos o jurisprudenciales, no se puede pensar en la promoción de una litis generadora de amenazas y molestias para el demandado que, luego, por simple iniciativa se abandona.

Antes bien, dice Fornaciari

> Es el actor que de alguna manera ve perjudicadas sus aspiraciones y posibilidades por un medio de orientación que le es totalmente ajeno. Mucho menos puede pensarse en derrota. También puede obligarse al actor a abdicar de un derecho que, aunque perjudicado luego del cambio, en algún momento le pertenecía legítimamente, y puede abrigar la esperanza de un cambio futuro, una ley puede ser sustituida por otra ley, un fallo plenario por otro fallo plenario similar. Por último, existe la propia autoestima que hará que el actor desistente se crea aún con la razón pese al cambio que lo perjudica; castigarlo luego con la imposición de costas, puede configurar un exceso para quien fuese titular de un derecho sobre el cual construyera su demanda.[2774]

Igualmente, si el desistimiento formulado por la parte actora tiene su razón de ser en el acatamiento al fallo dictado en el fuero criminal, con posterioridad a la iniciación de la demanda corresponde eximirla de las costas.[2775]

De todos modos la variación jurisprudencial en un sistema jurídico donde únicamente el fallo plenario tiene obligación de acatamiento, tiene poca consistencia y hasta podría ser un exceso de aplicarse de oficio.

Si quien desiste funda el acto en la innovación jurisprudencial, debiera estar el antecedente que cambia expuesto en la demanda o en los escritos de postulación, para admitir que se aplique en su beneficio la regla del artículo 73 comentado.

De otro modo, la eximición obraría en base a una presunción de verdad sobre las afirmaciones; o por aplicar la convicción subjetiva de haber actuado con un derecho que ahora encuentra alterado; o bien,

2773. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. III, pp. 390-391.

2774. Fornaciari, Mario, *Modos anormales de terminación del proceso, op. cit.*, T. I, p. 48.

2775. CNCiv., Sala B, 06/07/1967, *LL* 127-1160.

por aplicar una estricta consideración subjetiva basada en el estudio del comportamiento procesal; pero nunca derivado de la sola mención del cambio jurisprudencial.

Asimismo, hay que advertir que las colecciones de fallos no son de conocimiento masivo. De forma tal que, el párrafo del artículo 73 que dice que el desistimiento debe practicarse *sin demora injustificada* llevaría a cuestionar desde cuándo se puede considerar que la alegación es o no razonable.

Inclusive, debiera quedar consentido que la regla de exclusión condenatoria en costas únicamente sería útil dentro del fuero donde se cambia la jurisprudencia, y ni siquiera aplicarla con los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, teniendo en cuenta que el concepto de jurisprudencia que tiene nuestro sistema procesal no conlleva el seguimiento obligatorio (*stare decisis*).

Ahora bien, si la abdicación se produce sin demora y apenas conocida la variante doctrinaria del Tribunal, las costas pueden eximirse; claro está, siempre y cuando el cambio jurisprudencial tenga mención del precedente que dice aplicable, y que se modifica al presente, pues de no constar, los gastos los soporta quien desiste.[2776]

De igual modo, si alguien desiste del pleito pasado, por ejemplo, más de un año del cambio de jurisprudencia, y lo hace en un proceso seguido entre las mismas partes, está poniendo de resalto que la tardanza ha obligado a la contraparte a una actividad que ahora resulta inútil, y por consiguiente, tendrá que responder por los costos del juicio.[2777]

Puntualizando los reparos que tiene esta característica, apuntamos que:

i. El problema de saber cuándo se produce la variación jurisprudencial debe concitar cierta flexibilidad del pretorio, a no ser que se interprete que ello está referido solamente a la jurisprudencia plenaria, por ser la única con características de generalidad y obligatoriedad que la asimilan en su ámbito de aplicación a la ley.[2778] Pero la Corte nacional de hecho ejerce funciones casatorias y tiende a uniformar la jurisprudencia,

2776. CSJN, Fallos: 313:1149, "Santiago del Estero, Provincia de, c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales y/o Estado Nacional s/ daños y perjuicios".

2777. Fornaciari, Mario, *Modos anormales de terminación del proceso, op. cit.*, T. I, p. 45.

2778. Ídem.

tanto como lo hacen los tribunales de apelación, por eso el criterio debe aplicarse también a sus fallos cuando ellos son constantes y reflejan consistentemente la doctrina legal.[2779]

ii. La variación jurisprudencial debe reconocer un precedente aplicable en la causa que se desiste, pues de lo contrario existiría una suerte de aprovechamiento que vulnera el principio general. Dicho precedente tiene que tener, inclusive, cierta entidad como para fundar la procedencia de la pretensión ahora abandonada.

iii. Por otra parte, no ha de tratarse de un precedente cualquiera, sino de una doctrina conteste y reiterada que pueda conocerse por sus propios argumentos, con claridad y sin retaceos o ambigüedades.[2780]

iv. El artículo 73 del Código Procesal es suficientemente claro al disponer que si el juicio termina por desistimiento, las costas son a cargo de quien desiste, salvo cuando se debiera exclusivamente a cambios de legislación o jurisprudencia y se llevare a cabo sin demora justificada.

2779. Corresponde imponer las costas por su orden, en virtud de la variación del criterio jurisprudencial que funda lo decidido (CSJN, "Ruiz, José c. Estado Nacional –Gendarmería Nacional–", 03/03/1987). Así también, procede la exención de costas cuando encontrándose el juicio en trámite, se desiste de la demanda, a fin de acatar la jurisprudencia posterior de la Corte, establecida en un supuesto similar, decidido sin imposición de aquellas; tanto más si es compleja la naturaleza jurídica de la causa y no median trámites numerosos luego del fallo acatado (CSJN, 18/04/1985, *ED* 17-647).

2780. Para que resulte aplicable el art. 73 del Código Procesal en orden a la imposición de las costas en el orden causado, se requiere que el desistimiento se deba a un cambio de legislación o de jurisprudencia, situación que es diferente de la mención de un caso aislado que no demuestre una corriente doctrinaria quieta y pacífica, cuya modificación encuadre en tales presupuestos, máxime cuando al tiempo de proveerse a las medidas de prueba ofrecidas, ya existía jurisprudencia en sentido opuesto a la pretensión del vencido (CNCiv., Sala G, 26/07/1983, *ED* 106-155). Asimismo, corresponde imponer las costas por su orden, en razón de que la doctrina jurisprudencial de la Cámara permitía a la concursada considerarse con razón para sostener la conclusión contraria a la arribada por la Corte (CSJN, "Lumicot SA" 10/03/1987). La Corte Suprema ha señalado, en parte, el camino de intelección procediendo a eximir de costas cuando el desistimiento obedece al propósito de acatar la doctrina sentada por aquel tribunal con posterioridad a la iniciación de la causa, pero a condición de que el desistimiento sea oportuno y que el fallo invocado se haya resuelto sin imponer las costas. Ello significa que, tratándose de cuestiones entre dos entidades estatales dependientes de un superior jerárquico único, la solución de aquellos está excluida de la consideración de los tribunales, debiendo las costas repartirse en el orden causado (CNFed. Sala civil y comercial, "Municipalidad de la Capital c. Gobierno Nacional", 15/10/1968, *Rep. La Ley*, XXVII, 715 sum. 362).

Ante la falta de elementos probatorios que demuestren la existencia de un acuerdo –como lo reconoce la propia apelante–, no puede modificarse el principio legal mencionado, pues las afirmaciones de la actora acerca de que había estipulado que las costas fuesen soportadas en el orden causado (art. 73, párr. 3) fueron desconocidas por la contraria.[2781]

Esto último nos demuestra otra faceta importante, pues el principio deja de ser aplicable si el denominado desistimiento en realidad esconde una transacción, ya que en este caso las costas deben soportarse por su orden.[2782]

Claro está que no es aceptable la tesis de que cualquier arreglo entre las partes, litis pendente, que signifique la terminación del pleito, haya de juzgarse sin más como un desistimiento, con la correlativa carga de las costas para el actor. Por el contrario, siempre corresponde examinar cuidadosamente, el contenido de semejantes acuerdos, a efectos de que, puesta en claro su verdadera naturaleza, pueda decidirse sobre dicha base el problema de los gastos causídicos.[2783]

Esta conveniencia de interpretar el acto que se somete a homologación interesa sobremanera cuando las partes han obrado sin atender el tema de las costas. Ello así porque para desistir del proceso se necesita de la aquiescencia o por lo menos del silencio del demandado, extremo que no incide en la carga de los costos en tanto no medie un acuerdo expreso.[2784]

2781. CNCiv., Sala C, "Bird de Nilcke, María V. c. Banco Comercial Hipotecario y Edif. de Córdoba S.A.", 22/12/1983, *LL* 1984-B-473, (36.622-S).

