

ADOLFO ALVARADO VELLOSO

SISTEMA PROCESAL

GARANTÍA DE LA LIBERTAD

Tomo I



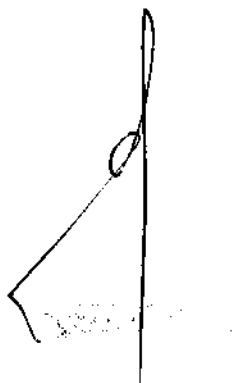
RUBINZAL - CULZONI
EDITORES

ADOLFO ALVARADO VELLOSO

SISTEMA PROCESAL

GARANTÍA DE LA LIBERTAD

Tomo I



RUBINZAL - CULZONI EDITORES

Talcahuano 442 – Tel. (011) 4373-0544 – C1013AAJ Buenos Aires
Salta 3464 – Tel. (0342) 455-5520 – S3000CMV Santa Fe

Adolfo Alvarado Velloso
Sistema procesal – 1ª ed. – Santa Fe : Rubinzal-Culzoni,
2009
v. 1, 672 p. ; 23 × 16 cm
ISBN 978-950-727-980-5
1. Derecho Procesal.
CDD 347.05

RUBINZAL - CULZONI EDITORES
de RUBINZAL Y ASOCIADOS S. A.
Talcahuano 442 – Tel. (011) 4373-0544 – C1013AAJ Buenos Aires

Queda hecho el depósito que dispone la ley 11.723

IMPRESO EN ARGENTINA

A los afectos más importantes de mi vida:

- * *FERNANDO A. POVOLO, mi alter ego, por su fiel amistad y probada lealtad durante tantos años.*
- * *JORGE E. ALVARADO, mi sobrino, ahijado, socio y amigo, por su permanente presencia y apoyo irrestricto a todo lo que hago.*
- * *A mis hijas muy queridas:*
 - *MARIANA C. ALVARADO –mi Manina– que me hizo abuelo de Paloma y Marianito.*
 - *ANDREA A. MEROI, que siempre me enorgullece con su tan particular ángel y constante devoción.*
 - *FLORENCIA PINAZO, que me cuida en todo desde que era casi una niña.*
 - *MARISA G. BERTOSSE, que aboga por mí con dedicación y eficiencia cada día más notable.*
 - *ANA CLARA MANASSERO, que posibilita y tanto me ayuda con mi Maestría, exigente de numerosos, complicados y recurrentes encuentros intensivos.*
- * *JORGE ALVARADO VELLOSO, CARLOS N. GARCÍA MONTAÑO y GUILLERMO S. CASIELLO, mis hermanos y amigos de toda la vida.*
- * *Y a SUSANA BEATRIZ PIRIZ, mi compañera absoluta en todo y por siempre.*

Con mi agradecimiento sincero, afectuoso y total.

AAV

La justicia es todo sabiduría,
y la sabiduría es todo orden,
y el orden es todo razón,
y la razón es todo procedimiento,
y el procedimiento es todo lógica.

JACINTO BENAVENTE, *Los intereses creados*
(Acto II, Cuadro III, Escena VII)

Un enunciado es correcto sólo si, dentro de un sistema
lógico, está deducido de acuerdo con las reglas lógicas
generalizadamente aceptadas para su formulación.

Un enunciado correcto sólo es verdadero si se adecua con
el contenido de verdad del sistema al cual pertenece.

Un sistema tiene contenido de verdad según sea la certeza
y la completividad de sus posibilidades de coordinación
respecto de la totalidad de la experiencia que se realiza.

ALBERT EINSTEIN

PRESENTACIÓN

Deseo comenzar esta *Presentación* con una suerte de confidencia intimista que intentará explicar el origen, el método y la finalidad de esta obra.

A tal fin, recordaré dos circunstancias que marcaron a fuego las ideas que aquí expongo.

La primera: enseñé *Derecho Procesal* desde el año de 1967 (llevo más de cuarenta años en esa tarea) y lo he hecho —y hago— en muchos lugares y con diferentes auditorios.