2782. El sentido que tiene lo dispuesto por el segundo párrafo del art. 73 del Cód. Procesal es que soporte las costas del juicio quien, por haber desistido, se presume que hubiera sido derrotado. Sin embargo, para aplicar la disposición citada hay que analizar si aquello que se llamó desistimiento no fue en realidad una transacción, ya que en este último supuesto las costas deben ser soportadas en el orden causado (CNCiv., Sala E, "Levy, Alberto J. y otra, sucs.", 15/07/1982, *LL* 1983-B-54).

2783. C.Apel. CC Rosario, Sala II, "Milatich de Vosicovich, Magdalena c. Mileta, Juan y otro", 25/04/1969, *LL* 138-962, (23.758-S).

2784. Cfr., CNCiv., Sala C, "Harari, Nahem R. c. Schulman, León y otros", 16/08/1979, *LL* 1979-D-379. Así también si el juzgado no corrió traslado del escrito en el cual al oponer excepciones quien ha sido llamado a juicio por error renuncia a su derecho de exigir el pago de las costas a condición que el accionante desistiera de la acción respecto de él, difiriendo su pronunciamiento para el momento en que fuera devuelta la cédula notificatoria del traslado de demanda, y antes de que se ordenara el traslado de las excepciones la actora se allana a la pretensión de excepcionante solicitando la exención de costas que éste había ofrecido; no media controversia respecto a la imposición de

Por tanto, si promedia un acto de voluntad común que reparta el coste procesal, el juez se encuentra condicionado por el principio dispositivo.

b. Variación legislativa

La variación legislativa, en principio, no acarrea dificultades interpretativas. Inclusive, aun cuando existiera una denuncia de inconstitucionalidad, ella solo sería para el caso concreto, y a los fines de las costas no tendría efecto suspensivo alguno.

De este modo, dictada una ley que soluciona un pleito cualquiera, la parte que quiere aplicar el beneficio de eximición en los gastos causídicos generados tendría que desistir apenas aquella se promulgue.

Por ello, si el desistimiento se manifiesta casi un año después de sancionada la ley que incide sobre el pleito en trámite, las costas no pueden ser eximidas por la actitud tomada extemporáneamente.[2785]

El tiempo en el que debe cumplirse la renuncia a continuar con el proceso, a hacer valer el derecho, tiene en esta fase una distinción importante.

De acuerdo con el artículo 8 del Código Civil y Comercial, la ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por la ley, de modo tal que el cambio legislativo no conocido no excusa la buena fe del litigante. El desconocimiento de las leyes no impide que se cumplan los efectos legales del acto, por lo cual, apenas publicada una ley se presume por todos conocida, de manera que la prudencia en el tiempo en que se decide la deserción concita el aspecto central para resolver el acto de abandono como eximente de costas.

---

costas ni allanamiento tardío y el juez debe resolver sin conferir sobre el particular traslado. En tal supuesto ellas corren por su orden. (CNCom., Sala C, "Ibec Arbor Acres Argentina, S.A. c. Alegre, Miguel", 05/12/1975, *LL* 1976-C-423 (33.617-S).

2785. Por principio corresponde imponer las costas a quien desiste; mas ello no ocurre cuando como en el "sub lite" el dictado de una nueva legislación incidió sobre la relación invocada por los demandantes. Y no puede desconocerse tal carácter a las disposiciones dictadas por un organismo administrativo cuando ha actuado dentro de sus atribuciones legales, pues por ley en sentido material o sustancial se comprende toda proposición o conjunto de proposiciones jurídicas dictadas y publicadas por los órganos competentes del Estado (en el caso, se había demandado la nulidad de las cláusulas de un contrato de mutuo con hipoteca) (CNCom., Sala D, 24/03/1983, *LL* 1983-C-543).

En nuestro parecer, el desistimiento por variación legislativa tendría que practicarse apenas conocida la ley (art. 5, CCyC), otorgando a los jueces la facultad discrecional de controlar hasta cuándo pueden estimarse los plazos como razonables para atribuir al acto calidad para exonerar de gastos causídicos.

A diferencia de la modificación jurisprudencial que adolece de ciertos problemas como el de la publicidad; la continuidad de la doctrina; la mención del precedente; etc.

Una vez más conviene destacar que si la litis no está trabada, el desistimiento del actor fundado en el cambio no ocasiona la asunción de las costas del proceso con excepción de aquellas derivadas de su propia intervención. A su vez, las correspondientes a la actuación del accionado dado su inoficiosidad, deben ser soportadas por dicha parte.

570. Allanamiento

Allanarse supone sujetarse o rendirse a alguna ley, demanda, decisión o convención, importando el acto con que el requerido abdica de toda oposición o renuncia a contraponer defensas, aviniéndose a lo pretendido o a la decisión judicial, o a lo tratado en alguna convención.

Es un típico acto unilateral de una persona por el que, sin reconocer derecho ni admitir verdad alguna, se somete a la pretensión hecha valer en juicio. En consecuencia, es un acto propio que persigue no dar lugar a la controversia.

Dicha actividad es un acto procesal con efectos jurídicos que solo el juez puede convalidar, porque la intención de allanarse no se presume, y la interpretación de los actos que induzcan a probar tal declaración de voluntad debe ser restrictiva.

570.1 Requisitos

El allanamiento tiene requisitos *subjetivos* y *objetivos*. Desde el primer punto de vista, solo se puede allanar quien es emplazado a contestar la demanda, esto es, quien reviste la calidad de parte en sentido sustancial. En cambio, los presupuestos objetivos giran en torno de la idoneidad y la posibilidad jurídica, de allí que el allanamiento es plenamente eficaz si el accionado no hace renuncia a ningún derecho que

comprometa el orden público, sino que se limita a reconocer la verdad de los hechos expuestos en la demanda, y no demuestra que al hacerlo actúe sin libertad, incapacidad o bajo apariencia o simulación.

Recordemos que si el allanamiento es incondicionado, oportuno, real, total y efectivo, puede ser eximido de afrontar las costas del proceso, en los términos del artículo 70, Código Procesal.

Las limitaciones que se tienen, sea por la calidad de parte, la posibilidad jurídica, o el control para que no se comprometa el orden público se exponen en algunos de los casos siguientes.

570.2 Oportunidad y costas

El allanamiento se debe expresar en cualquier tiempo antes de dictar sentencia, pero si ocurre dentro del plazo para contestar la demanda puede obtener los beneficios de la eximición de costas, en tanto haya sido real, cierto, oportuno, total y efectivo.

En el allanamiento existe una primera dificultad para aplicar los principios generales en materia de costas. Tanto el hecho objetivo de la derrota como la imposición por su orden, a menos que exista un vencedor, no tienen una clara adaptación al supuesto que comentamos.

Luego de varios estudios doctrinarios y de evolución jurisprudencial, hoy prácticamente no se discute que el allanamiento tiene una doble naturaleza. Por una parte, representa un modo anormal de extinción del proceso con características puramente negociales atento que, al implicar una autocomposición del litigio por renuncia del demandado a controvertir el derecho o la prestación que se reclama, no conlleva la necesidad de que sea aceptado por su contrario. Por otro lado, en cuanto instituto que permite eximir de costas a quien lo utiliza, ostenta la naturaleza propia del acuerdo procesal, pues debe ser aceptado por quien debe sufrirlo, habida cuenta que la ley le permite afirmar y acreditar la existencia de mora previa o de una circunstancia anterior que hubiera dado lugar a la reclamación que resulta aceptable mediante el allanamiento en el proceso.

Alsina explicaba que, para que haya vencido, es necesario que haya mediado una pretensión y una oposición. Por consiguiente, no procede imponer las costas al demandado que se allana a la demanda, salvo

que el acto se cumpla tardíamente por estar en mora, o por haber dado lugar con sus propias actitudes a la promoción de la pretensión.[2786]

Sentís Melendo, en cambio, pensaba que si el juez acepta el allanamiento del demandado y dicta la sentencia de acuerdo con él, el demandado ha quedado vencido, de la misma manera que vencido queda en toda lucha quien se somete, aunque sea desde el primer momento, y manifiesta su deseo de no enfrentarse con el adversario.[2787]

Para Reimundín no es esencial al concepto de vencido que un litigante haga oposición a las pretensiones de su adversario y, por lo tanto, el allanamiento no tiene, en principio, influencia en su determinación.[2788]

Actualmente el dilema no tiene definiciones precisas. La Corte nacional manifiesta que no tiene calidad de vencido quien se allana a la demanda; sin embargo debe cargar con las costas cuando se encuentra comprendido en los supuestos contemplados en el artículo 70 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

En la provincia de Buenos Aires, la Suprema Corte tiene dicho que "La circunstancia de que medie un allanamiento no implica la inexistencia de un vencido a los efectos de la imposición de costas".[2789] Agrega también que deben distinguirse los requisitos que el allanamiento ha de reunir, de las condiciones que deben acompañarlo para que se

2786. Alsina, Hugo, *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, *op. cit.*, T. III, p. 542. Criterio compartido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, 178:103; 180:83; entre otros.

2787. Si acepta la pretensión, se renuncia a litigar y, en tal concepto se declara vencido, sin lucha, el demandado. El vencimiento se ha producido y así lo pronuncia el juez. Pero es que, según la tesis que he sostenido, el allanamiento, que es aceptación de pretensión, pero que puede no ser reconocimiento, esto es, aceptación de las razones, cabe, además, que no sea admitido por el juez, quien declare vencido al actor. En uno y otro caso, ha habido vencimiento (Cfr. Sentís Melendo, Santiago, "Allanamiento a la demanda y la imposición de costas", *Revista de Derecho Procesal*, año VI, 1948, 2ª parte, Buenos Aires, Ediar, p. 7.

2788. Reimundín, Ricardo, *El concepto de litigante vencido*, en *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires, Ediar, 1954, p. 600.

2789. SC Buenos Aires, "Montiel, Zunilda Delfina contra Provincia de Buenos Aires. Inconstitucionalidad del decreto ley 9020/78", 10/08/2016. En el caso, el tribunal advierte que el allanamiento formulado por el señor Asesor General de Gobierno no reúne la exigencia de oportunidad y por tanto es tardío el allanamiento (doct. causas I. 2214, "Di Montova", sent. del 16-II-2005; I. 2291, "Rugani", sent. del 5-IV-2006; I. 2798, "Alonso", sent. del 10-X-2007; C. 96.859, "Banco de la Provincia de Buenos Aires", sent. del 2-XII-2009, entre otras).

exima de cargar con tal obligación.[2790] No obstante, algunos tribunales inferiores sostienen que el allanamiento a la demanda no significa que no medie un vencido a los fines de condenar en costas.

En efecto como el allanamiento implica una sujeción total y absoluta a la pretensión de la contraparte, en principio las costas deben ser soportadas por quien ha capitulado ante la razón del adversario ya que así lo impera el criterio objetivo introducido en nuestra legislación por el artículo 68 del Cód. Proc. Por consiguiente, la exención de costas debe interpretarse con criterio estricto habida cuenta de su excepcionalidad.

En la doctrina, Alcalá Zamora es partidario de la exoneración, toda vez que, a su entender, el allanamiento se produce en la etapa inicial del pleito impidiendo que se trabe la litis y que surja el litigio; dada esa naturaleza y ese efecto, no ocasionan perjuicios sino que los evitan, y no implican entonces fundamento para las costas.[2791]

Fassi y Yañez señalan que en el allanamiento no se configura técnicamente la calidad de triunfador.[2792] En cambio Morello, Sosa y Berizonce insisten en que solo circunstancias excepcionales permiten dispensar al demandado que se allana de soportar los gastos causídicos, "pues tal actitud no significa que no medie un vencido".[2793]

Con tales opiniones las costas, como institución procesal, se diferencian claramente de las consecuencias que siguen al allanamiento. Si bien es cierto que la calidad de vencido genera por vía de principio un crédito para reembolsar los gastos causídicos, tal condición no es la única receptada en la distribución de costas.

Si observamos con detenimiento cómo opera el hecho objetivo de la derrota, se advertirá que la consecuencia fue pensada como un sucedáneo de la sentencia dictada luego de una controversia judicial. Pero además, existen diversas excepciones que se fundan en la calidad subjetiva del acto para derivar de allí el responsable por las costas procesales.

2790. *DJBA* 120:48 y 54, citado por Condorelli, Epifanio José Luis, *Código Procesal Civil y Comercial de Buenos Aires comentado*, Buenos Aires, Zavalía, T. I, 1988, p. 240.

2791. López del Carril, Julio, *La condena en costas, op. cit.*, p. 111.

2792. Fassi, Santiago; Yañez, César y Maurino, Alberto, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y demás normas procesales vigentes. Comentado, anotado y concordado, op. cit.*, T. I, p. 432.

2793. Morello, Mario Augusto; Sosa, Gualberto Lucas y Berizonce, Roberto Omar, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación, op. cit.*, T. II, p. 198.

Por ejemplo, la conducta procesal; la diligencia en el obrar; la oportunidad, etc. son muestras que permiten deducir a partir del comportamiento quién pagará las costas de la litis. En el allanamiento ocurre precisamente este análisis del comportamiento. Confronte que se da no solo en la actitud del demandado sino también del demandante, obligando a cada uno a responder por sus propios actos y añadiéndoles condiciones para librarse de los gastos causídicos.

Se verá, entonces, que la calidad de vencido es relativa y no tiene trascendencia para imputar las costas, pues lo importante está en resolver si el accionante tuvo necesidad de promover el proceso para lograr la realización de su derecho; si acudió a vías extraprocesales de igual resultado; si le dio oportunidad al demandado de conocer su intención o de reclamarle previamente sin que la demanda constituya un suceso sorpresivo.

En el demandado, a su vez, habrá de determinarse la condición morosa; dilatoria; entorpecedora, etc. Además la ley requiere, para que el allanamiento cuente con entidad suficiente para eximir de la carga de las costas, que sea real, incondicionado, total y efectivo, y que se formule por quien no se encuentre en mora o haya incurrido en culpa; de otra manera no tiene virtualidad alguna.

De todo ello surge que para imputar las costas en el allanamiento no es necesario encontrar un vencido, sino, simplemente, analizar la conducta desenvuelta en sus actos anteriores para obtener allí la respuesta y el responsable por las costas procesales.

570.3 Condiciones del allanamiento

El único recaudo que debe tener el acto procesal de allanarse a la pretensión es no dejar lugar a dudas de que quien lo formula ha querido someterse a la demanda de la parte contraria; los demás requisitos se refieren a las condiciones que ha de reunir para que el allanado se exima de abonar las costas del proceso.

La claridad de la presentación significa que la voluntad declarada no sea dubitativa, y para que ella sea eficaz debe necesariamente ser pública, es decir, que pueda ser conocida por el actor tan pronto se registra, para que este sepa a qué atenerse y se ahorre el desgaste propio de una actividad procesal ulterior inútil o descaminada.

Al fin y al cabo la distribución de costas por su orden cuando medie un allanamiento en tiempo y forma resulta ser una suerte de premio concedido al demandado que con su actividad le ahorra a todos (a la contraria y al tribunal) un mayor despliegue de actividad.[2794]

El allanamiento requiere la suma de diversos compromisos: ser expreso, sin reticencias, categórico y terminante. Por otra parte son requisitos negativos para eximir de costas que quien hubiese adoptado tal conducta procesal no hubiese dado lugar por su culpa a la reclamación, o se encontrara incurso en mora al tiempo de conocer la pretensión judicial.[2795]

Por esto es necesario tener en cuenta la conducta que las partes hayan observado antes y dentro del juicio, a los fines de resolver la condena en costas, sobre todo si se tiene en cuenta que el allanamiento puede proponerse en dos momentos, uno al tiempo de contestar la demanda y otro cuando la parte no podía tener conocimiento, objetivamente, de la situación que le llega con claridad con la aparición de títulos y/o documentos no acompañados con la demanda.

En el actor se exigen también ciertos recaudos, por ejemplo, cuando de los antecedentes del juicio resulta que el demandado no ha dado motivo a la interposición de la demanda, las costas pueden imponerse al vencedor del juicio.[2796]

Asimismo de acuerdo con la teoría objetiva en la materia, los accionantes deben cargar con las costas de la parte traída injustamente a

2794. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Costas Procesales*, *op. cit.*, T. I, 3ª ed., p. 298 y ss. C. Apel., CC. Rosario, Sala IV, "Rocaforte, Ricardo c. González Theyler, Angel", 05/06/1986, *LL* 1987-B-592 (37.607-S). Se agrega asimismo que: "Si no obstante que en algún pasaje de su escrito de contestación a la demanda, el demandado expresó que se allanaba "lisa y llanamente" a la acción de la escrituración, la circunstancia de que en ese mismo escrito esa misma parte haya negado que le hubiese sido abonado el total del importe del precio –cuestionando así lo que en sentido contrario afirmara la actora en su demanda, en punto de pago total– quitó efectividad a ese allanamiento, no configurándose tal, de modo real y efectivo, cualidades estas que debe necesariamente reunir para que proceda la exención de costas al vencido en los términos del art. 70, última parte del CPCC" (C. 1ª CC, La Plata, Sala II, 21/06/1981, causa 181.419).

2795. Uno de los requisitos negativos a fin de eximir de costas es que el demandado no hubiese dado lugar por su culpa a la reclamación. (CNCivil, Sala F, "Alvarez José c. Valmaggia, Amanda" 09/04/1981).