En esa experiencia, y al cabo de los primeros años, descubrí que los tradicionales métodos docentes con los cuales yo estudié mi carrera de abogacía y repetí luego en la tarea de enseñar —a partir de la mera descripción y posterior explicación de la norma— eran insuficientes para lograr que el alumnado captara íntegra y adecuadamente los conceptos que con mucho esfuerzo y vocación exponía ante él.

Al advertir el problema, me decidí a aconsejar la lectura de bibliografía diferente a la utilizada hasta entonces. Pero poco fue el cambio que se logró...

Gran desilusión me provocaban los resultados de exámenes en los cuales reprobaba la mayoría de los examinandos que, a mi juicio, no lograban comprender los vericuetos de las abstracciones procesales.

La reiteración de esa situación hizo que pusiera en tela de juicio mi propia capacidad de enseñar y, obviamente, la de cómo lo hacía.

En un primer cambio metodológico me incliné por la conversación intimista —cual lo hago aquí y ahora—, tratando de superar lo simple-

mente académico y mostrando la asignatura en situaciones activas de la vida diaria y conflictiva.

Luego, privilegié la *comensalidad* por sobre la *congresalidad* propia del aula y, no obstante, seguí sin encontrar los resultados anhelados.

En ese momento de la vida me encontré con la obra de Humberto Briseño Sierra y con su método descriptivo de la actividad que se cumple en la realidad de la vida jurídica y, particularmente, de la tribunalicia.

Y me deslumbró la lógica del pensamiento del maestro y la facilidad con la cual se puede enseñar cada una de todas las instituciones del proceso a partir de un simple giro en su explicación.

Se trata, simplemente, de cambiar la mera glosa de la norma –que cualquiera puede leer y aun comprender– por la de la situación de vida en conflicto que la ley pretende regular, presentada como un fenómeno de convivencia que requiere de tutela legal para lograr una solución pronta y pacífica.

A partir de allí, y comprendida por el alumno la necesidad de la normación, describirle ahora las posibles alternativas de regulación legal y lograr que él mismo las encuadre en diferentes tiempos y lugares dados.

Recién entonces se puede comenzar la puntual explicación de la norma vigente para hacer luego un juicio de valor acerca de ella respecto de la realidad de *este tiempo* y de *este lugar*.

Con ello logré la plena comprensión que yo buscaba que tuvieran los alumnos respecto de los temas así enseñados, y advertí que no sólo disminuyó drásticamente el número de aplazados sino que descubrí –con sorpresa y alegría– que todos ellos habían asumido la entusiasta tarea de *pensar el Derecho* (sin repetirlo con absurda y pertinaz incompreensión de muchos y variopintos argumentos de autoridad) y tenían una destacada y preocupada participación en la búsqueda de soluciones a los muchos problemas de toda índole que genera la convivencia.

Descubrí también que, con tal método, el estudiante gana notablemente en su hasta ahora cuasi nula capacidad para hacer abstracciones. Y eso lo sorprende y lo motiva para adelantar sus estudios.

Pasa con él algo similar a lo que ocurrió en la humanidad con la idea de *número*: se tardó milenios en pasar desde la *cantidad* hasta la *abs-*

tracción pura del número, lo que posibilitó descubrir un mundo diferente, perfecto y sistémico: el de las *matemáticas*.

Por esa época decidí escribir un libro a base de ese método y a partir de las ideas de Briseño Sierra, que ya pregonaba como propias después de haber añadido algunas pocas de mi cosecha.

Cuando lo terminé tuve algunos tropiezos en la elección del nombre con el cual lo presentaría y, después de descartar varios, terminé eligiendo el de *Introducción al estudio del Derecho Procesal* que publicó *Rubinzal-Culzoni Editores*, de Santa Fe (Argentina), en el año de 1989, y la dediqué, como correspondía,

A HUMBERTO BRISEÑO SIERRA,
mi maestro. Con admiración y afecto.
Y a mi MANINA, nuevamente

La obra fue planeada para contener un total de treinta *Lecciones* –precisamente, ése fue uno de los nombres pensados al efecto– y en ese tomo aparecieron sólo las quince primeras, elaboradas sencillamente para alumnos pero destinadas de verdad a los docentes de la asignatura, con quienes aspiraba a confrontar ideas y discutir puntos de vista que presenté como claramente polémicos y, por supuesto, tomando en todo caso partido por alguna de las posibles soluciones.