2796. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Costas Procesales*, *op. cit.*, T. I, 3ª ed., p. 277, C. Apel. CC Rosario, Sala II, "P.,O.G.", 13/06/1978, *Rep. La Ley*, XL, A-I, 633, sum. 67.

juicio y a la que no relevaron de responsabilidad inmediatamente después de producirse su defensa, exigiendo, así, con su actitud, que se dictara sentencia al respecto (en el caso, allanamiento de la demanda).[2797] La necesidad de recurrir al juicio debe justificarse de conformidad con lo que aprecie el juez sobre los hechos de la causa, y en el supuesto de documentos tardíamente presentados debe cotejarse la imposibilidad de conocimiento y obtención al tiempo de incoar la demanda.

En este caso, se ha dicho –criterio que compartimos– que

> Si el documento fundante de la demanda se presenta tardíamente, el actor debe cargar con las costas de la incidencia respectiva luego del reclamo efectuado por la contraria con lo cual se aplica el artículo 137 del Código Procesal (Santa Fe) –conc. artículo 333, Cód. Procesal–; no importando aquí si hay allanamiento o no a la vista de esos documentos.[2798]

La materia sobre la que versa el proceso debe ser transigible; de otro modo el allanamiento podría vulnerar el orden público o ser fuente de componendas o simulaciones que agravian la finalidad del proceso.

570.4 Exención de costas

Para liberarse de pagar las costas por la derrota que supone reconocer voluntariamente las razones que porta una demanda, es necesario cumplir con varios requisitos que el código enumera.

No se debe confundir el derecho o la facultad de allanarse, para lo cual no hay tiempo establecido, con la consecuencia que tiene este acto respecto de las costas.

Téngase en cuenta que la regla general dispone que la condena en costas no es un castigo o sanción para el litigante vencido, sino una reparación de los gastos que la contraria ha debido efectuar para obtener el reconocimiento de su derecho; por lo cual, para apartarse de ella es preciso que existan razones muy fundadas, las que deben aplicarse con criterio restrictivo.

Es por ello que no cualquier allanamiento a las pretensiones de la contraria justifica la exoneración del pago de las costas, pues además

2797. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, *op. cit.*, T. I, p. 155. CNCiv., Sala F, 17/09/1968, *LL* 136-1026 (21., 839-S).

2798. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Costas procesales*, *op. cit.*, 3ª ed., T. I, p. 278 y ss. C. Apel. CC Rosario, Sala III, 28/07/1978, *Rep. La Ley*, XL, A-I, p. 646, sum. 186.

de ser real, incondicionado y oportuno es necesario que sea efectivo y ello no se configura con la mera manifestación de admitir la procedencia de la acción.[2799]

En otros términos, como las costas no actúan como una penalidad al vencido, sino como un resarcimiento de los gastos causídicos ocasionados al vencedor, el allanamiento carece de aptitud para determinar la exención si no se acompaña de los requisitos establecidos en la ley procesal.

Para poseer virtualidad eximente se requiere entre otros extremos que el allanamiento se cumpla por la parte que no hubiere dado ocasión a la promoción de la demanda, esto es, que hubiere actuado razonablemente inducida por las circunstancias objetivas de la causa.[2800]

Además es necesario que no haya incurrido en mora en el cumplimiento de la obligación que se le exige en el proceso,[2801] o que no haya dado con su actitud culpable otra salida al actor que la interposición de la demanda. Por eso corresponde imponer las costas al demandado pese a su allanamiento, si con su actitud culposa dio lugar al juicio.[2802]

Por otra parte, no es eficaz el acto de sometimiento cuando su autor prosigue litigando, demorando en consecuencia la sustanciación y desenlace del pleito y conspirando contra el propósito perseguido por la ley de instituir la figura del allanamiento como un medio expeditivo para dar finiquito a la controversia.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 70 del Código Procesal de la Nación, sus similares, y el artículo 251 del ordenamiento santafecino, el allanamiento puede ser *inicial* o *sobreviniente* teniendo lugar cada uno de ellos: al contestar la demanda o la reconvención, y dentro del quinto día de tener conocimiento de los títulos e instrumentos tardíamente presentados, respectivamente.

2799. Ibídem, p. 280 y ss. CNEsp. CC., Sala I, 17/12/1980, "Lisboa, S.A. c. Oberto de Bogani, Alma y otro", *Rep. La Ley* , XLI, A-I, 794, sum. 32.

2800. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Costas procesales, op. cit.*, p. 280 y ss. CNCiv., Sala D, 23/02/1983, "Furlone, Ernesto M. c. Converso, Flora", *LL* 1983-B-725.

2801. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Costas procesales, op. cit.*, p. 280 y ss. CNCiv., Sala D, 27/11/1981, "Bolado, Francisco y otros c. Maubre, Víctor A.", *Rep. La Ley* , XLIII, A-I, 578, sum. 20.

2802. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Costas procesales, op. cit.*, p. 280 y ss. C. 3ª CC Córdoba, "Stamponi de Comachione, Lidia M. c. Tutora, Cía Sudamericana de Seguros S.A.", 16/08/1984, *LLC* 984-1259.

Ahora bien, la temporaneidad del planteo debe reunirse con los cinco elementos reseñados y con las condiciones del allanamiento para que, analizados en conjunto, permita al juez deducir la procedencia de la exención de costas.

Además cada uno de los requisitos tiene singularidades que los perfilan con características propias, exigiendo a su vez determinadas condiciones:

a. Allanamiento real

Si bien no se exigen términos sacramentales para pronunciar la voluntad de allanarse, la manifestación debe ser clara y explícita, lo que significa someterse expresamente a la demanda que se propone.

Algunos ordenamientos provinciales han interpretado este requisito dándole cierta elasticidad. Por ejemplo se ha dicho que

> La decisión de costas en la perspectiva del artículo 688 del código de procedimientos civiles de Entre Ríos se condiciona al hecho de que el locatario condenado a desalojar cumpla –o no– con su obligación de entregar el inmueble conforme lo decidido en la sentencia, difiriendo el pronunciamiento –en principio– hasta que se cumpla el plazo de entrega, y mediando allanamiento a la demanda, éste no debe interpretarse con un sentido formalista, o sea limitando su alcance al allanamiento expreso, sino que la forma indicada –art. 688– debe operar igualmente en supuestos en que la conducta del locatario en el proceso supone producir una situación procesal que, lógica y razonablemente, puede equipararse al allanamiento, aunque éste no sea expreso.[2803]

Para ser expreso, basta con indicar que se allana a las pretensiones, sin necesidad de realizar consideraciones accesorias.

Por ejemplo, si los demandados expresaron que "se allanan al total cumplimiento de la obligación", pero niegan los hechos invocados en el escrito inicial, y sostienen que el comprador debía pedir la fijación de plazo en procedimiento sumario, además de solicitar que se rechace oportunamente la acción, no es propiamente un allanamiento incondicionado y total que permita eximirlos de las costas.[2804]

2803. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Costas procesales, op. cit.*, p. 282, C.Apel. CC. Concepción del Uruguay, 28/08/1978, *Zeus* 979-16-104.

2804. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Costas procesales, op. cit.*, p. 283. CNCiv., Sala E, 13/08/1970, *LL* 143-619 (26.964-S).

Por eso la intención de allanarse no se presume, y la interpretación de los actos que induzcan a probarlo debe ser restrictiva.[2805]

En el mismo sentido, debe advertirse que si bien puede existir asentimiento a la pretensión, pero con articulaciones insertas en el escrito de responde que impiden la calificación de allanamiento, ello resulta insuficiente para una liberación de las costas.

Los requisitos para la exención de costas no trabajan aislados, sino en concurrencia; de modo tal que no se dan si el accionado pretende descargar su responsabilidad ensayando la justificación de su morosidad, lo cual no dejó a los actores otra alternativa que entablar la correspondiente demanda luego de fracasados los intentos cumplidos extrajudicialmente.[2806]

Asimismo corresponde imponer las costas íntegramente al demandado si en su contestación a la acción entablada contra él no hubo propiamente un allanamiento liso y simple, lo cual hizo imprescindible la apertura del juicio a prueba para acreditar, en el caso, que la rendición de cuentas presentadas por aquel era extemporánea y tardía.[2807]

Ahora bien, si con la contestación de la demanda o la reconvención se acompaña simultáneamente el cumplimiento de la prestación reclamada, puede inferirse la presencia de la voluntad de allanarse.[2808]

Basado en esto se ha señalado que cuando el allanamiento no va seguido del cumplimiento de la obligación no procede la exención de costas.[2809]

2805. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Costas procesales*, *op. cit.*, p. 284. CNCom., Sala D, 27/10/1982, "Uriarte, Rafael A. y otro c. Zitto, Aldo H.".