No tuve la suerte de que alguien se presentara a polemizar. Creo que, en el fondo, no hubo muchos docentes que leyeran mi libro.

Pero descarto que algunos pocos aceptaron estoicamente hacer su lectura pues hoy, varios años después, es texto obligado de estudio en muchas Facultades de Derecho de Universidades de Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Panamá, Paraguay y Perú.

En la *Presentación* que acompañó su publicación dije textualmente:

Esta obra pretende ser distinta de las demás que se hallan publicadas acerca de la materia procesal.

Como se trata de una simple *Introducción* a su estudio, no puede –ni debe– contar con la extensión de un *Tratado* pero, al mismo tiempo, tiene que mostrar un desarrollo completo de los temas que aborda. Para hacerla, he partido del método ideado por Humberto Briseño Sierra, con cuyas ideas me hallo tan consustanciado que ya no sé –honestamente– qué es lo que pertenece a él y qué es lo que le agregué o modifiqué.

Reconozco que estas dos actitudes mías —agregar y modificar— son un verdadero pecado pues hacen perder de vista la genialidad de su talento. Pero existe solución sencilla para deslindar responsabilidades: si lo expuesto muestra un carácter de excelencia, pertenece a Briseño Sierra. Si no es así, no me queda otro camino que asumir la paternidad de las ideas.

Simple razones editoriales determinan que esta obra se presente en dos partes, la primera de las cuales ya está en manos del lector. La segunda es de próxima aparición y su índice puede ser visto al final de este ejemplar.

Por cierto, anhelaba publicar las quince Lecciones finales en un segundo tomo que presentaría a la mayor brevedad.

Pero las circunstancias de la vida me impidieron cumplir con ese propósito y el final de la obra vio postergada su aparición por muchos años.

Fue recién en el año de 1998 cuando pude ver un segundo tomo publicado —otra vez— por la misma editorial. Sin embargo, no alcancé a terminar el total de Lecciones que me había impuesto presentar allí, por lo que sólo llegué hasta la Nº 23.

Cuando presenté ese segundo tomo, dedicado ahora a los amigos que gané en todas partes durante los muchos años que traté de enseñar el Derecho Procesal, dije:

Varios años han pasado desde la edición del Tomo I de esta *Introducción*, durante el transcurso de los cuales me fue imposible terminar de escribir las Lecciones que restaban. Paradójicamente, el tema no me preocupó: el ejercicio de una abogacía intensa me alejó de la docencia universitaria durante varios años, absorbió todo mi tiempo disponible e hizo que añorara la actividad judicial que permitía una adecuada programación de las tareas a cumplir (en particular, de las académicas).

Al comenzar el año de 1997 asumí un nuevo —y desconocido hasta entonces— compromiso con la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario: dar clases de *Derecho Procesal* exclusivamente para graduados en el *Curso de Especialización en Magistratura Judicial*, en el cual un nutrido grupo de magistrados, funcionarios judiciales y aspirantes a ingresar a la judicatura mostró alto y renovado interés por el estudio de la materia. Esto logró motivar una nueva militancia académica, que creía perdida.

El éxito de tal Curso —mérito de todos los profesores que integran su planta docente— excedió el límite geográfico de la provincia. A tal punto que, por convenio de la Universidad Nacional de Rosario con la Universidad del Centro (provincia de Buenos Aires), hoy funciona en la ciudad de Azul, bajo mi dirección y con el mismo resultado inicial.

Al comenzar este año de 1998 inauguré la dirección de la *Maestría de Derecho Procesal* en la misma Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, donde cursan maestrandos de varias provincias argentinas y del Paraguay.

Tanto interés por el estudio de la ciencia del Derecho Procesal y, particularmente, por el enfoque de libertad —y no de autoridad— que está presente en todas mis clases, me decidió a continuar la obra inconclusa y terminar la tarea largamente postergada.

Sin embargo, al llenar el mínimo necesario de páginas descubrí que era conveniente presentar ya mismo este *Tomo II* conteniendo sólo siete de las quince Lecciones restantes, por lo cual lo entrego hoy al editor asumiendo el compromiso de finalizar la obra en el más breve plazo.

Decidido finalmente a terminar la obra cuanto antes (pues ya puedo mostrar ¡once promociones! con un total de casi 600 maestrandos de casi todas las provincias argentinas y de Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, que me lo exigen insistentemente), me surgió un nuevo problema: no estaba convencido de la bondad del contenido de lo que debía escribir por la simple razón de que ya no pensaba como antes...

Para comprender este sorpresivo giro autoral que recién hoy confieso es imprescindible que relate antes la segunda circunstancia apuntada al comenzar estas líneas.

Sucedió que, al tiempo que cumplía mi tarea docente, ejercí la magistratura judicial en el Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, en el cual revisté durante exactos treinta y cinco años, ejerciendo una Vocalía en la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de la ciudad de Rosario durante los últimos veintitrés de todos esos años...

En todo ese lapso fui lo que puede considerarse un buen ejemplo de juez autoritario, manejando a veces a voluntad el procedimiento, intentando conciliaciones intraprocesales a todo trance, imponiendo novedades jurisprudenciales buscadas en la equidad y no en el texto de

la ley, haciendo muchas veces un juzgamiento interno acerca de su bondad, oportunidad y justicia y, por tanto, de su aplicabilidad, etcétera.

Todo lo que pensaba en esa larga época lo expuse detenidamente en un libro que publicó *Ediciones Roque Depalma* (Buenos Aires) en el año de 1982 y que tuvo el único mérito de ser el primero en encarar ese tema en el país: *El Juez: sus deberes y facultades*, que todavía alguien me recuerda impertinentemente cuándo expongo mis ideas en la actualidad...

En el año de 1989 me retiré del Poder Judicial y comencé a ejercer una activa profesión de abogado.

Descubrí allí la exactitud del siempre vigente aforismo del *Martín Fierro*, nuestro máximo poema épico: *la ley es como el cuchillo, pues nunca lastima al que lo maneja...*

Esto lo aprendí al poco tiempo: más allá de sufrir ahora en carne propia el autoritarismo de algún juez –tal vez inspirado en lo que fue mi propio autoritarismo y que descarto habrá dado mucho que hablar en el foro de entonces– comencé a advertir desde el otro lado del mostrador, que es donde duele verdaderamente la injusticia, la existencia de numerosas sentencias adversas al buen sentido judicial en pleitos que fueron fallados en equidad y, por cierto, en contra del texto expreso de la ley, o sin la previa audiencia del interesado o definitivamente terminados con incomprensibles medidas cautelares carentes de un proceso principal que les diera sustento.

Todo en pos de una difusa meta justiciera que había que lograr al amparo de nuevas ideas filosóficas presentadas pregonando la existencia de un *posmodernismo* aplicado al proceso judicial.

Y ello, en un país que desde hace años reza laicamente la palabra *democracia* (que en definitiva sirve sólo para marcar el origen del poder) sin advertir que lo importante es la *república*, donde existe intercontrol de poderes y que se encuentra tan olvidada en este rincón del continente..!

Si bien se mira el fenómeno señalado, se trataba –en rigor, se trata, pues es la moda actualmente reinante en materia jurisprudencial– de invertir la fórmula de privilegio que John Rawls mostró en su *Teoría de la Justicia*, al preguntarse acerca de qué debe prevalecer en una

sociedad bien ordenada: si la búsqueda de lo *bueno* (lo *good*) o la del *Derecho* (lo *right*). Él se decidió por lo *right* entendiendo que, en tal tipo de sociedad, el Derecho debe prevalecer sobre lo que se considera el *bien común*.

Glosando el tema en su columna editorial, Mariano Grondona tomaba idéntico partido en abril de 2002, sosteniendo:

Parece absurdo dejar de hacer algo que se percibe como bueno, como conveniente, sólo porque lo prohíbe una regla.