2806. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Costas procesales*, *op. cit.*, pp. 285/6. CNCiv., Sala C, 12/03/1968, "Paganini, Milton B. y otros c. Ferrando de Veiga, Clara M. y otro", *LL* 133-674.

2807. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Costas procesales*, *op. cit.*, p. 286 y ss. CNCiv., Sala E, 28/03/1968, "Kohl y Ullman S.R.L. c. Sinland, José", *LL* 133-403.

2808. No obstante, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que, si bien el cumplimiento material de la prestación perseguida en el proceso es una especie del allanamiento (arg. art. 70, inc. 2, párr. 2, Cód. Proc.) dicho instituto –definible como la renuncia a continuar la contienda– no se identifica siempre y necesariamente con el reconocimiento de que las pretensiones del adversario estén jurídicamente fundadas, situación esta última a la que alude el primer inciso del ya citado art. 70 del cód. procesal (CSJN, Fallos: 307:2061, "Peso, Agustín C. c. Banco Central de la República Argentina").

2809. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Costas procesales*, *op. cit.*, p. 299. CNCiv., Sala D, 05/04/1974, *LL* 1975-C, 491 (32.587-S).

No obstante debe advertirse que en todos los casos en que se reclame el pago de sumas de dinero, el allanamiento, a los efectos de la exención de costas, debe ir acompañado con el depósito del importe, siendo una cuestión de hecho a valorar de acuerdo con las circunstancias y la naturaleza y causa generadora de la relación jurídica.[2810]

Aun cuando en ciertos casos el demandado siempre debe soportar los gastos causídicos; *v. gr.* si al contestar la demanda contencioso-administrativa promovida contra la Provincia de Córdoba a objeto de que se dejara sin efecto una sentencia del Tribunal Fiscal, la demandada se allana a la pretensión de los actores, las costas deben ser soportadas por la provincia, pues aquellos se vieron en la necesidad de litigar para obtener el reconocimiento de sus derechos.[2811] El demandado en juicio de pago por consignación, aun cuando se allane a la demanda debe cargar con las costas, máxime si con su actitud dio ocasión al juicio.[2812] También, aunque la patronal se allane y abone el monto por integración del mes de despido, las costas son a su cargo.[2813]

b. Allanamiento incondicionado

Incondicionado significa eso, no condicionar ni reducir el acto por el cual expresa el sometimiento a las pretensiones del actor.

De este modo no resulta procedente solicitar la exención de costas, si al mismo tiempo se desconoce el derecho y se modifican los hechos pues tal manifestación condiciona el acto del allanamiento.[2814]

Por ello, es la propia conducta del allanamiento, emergente del escrito donde se reconoce el derecho de la contraparte, lo que impide la sanción en costas, ya que si introduce en aquel una condición dilatoria

2810. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Costas procesales, op. cit.*, p. 438 y ss. CNCiv., Sala D, 02/04/1974, *LL* 156-847 (31.858-S).

2811. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Costas procesales, op. cit.*, p. 438 y ss. TS Córdoba, Sala civil, com. y cont. Adm., 25/07/1967, "Ames. Lidia y otros c. Provincia de Córdoba", *Rep. La Ley*, XXXIX, 529, sum. 49.

2812. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Costas procesales, op. cit.*, p. 438 y ss. CNPaz, Sala III, 02/09/1966, "Nannis, Carlos N., c. Ricarde S.A.", *Rep. La Ley*, XXVII, 428, sum. 57.

2813. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Costas procesales, op. cit.*, p. 438 y ss. CTrab. Santa Fe, 11/09/1963, "Greco, Antonio c. Industria Automotriz Santa Fe", *Rep. La Ley*, XXV, 369, sum. 38.

2814. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Costas procesales, op. cit.*, p. 438 y ss. CNEsp. CC, Sala V, 22/11/1977, BCECyC, 661, núm. 9530.

–aun sin estar en mora– constituye un obstáculo que enerva la excepción al régimen positivo.[2815]

En otros casos puede tenerse por condicionado el allanamiento de la parte demandada –con efecto de imputársele costas– si aquello que se tiene por condición solo pretende lograr la integración de la litis, de modo que la sentencia puede alcanzar la total definición de la situación jurídica existente en relación con las personas de sus titulares, trascendiendo así el simple interés general que importa el fundamento de la intervención de terceros que la ley procesal estatuye.[2816]

De igual manera, la reserva efectuada por el demandado, de acogerse a cualquier modificación futura de la ley de emergencia, no significa condicionar su oportuno allanamiento ni impide aplicar costas –en el caso artículo 677 del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires–.[2817]

En todos los casos debe volverse al presupuesto inicial y resolver si ha existido necesidad de litigar y/o el demandado se encuentra en mora; de este modo si la actora debió recurrir a la vía judicial para cobrar su crédito y no ha mediado allanamiento liso y llano, sino condicionado al pago en cuotas y sin interés, no corresponde la eximición de costas del demandado.[2818]

Tampoco puede el accionado ser constreñido al acto, en tal supuesto, y a los efectos que venimos comentando, debe entenderse que el allanamiento no es oportuno y tampoco incondicional si en el período extrajudicial se lo condicionó a la firma de un recibo donde se renunciaba a todo derecho adicional.[2819]

2815. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Costas procesales, op. cit.*, p. 438 y ss. C. 1ª CC Bahía Blanca, Sala II, "Romero S.A. c. Brichman de Balog, Juana y otra", 17/11/1981, *Rep. La Ley*, XLII, A-I, 618, sum. 15.

2816. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Costas procesales, op. cit.*, p. 438 y ss. C. Apel. CC Paraná, Sala I, "Barbero, Dora E. c. Zales de Scuazberg, Clara", 27/11/1978, *Rep. La Ley*, XLI, A-I 794, sum. 38.

2817. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Costas procesales, op. cit.*, p. 438 y ss. C. 2ª CC, La Plata, Sala III, 22/051979, *SP LL* 979-537.

2818. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Costas procesales, op. cit.*, p. 438 y ss. CNCom., Sala C, 30/09/1966, *JA*, 966-VI-96.

2819. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Costas procesales, op. cit.*, p. 438 y ss. CNCom., Sala A, 1976/12/24, *LL* 1978-B-705, sec. Jurisp. Agrup., caso 3161.

Asimismo corresponde desechar la oposición deducida por la parte actora y dictar sentencia si el allanamiento a la demanda formulado por la accionada ha sido incondicional, y la cuestión referente a costas e intereses ha de ser materia de esa decisión.[2820]

c. Allanamiento oportuno

Para que quepa reputar oportuno a un allanamiento, a los fines de quedar exonerado de los gastos causídicos, debe ser efectuado en un momento tal que no ocasione un dispendio de actividad por parte del actor o del Tribunal, y dicho tiempo no puede ser otro que el fijado por la ley procesal para contestar la demanda.[2821]

Para el accionado, el estado de mora en el momento del allanamiento obsta a la eximición de costas a su respecto, consecuencia que no se produce si aquella se encuentra purgada.

Ahora bien, el sometimiento a la pretensión solo autoriza a la exención de costas si es oportuno, total, incondicionado y seguido del cumplimiento de la obligación. Tales extremos no se dan si el accionado pretende descargar su responsabilidad ensayando la justificación de su morosidad, lo cual no deja a los actores otra alternativa que la de entablar la correspondiente demanda luego de fracasados los intentos cumplidos extrajudicialmente.[2822]

En tal caso, pese a que el allanamiento a la demanda se efectúe en forma total e incondicionada, si la accionada no consignó el importe reclamado conforme lo dispuesto por el artículo 70, inciso 2, última parte del Código Procesal, corresponde imponerle las costas, máxime

2820. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Costas procesales, op. cit.*, p. 438 y ss. CNCiv., Sala B, 09/03/1966, *LL* 123-976, (13.944-S).

2821. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Costas procesales, op. cit.*, p. 438 y ss. CNEsp. CC, Sala V, 05/09/1978, Rep. La Ley, XXXIX, A-I, p. 532, sum. 30.

2822. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Costas procesales, op. cit.*, p. 438 y ss. En el caso de allanamiento a la demanda deben imponerse las costas al demandado si antes de promover el juicio el actor realizó gestiones para obtener el pago de su crédito, lo que acredita la mora de aquel (CNCom., Sala B, 1964/05/22, *LL* 117-368). El demandado que fuera anteriormente constituido en mora, no puede exonerarse del pago de las costas del juicio, aun cuando se allanare, pues conforme a la moderna teoría objetiva del riesgo, las costas no constituyen un castigo para el litigante malicioso o temerario, sino tan sólo el resarcimiento de los gastos de quien ha debido afrontar un juicio para entablar una demanda justa o defenderse de una injusta (CNCiv., Sala F, 1969/06/24, *LL* 137-832 [23.289-S]).

si la pretensión de la exención no se formuló al tiempo de allanarse a la acción, oportunidad en que, por lo demás, ya había incurrido en mora conforme a lo estipulado en la documentación que no fue objeto de observación alguna en la oportunidad procesal pertinente.[2823]

De todas maneras, debe tenerse presente que una cosa es el allanamiento como figura jurídica, siempre posible antes del dictado de la sentencia y otra, diferente, la obligada consecuencia de cargar con las costas cuando dicha actitud es tardía por extemporánea. A este tiempo se refiere la ley, y tiene carácter perentorio. Por esta razón el allanamiento efectuado por el litigante, luego de negar su responsabilidad en el responde y de abierta la causa a prueba, es tardío, a más de ser condicionado por su cuestionamiento de cuál debía considerarse que era la unidad de carga. Por tanto, no es aplicable lo dispuesto por el artículo 70 del Código Procesal.[2824]

En suma, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 70 del Código Procesal, para que el allanamiento exima de las costas al vencido es necesario, entre otras condiciones, que sea oportuno. Esto significa que debe tratarse de un caso en que el demandado, por su conducta morosa, haya llevado a la necesidad de iniciar las acciones para el reconocimiento del derecho. La mora a que se refiere la norma y que impide sostener la oportunidad del allanamiento puede constituirse por causa de la demanda o haber sido anterior, ya que no cabe considerar que fue en término justo si la conducta extrajudicial del demandado impuso la promoción de las actuaciones, como única posibilidad para que ejecutara sus obligaciones contractuales.[2825]

d. Allanamiento total

Allanamiento total significa aceptar la demanda en todas sus pretensiones. El problema está cuando desde esta simpleza aparente para tomar la decisión de no controvertir y lograr, de este modo, la eximición de costas, el demandado al allanarse no sabe con exactitud

2823. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Costas procesales, op. cit.*, p. 438 y ss. CNCiv., Sala C, 1968/03/12, *LL* 133-674.

2824. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Costas procesales, op. cit.*, p. 438 y ss. CNCiv. y Com. Fed., Sala III, febrero 11-985, (407-SJ), *ED* 116-629.

2825. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Costas procesales, op. cit.*, p. 438 y ss. CNCiv., Sala C, 07/03/1985, "Tecnocausa S.A. c. Geo Inmobiliaria, S.R.L.", *LL* 1985-C, 493.

qué monto debe pagar y, por lo tanto, no deposita ni da en pago suma alguna a la espera de una liquidación definitiva.

También, a expensas de la incertidumbre, pero a sabiendas de que el sometimiento voluntario supone cancelar la obligación que se pretende; siendo esta de dar sumas de dinero, lo deposita olvidando el adicional por intereses, con lo que la suma está disminuida o constituye un pago parcial –no total a los fines de la exención de costas–.

En fin, lo que pretende el requisito es que el acto de allanarse constituya una actitud comprometida con el cumplimiento de la obligación a través de una manifestación seria y explícita que pueda evidenciar la intención de pagar (o cumplir).

Hay leyes especiales que tienen criterios propios. Así, lo previsto en cuanto a las costas por el artículo 8 de la Ley N° 23029 se refiere a contiendas que terminan con el allanamiento y renuncia a toda acción y derecho relativos a la causa, formuladas por quien opta por régimen de aquella, pero no a la hipótesis en que, de oficio, resulta condonada la deuda.[2826]

e. Allanamiento efectivo

Este recaudo guarda estricta relación con el anterior siendo preciso diferenciar que, en algunos casos, la obligación reclamada es susceptible de cumplirse inmediatamente (*v. gr.* desalojo de un inmueble; pago de una suma de dinero; entrega de una cosa determinada, etc.); mientras en otras la satisfacción depende de variadas circunstancias y contingencias (*v. gr.* obligación de hacer, otorgar escritura pública, etc.).

En líneas generales, efectivo significa cumplir de inmediato con la pretensión a la que el que se allana se somete. Por ejemplo, si con el allanamiento no se depositan las llaves del inmueble cuya restitución se reclama, las costas deben ser soportadas por la demandada, puesto que tal abstención implica que el allanamiento no es efectivo.

La idea de integridad lleva implícita la voluntad de allanarse a pagar o cumplir con lo que se pide; de manera que si son sumas de dinero que tienen una liquidación pendiente, debe oblarse la cantidad que se estime con más sus accesorios, y la manifestación expresa de satisfacer el importe final de la cuenta que judicialmente se apruebe.

2826. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Costas procesales, op. cit.*, p. 438 y ss. CNFed. Cont. Adm., Sala II, 05/07/1984, "Gobierno Nacional c. Fibrolín S.A.", *JA* 1985-II, 695.

Por supuesto que la situación no varía por el hecho de que se ofrezca abonar la prestación en base a un acuerdo que la actora desconoce,[2827] ni por la alegación de que no está en condiciones de cumplir.

De acuerdo con el principio general, el allanamiento necesita homologarse mediante un pronunciamiento judicial que al mismo tiempo determinará el criterio a seguir con las costas procesales. El allanamiento no dispensa que se dicte sentencia, la diferencia está en que ella puede tomar la forma de una interlocutoria cuando al tiempo que se declara, se da cumplimiento con el objeto procesal, esto es, con las pretensiones deducidas en juicio.

571. Transacción

El artículo 308 del Código Procesal alude a la transacción como modo anormal de terminación del proceso, contemplando así uno de los supuestos normados por el artículo 1641 del Código Civil y Comercial. De ello se deriva como requisito de aplicabilidad del instituto la existencia de un juicio llevado entre las partes, que culmina mediante un acuerdo. La necesidad de proceso judicial es ineludible, porque de otro modo, aunque exista transacción, la intervención judicial es innecesaria.

La transacción es procesal cuando hay proceso en trámite, pero no pierde esa condición cuando se realiza en una etapa previa. Así lo aclara el artículo 1641 comentado "*Concepto*. La transacción es un contrato por el cual las partes, para evitar un litigio, o ponerle fin, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones dudosas o litigiosas".

En los hechos, al juez se le pide que homologue un convenio a los solos efectos de dar certeza y ejecutoriedad a un instrumento público o privado, que tiene como presupuesto un conflicto judicial suscitado, que culmina con las concesiones recíprocas cuya homologación se requiere.

Así resulta porque las sentencias homologatorias se hallan previstas solo en supuestos específicos y taxativos o cuando por esta vía se concluye anormalmente mediante una de las posibilidades que la ley procesal determina también rigurosamente un proceso judicial ya iniciado (arts. 308 y 309, Cód. Proc.). Esta previsión del Código adje-

2827. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Costas procesales*, *op. cit.*, p. 438 y ss. CNCom., Sala A, 23/02/1973, *LL* 151-367.

tivo se pone en duda con el artículo 1642 del régimen unificado para obligaciones civiles y comerciales, pues expresa: "*Caracteres y efectos*. La transacción produce los efectos de la cosa juzgada sin necesidad de homologación judicial. Es de interpretación restrictiva".

571.1 Legitimación requerida y formas

Para que exista transacción de derechos litigiosos es necesario que el acto sea celebrado por quienes tienen legitimación en el proceso. De otro modo no sería factible y, en su caso, el juicio continuará sus procedimientos hasta que sea resuelto el problema de la acreditación del interés.

La calidad de parte que se obtiene en el proceso facilita la individualización de los sujetos procesales, pero en las transacciones sin juicio rige el artículo 1646 del Código Civil y Comercial:

> Sujetos. No pueden hacer transacciones:
> a. las personas que no puedan enajenar el derecho respectivo;
> b. los padres, tutores, o curadores respecto de las cuentas de su gestión, ni siquiera con autorización judicial;
> c. los albaceas, en cuanto a los derechos y obligaciones que confiere el testamento, sin la autorización del juez de la sucesión.

La transacción debe hacerse por escrito. Si recae sobre derechos litigiosos solo es eficaz a partir de la presentación del instrumento firmado por los interesados ante el juez en que tramita la causa. Mientras el instrumento no sea presentado, las partes pueden desistir de ella (art. 1643, CCyC).

Inclusive el artículo 1644 del mismo ordenamiento confirma cuáles son los derechos transigibles:

> *Prohibiciones.* No puede transigirse sobre derechos en los que está comprometido el orden público, ni sobre derechos irrenunciables. Tampoco pueden ser objeto de transacción los derechos sobre las relaciones de familia o el estado de las personas, excepto que se trate de derechos patrimoniales derivados de aquellos, o de otros derechos sobre los que, expresamente, este Código admite pactar.

Los requisitos de forma dependen del tiempo en que se formula. Si es producto de un acto celebrado en el curso de una audiencia, el acta judicial que se levante debe testimoniar suficientemente el acuerdo logrado para que el juez homologue de inmediato. Mientras que

si es un acuerdo extraprocesal no se deben observar formalidades extrínsecas, aunque es necesario que conste detalladamente las cláusulas sometidas a la aprobación judicial.