Pero esta primera impresión ignora la naturaleza de las reglas, sean ellas morales o jurídicas, porque ¿cuándo adquiere su plena vigencia una regla? Sólo *cuando no conviene cumplirla*.

Supongamos que alguien se ha impuesto como regla el despertarse a las seis de la mañana. Cuando se despierta naturalmente diez minutos antes de las seis, esa regla resulta redundante. Ella se pone a prueba, en cambio, cuando después de una larga noche en vela el sueño lo invita a seguir descansando. Cuando es duro cumplirla.

Por eso los romanos, que inventaron el Derecho, decían *dura lex, sed lex*.

Más aún: *sólo es verdadera ley cuando es dura*.

Imaginemos ahora una nación que en lugar de seguir la tabla de valores de Rawls adhiere a la primacía de lo bueno (o de lo que gusta) por sobre las reglas. Hará en cada caso lo que más le convenga. Pero al comportarse así vivirá, en los hechos, *sin reglas*.

Cuando ellas convengan, las cumplirá, pero no porque sean *rectas* (*right*) sino porque son *buenas* (*good*).

Pero cuando las perciba como inconvenientes, como *malas*, no las cumplirá.

Al proceder así, esa nación creará que optimiza lo que más conviene al bien común pero, al hacerlo, se volverá *impredecible*: si aprueba un contrato o emite una ley, los violará cada vez que no convengan. De esta manera destruirá la confianza de los demás en sus promesas, en sus contratos, en sus leyes...

Y es que hay dos ideas del bien: los pequeños bienes, con minúscula, a los que desestima Rawls, se obtienen con las reglas.

El Bien con mayúscula resulta –al contrario– de renunciar a los pequeños bienes cuando lo exige una regla vigente. Olvidar las reglas por atender a los pequeños bienes con minúscula destruye el Bien con mayúscula.

Ese bien es, en definitiva, *la confianza de los demás*.

Este es el bien que la Argentina ha perdido. Y que Dios quiera que no sea para siempre...

Y todo esto sucede, claro está, en un mundo cuyos habitantes no desean cumplir la ley y que se encuentra gobernado por una execrable olocracia.

Esto es ya antigua costumbre en la Argentina, donde desde siempre se practica el autoritarismo, el desprecio al otro, el facilismo, la igualación hacia abajo, la frustración impuesta por el gobernante de turno, etcétera, en recurrencia histórica que ha hecho decir a un importante pensador del país que aquí nos preocupamos por acatar lo que dice la *ley* con minúscula para desconocer olímpicamente, con alegría y despreocupación, lo que manda la *Ley* con mayúscula...

Y en esa tónica nos han formado desde la propia Universidad y en todos los estudios posteriores o paralelos, mostrándonos una cultura que enseña que la ley no sirve para adecuar la convivencia a una auténtica pacificación social sino al individual y egoísta interés particular, que debe ser privilegiado por sobre toda otra cosa.

Se trata, en definitiva y perversamente, de apañar la práctica de una suerte de *autoritarismo pasivo* que nos prepara para aceptar subconscientemente la existencia del verdadero autoritarismo y de no cuestionar a quienes lo practican desde antaño y en claro beneficio personal o de unos pocos, aunque lo hagan al margen de la Constitución y de las leyes.

Marginalmente: sin esta cultura sería imposible aceptar el método de enjuiciamiento inquisitivo, que ya lleva rigiendo más de quinientos años en estas tierras sin que la minoría política dominante —a quien, por cierto, ello sirve— haya aceptado erradicarlo.

Así, hay abogados —no todos, afortunadamente— que aconsejan de modo habitual —a no asustarse pues ésa es, en definitiva, su cultura— incumplir la ley, evitar sus efectos, evadir el pago de los impuestos, incoar un concurso para no pagar a los acreedores, etcétera, para lo cual interpretan, o malinterpretan, o desinterpretan, o acomodan, o desacomodan o desconocen la ley. En sus dos versiones: con y sin mayúscula.

En los últimos años, la jurisprudencia argentina mostró ese rumbo, que rápidamente están adoptando otros países vecinos.