Finalmente, cabe aclarar que el requisito de escritura pública podría surgir del artículo 1017, inciso 2 del Código Civil y Comercial, que solo se refiere al caso en que se hallen en juego derechos simplemente dudosos, ya que cuando se trata de litigiosos la presentación ante el juez del documento que contiene la transacción o mediante acta judicial, satisface plenamente los propósitos de publicidad y autenticidad tenidos en cuenta por la ley.

En suma, la transacción sobre derechos dudosos, en principio, no está sometida a la observancia de formalidades extrínsecas. Por consiguiente, puede ser celebrada por cualquiera de las formas que la ley autoriza, sea en instrumento público o privado, sea verbalmente. Por excepción, la escritura pública es indispensable, no *ad solemnitatem sino ad probationem*, en el caso de las transacciones sobre inmuebles.

571.2 Efectos y sentencia homologatoria

La transacción tiene efectos de cosa juzgada (art. 1642, CCyC) eliminando así la necesidad de homologar el acuerdo celebrado. El mismo se puede alcanzar en etapa de mediación, en negociación privada entre partes, y aun en la audiencia preliminar. En ningún caso se exige una sentencia homologatoria.

Al respecto se ha dicho que

> La homologación judicial en las transacciones no es necesaria, ya que lo que se persigue no es examinar si la transacción es justa o injusta, sino si se viola o no alguna norma de orden público. Por ello, mientras la transacción sea legal, el juez debe homologarla, lo cual para su ejecución dará lugar a la vía ejecutiva. En caso contrario, el contrato de transacción seguirá siendo válido para las partes, pero para su ejecución tendrán que recurrir por la vía de conocimiento.[2828]

El perfeccionamiento del acuerdo tiene variables a considerar. Desde el mismo momento que se firma sobre derechos disponibles asume el valor de cosa juzgada y el contrato cobra validez. Si se trata

2828. Herrera, Marisa; Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, op. cit.*, T. IV, p. 335.

de derechos litigiosos tiene efectos desde la presentación, y no desde que se pronuncia la interlocutoria. La transacción implica concesiones recíprocas, que no deben guardar necesaria equivalencia, de manera que la víctima de un accidente de automotor pudo sacrificar parte del crédito a cambio de certeza e inmediatez en el cobro, especialmente en tiempos de elevada inflación.

La transacción que se presenta y homologa constituye un título nuevo que revierte la situación jurídica anterior. Pero no es una novación cuando el cumplimiento del acuerdo queda inerte; de otro modo, la deuda originaria quedaría anulada por una nueva que maliciosamente puede dejar de hacerse efectiva.

La transacción establece una relación jurídica y produce sus efectos directos solo entre quienes transigieron, de modo que solo entre ellos se extingue o se modifica el vínculo preexistente. Sin embargo, sus efectos indirectos se producen respecto de todos los terceros a quienes es oponible y por quienes resulta invocable.

571.3 Transacción y cosa juzgada

La problemática de los efectos se rige por el Código Civil, pero en materia procesal incide en el instituto de la cosa juzgada. La transacción como acto jurídico bilateral y patrimonial extingue y modifica obligaciones litigiosas de las partes, de modo que no pueden en adelante exigirse nuevamente el cumplimiento de los referidos derechos y obligaciones en virtud del carácter de cosa juzgada que el acuerdo transaccional reviste para ellas.

De todos modos, la existencia de cosa juzgada no impide a las partes, luego de dictada la sentencia definitiva, efectuar una transacción sobre los derechos establecidos, ni adecuar la ejecución de la condena en ella dispuesta, por ampliación de cláusulas.

572. Conciliación

Conciliar en sede judicial es una forma de resolver el conflicto aplicando el oficio judicial en la pacificación antes que en la resolución pura de derecho. En nuestro país la conciliación se ha dispuesto como una etapa previa al debate procesal específico. Sea la mediación

o la conciliación en los procesos laborales, en ambos supuestos las partes deben concurrir a una audiencia previa al proceso con el fin de propiciar un acuerdo o acercamiento entre los intereses que se presentan de próxima disputa.

Hemos estudiado antes de ahora este instituto[2829] de manera que solo resta ver si la sentencia que cierra el proceso presenta particularidades que la diferencien. Y en realidad no es así. La decisión adoptada por las partes, antes del proceso o encontrándose este en trámite, no tiene diferencias conceptuales respecto a la transacción, de modo tal que se pueden aplicar iguales conclusiones.

Pero encuentra particularidades en orden a la asunción de los gastos originados. Ello implica que, homologada judicialmente la transacción o conciliación, previo el cumplimiento de los requisitos legales, cada parte debe pagar sus propias costas y la mitad de las comunes, entendiéndose por tales las ocasionadas por la actividad conjunta de las partes o por la actividad oficiosa del órgano jurisdiccional.[2830]

El acto sujeto a homologación necesita verificarse por el juez, de modo tal que nada impide aplicar las costas a la parte demandada si del escrito presentado conjuntamente no surge la existencia de forma heterocompositiva alguna y sí, en cambio, un total allanamiento a las pretensiones del accionante.[2831]

2829. Cfr. parágrafo 298.

2830. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Costas procesales, op. cit.*, p. 438 y ss. Conviene observar desde ya, sin perjuicio de su oportuna atención, que cuando el objeto de la transacción es la obligación alimentaria, la jurisprudencia hizo excepción a la previsión del art. 73. del cód. proc. imponiendo igualmente las costas al alimentante. Justifica la decisión el propósito de evitar que los alimentados sufran la disminución de la pensión fijada por tener que soportar los gastos causídicos (Cfr. CNCiv., Sala C, 13/03/1979; ídem, Sala F, 27/10/1980, *ED* 91-818).

2831. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Costas procesales, op. cit.*, p. 438 y ss. C. 2ª CC La Plata, Sala III, 18/12/1979, "Gastón y Cia. S.C. c. La Realidad S.R.L.", *SP La Ley* 980-411. Igualmente, si el allanamiento constituyó el motivo principal de la transacción efectuada por las partes poniendo término al juicio de rescisión promovido por el apelante, dicho allanamiento tiene, en esa perspectiva, la naturaleza de los actos transaccionales por los cuales los interesados se hacen concesiones recíprocas y extinguen obligaciones litigiosas y si la cuestión costas configuró como formalidad externa una parte de la demanda, aparece –en el caso– como uno de los componentes litigiosos del proceso con relación al cual las partes pudieron válidamente extinguir obligaciones pendientes, responsabilizando por las causadas en la medida dispuesta por ellas para con-

Si las partes convinieron también el tema de los gastos causídicos, el magistrado podrá homologar el acuerdo al regir en esta materia el principio de la autonomía de la voluntad. Pero, si esa concertación no configura una verdadera transacción, y representa un desistimiento del proceso y su aceptación, el sentenciante deberá atenerse a los términos del convenio y aplicar, en cuanto a los gastos causídicos, las reglas que rigen esa forma de conclusión procesal.[2832]

Si la transacción o la conciliación se homologa y luego no son cumplidas las condiciones pactadas, siendo preciso proceder a su ejecución, no obstante el acuerdo que se reitere en esta etapa, las costas se regirán por las reglas generales salvo convención en contrario.[2833]

En este sentido si las partes, pendiente el recurso de inaplicabilidad de ley que produce efecto suspensivo, han llegado a un avenimiento o conciliación extrajudicial, por aplicación de la regla del artículo 73 del Código Procesal, las costas deben ser satisfechas en el orden causado, sin que la simple reserva formulada en el acta por el actor en cuanto al pago de las mismas pueda modificar la naturaleza del acto celebrado. Para que la consecuencia fuera distinta, el citado precepto exige acuerdo de partes en contrario.[2834]

La interpretación que el juez asigne a las cláusulas de cada convenio es decisiva pues de ello depende el curso de las costas. Por ello si se homologa un acuerdo poniendo fin al pleito, el carácter de cosa juzgada le impedirá su revisión posterior por los interesados; a no ser

---

cluir el juicio (CApel. CC Rosario, Sala IV, "Dalia Argentina, S.R.L. c. Josavill, S.R.L.", 18/04/1980, *SP La Ley* 980-460).

2832. Fornaciari, Mario, *Modos anormales de terminación del proceso, op. cit.*, T. I, p. 99.

2833. No habiéndose acordado expresamente la cuestión vinculada con la carga de las costas, es aplicable la norma supletoria del art. 73 del Cód. Procesal en cuanto dispone que cuando ha mediado transacción las costas se imponen en el orden causado, aclarando que se refiere a las costas del proceso principal y no a las devengadas en la etapa de ejecución de sentencia (CNCiv., Sala C, 01/04/1981, "Stekar, Ladislao c. Equinoquímica S.A.", *LL* 1981-D-175, con nota de Jorge W. Peyrano). Con respecto a la conciliación, en cambio, las costas deben imponerse al demandado pues si bien no ha sido vencido, su actitud al no abonar de inmediato las indemnizaciones de despido reclamadas, o al no hacer valer, en caso de negativa del acreedor, los recursos legales, determinó la iniciación del pleito.

2834. SC Buenos Aires, 29/03/1977, "Katz, Luis c. Provincia de Buenos Aires", *DJBA* 122:34.

que las bases establecidas afectaran el derecho de terceros y fueran estos quienes propiciaran la reconsideración.[2835]

Esta doctrina debe aplicarse igualmente a quien solicitó la citación de un tercero al juicio, pues el caso no encuadra dentro del supuesto de excepción que consagra la imposición de costas en el orden causado, cuando de las constancias del expediente surge, objetivamente imposible, que el pleito hubiera terminado con la carga al actor de las costas devengadas por los codemandados que no transaron, lo que torna automáticamente inaplicable la presunción de derrota que subyace en el artículo 73 del Código Procesal.[2836]

Interesa subrayar que si las partes arribaron a una transacción y acordaron cómo repartir las costas (cada uno aporta las propias y la mitad de las comunes), es improcedente la pretensión de que una parte unilateralmente soporte la tasa de justicia, al haber sido un gasto necesario para obtener el reconocimiento de su derecho que resultó del acuerdo, e íntegras las costas comunes.[2837]

Finalmente advertimos dos hechos importantes, de un lado que la transacción puede ser confundida con el desistimiento, especialmente en el caso del artículo 304, segunda parte del Código federal, pero no debe asimilarse el acto final, porque los efectos son totalmente distintos con relación a la cosa juzgada y a la posibilidad de admisión de uno y otro medio.

573. Caducidad de la instancia

La caducidad de instancia es uno de los modos anormales de terminación del proceso que se produce a consecuencia de la inactividad de las partes durante el tiempo que debe mantenerse viva (activa) la ins-

2835. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Costas procesales*, *op. cit.*, p. 438 y ss. Si los presentantes no fueron parte en el acuerdo arribado, las costas por su orden allí convenidas, lo son entre quienes celebraron la transacción, pero no respecto a otros codemandados, a quienes, por no habérseles participado de ella, no les afecta por ser un convenio entre terceros (CNCiv., Sala B, 27/06/1978, "Lappas, James T. c. Diarbe, Kirian S. y otro").

2836. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Costas procesales*, *op. cit.*, p. 438 y ss. CNCiv., Sala D, 19/09/1979, *ED* 86-761.

2837. CNCiv., Sala B, 15/09/1981, "Gallardo de Limpe, Felisa c. E.Y.A., S.R.L. y otra".

tancia.[2838] El proceso termina con una sentencia que declara la perención, pero ello pone dificultades objetivas para saber si se puede aplicar la noción de "vencido" en el sentido del artículo 68 del Código Procesal.

Lo que sucede es que el actor a consecuencia de su descuido o negligencia da lugar con sus actos a que la causa se extinga y por ello debe cargar con las costas del proceso. Este fue el pensamiento de la Ley N° 22434 cuando introdujo un párrafo final al artículo 73 por el cual dejó sentado que, declarada la caducidad de la primera instancia, las costas del juicio deberán ser impuestas al actor.

Este agregado importa establecer un principio objetivo que no contempla la posibilidad de eximir de los gastos causídicos al vencido, prohibiendo inclusive cualquier remisión a las limitaciones del párrafo segundo del artículo 68 del orden federal.

Si se declaró la caducidad de la acción de responsabilidad, iniciada por el síndico concursal, procede imponer las costas en el orden causado cuando, como en el caso, se verifica que la acción concretamente deducida es diversa al encuadre efectuado por el *a quo* en su decisión, la cual fue consentida por el pretensor. Ello pues, esta modificación practicada de oficio por parte del magistrado motivó que el ejercicio del derecho de defensa de la contraparte se adecuara al nuevo encuadre legal, que resultó decisivo para la resolución de la controversia. De modo pues, que las circunstancias expuestas autorizan apartarse –por vía excepcional– del principio general en materia de imposición de costas. Disidencia del Dr. Peirano: Si una acción iniciada por el síndico concursal fue rechazada por haberse producido la caducidad prevista por la Ley N° 19551: 167, lo cual fue así encuadrado por el juez *a quo*, mas no por el mentado funcionario al proponer la, quien –como en el caso–, fundó su derecho en la Ley N° 19551: 168, procede imponer las costas al accionante perdidoso (CNCom., Sala A, 22/08/2001, "Lutecri SA s/ quiebra c/ Moure, José Luis s/ ordinario").

Resulta improcedente imponer al peticionario de la quiebra las costas al declararse operada la caducidad de la instancia cuando, –como en el caso–, se verifica que el trámite no continuó debido a que fue decretada la falencia en la ciudad de Córdoba, máxime, si en la causa solo tuvo

2838. Cfr. parágrafo 287 y ss.

participación el peticionante (CNCom., Sala B, 16/12/2003, "Soinco SACI le pide la quiebra a Acindar Industria Argentina de Aceros SA").

Puesto que, cuando media reconvención, el impulso del procedimiento corresponde en forma concurrente a ambos contendientes, cabe considerar que, al haber perimido la instancia, las costas deben ser impuestas a ambas partes, ya que ellas han resultado vencidas en sus respectivas pretensiones (CNCom., Sala A, "Viacart, S.A.C. c/ Rusca de Hep, Herminia Dora s/ Sumario", 25/02/1999, *ED* 183-587).

Es responsable civilmente el abogado por las costas que su cliente debe abonar a los letrados de la parte contraria, si debido a su inactividad procesal se decretó la caducidad de la instancia. No exime al abogado de la responsabilidad que se le atribuye derivada de la perención de instancia, la existencia de eventuales negociaciones entre las partes de carácter extrajudicial durante el lapso de la inactividad procesal, aunque aquel haya intervenido activamente, pues las mismas no trascienden al proceso, ni impiden su prosecución (CNCiv., Sala F, "Wulfman, Gloria S. c/ C., M. C. y otros", 22/04/2002, *LL* 2002-E-126).

La parte que promueve un proceso asume la carga de urgir su desarrollo en virtud del principio dispositivo, sin perjuicio de las facultades conferidas al órgano judicial, y únicamente queda relevada de dicha carga procesal cuando solo al Tribunal le concierne dictar una decisión. Si el expediente no se encontraba pendiente de pronunciamiento alguno de exclusivo resorte del juzgador, una vez firme la resolución en la que la actora quedó notificada de la resolución que impuso las costas por la excepción de incompetencia, restaba solo el pase del expediente a la Corte y nada impedía a la parte interesada, a la que le incumbía urgir el procedimiento, ante la inacción del tribunal interviniente, realizar las peticiones tendientes a obtener la ejecución de los trámites omitidos, ya que no se hallaba dispensada de su carga de controlar el trámite del proceso en la medida en que éste no estaba suspendido (CSJN, Fallos: 324:160, "Dirección General Impositiva c/ Provincia de Mendoza").

Las costas del incidente de caducidad de la instancia deben ser solventados por la actora que al contestar el traslado del mismo desistió de la acción ya que fue su falta de impulso procesal la que justificó la promoción del incidente y no empece a ello que la interesada en la consecución de las actuaciones no le haya corrido a la demandada traslado de la demanda, en virtud de que previamente debía cumplir

con la exigencia impuesta por las providencias, pues la sola presentación de aquella es la que abre la instancia, la que solo se cierra con uno de los modos anormales de terminación del proceso.[2839]

En el supuesto de existir allanamiento al pedido de perención de la instancia, las costas por el procedimiento principal deben imponerse de conformidad con el principio general; el allanamiento al incidente de caducidad no cambia el criterio para imponer las costas en la instancia perimida. En consecuencia, si el principio general es que quien la promovió debe soportar las costas de la instancia que caduca –como lo establece el Código Nacional– lo mismo debe ocurrir aunque se allane al incidente de caducidad.[2840]

La decisión que declara la caducidad de la caducidad produce verdaderos efectos e impide volver sobre situaciones concluidas a través de una resolución judicial que ha pasado en autoridad de cosa juzgada. No incentiva la generación de incidentes sucesivos con la única finalidad de dar nacimiento a costas. Pone frenos a un medio anormal de conclusión de un proceso en el que finalmente, la Justicia no dirime el conflicto sino que lo deja pendiente.[2841]

2839. CSJN, Fallos: 328:841, "Empresa Línea Siete Sociedad Anónima de Transporte c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa).

2840. SC Buenos Aires, "Banco del Suquía S.A. c. Rivas, Eduardo Adrián s/ Ejecutivo", 06/06/2006.

2841. ST Mendoza, "Savio, Guillermo A. en J. Savio Guillermo Antonio s/ D.P.V. Inc.", 28/06/2004.