Pues bien: cuando esta actitud se generalizó y numerosos tribunales superiores se plegaron a esa interpretación (?) seudorealista y refundadora de la ley —afortunadamente no fueron todos los que se enrolaron en esta línea de pensamiento— la Justicia, como *institución de poder* y cogobierno, dejó de ser predecible y la jurisprudencia —que por decenas de años fue muestra cabal del estudio, la dedicación, el sosiego, la medida, la prudencia y la mansedumbre de los jueces argentinos— se tornó de golpe en algo auténtica e incomprensiblemente caótico.

De verdad, se ha logrado con ello una Justicia que actúa ilegítimamente en procura de obtener una vaga, difusa y cada más incomprensible justicia particular... que, además, es un concepto diferente para cada uno de los miles de jueces que actúan contemporáneamente!

Lo que pasó en los primeros seis meses del año de 2002 en la Argentina con motivo de la crisis financiera aquí vivida no tiene parangón en la historia jurídica del país, y el tenor del promedio de las resoluciones judiciales muestra ejemplarmente la existencia de lo recién afirmado.

Cuando esto se generaliza y autorizadas voces de lo que habitualmente se acepta como la *mejor doctrina nacional* defienden con entusiasmo la violación del sistema de legitimidad impuesto por la Constitución —es más: a veces la prohíben— la sorpresa inicial se convierte en preocupación.

En rigor, en gravísima preocupación, pues lo que primero apareció como simple *impredecibilidad* ahora se muestra como *desorden definitivo* similar al que ya se vivió en el mundo de los '40 como producto del nihilismo nazi.

Y no hay sociedad alguna que logre sobrevivir en medio del caos...

Una aclaración se impone. No es que yo trate aquí de desmerecer la interpretación legítima de los hechos y las conductas sometidas a juzgamiento ni la interpretación —también legítima— de la norma jurídica oscura que los jueces deben aplicar.

Critico, sí, la interpretación *contra legem*, la falta de aplicación de la ley positiva que expresamente resuelve un caso determinado, privilegiando así —otra vez— lo *good* por sobre lo *right*, sin que nadie atine a

recordar que el fallar en contra del texto expreso de la ley en la Argentina configura el tipo delictual denominado *prevaricato*...

Ataco también la interpretación que se pretende dar al propio método de enjuiciamiento toda vez que él no puede admitirla en modo alguno. Mucho menos dentro de un sistema de *fuentes*, como el argentino, del que se apartan cada día más muchos jueces inspirados en criterios subjetivos de conveniencia u oportunidad de aplicación o no de la ley vigente...

En efecto: un método debe ser siempre cosa *neutra* pues, como tal, no admite valoraciones subjetivas.

La tarea de multiplicar según un cierto método, por ejemplo, no puede ser variada a voluntad de quien realiza la operación aritmética. Igual ocurre, verbigracia: si se desea hacer un análisis químico de la composición del agua.

En el proceso debe ocurrir otro tanto pues la *justicia* está en el resultado, en la meta: la *sentencia*.

Pero, adviértase bien, *jamás en el método que se utiliza para buscarla o procurarla: el proceso*.

Igual que en la operación de multiplicación, cuya corrección se ve en el resultado.

Por eso es que no comprendo cómo se puede hablar de la existencia de un *proceso justo* cuando tal proceso es puro método...

El proceso no es ni puede ser lógicamente *justo o injusto*. Pero sí es *legítimo* (y es proceso) o *ilegítimo* (que no es proceso). Lo que, por cierto, es cosa bien diferente.

Buscando un proceso que se enmarcara siempre en *criterios objetivos de legitimidad*, he logrado con los años hacer un giro de ciento ochenta grados respecto de lo que pensaba en cuanto a cómo debían actuar los jueces en las tareas de *procesar* y de *sentenciar*.

Y creo que esa legitimidad se encuentra sólo dentro de un *sistema* en el cual quepan todas las soluciones posibles. Aun las no previstas pero hallables siempre mediante mecanismos que el mismo sistema proporciona.

En los últimos años —con filosofía posmodernista mediante— ha habido una clara reacción generalizada en el procesalismo civil hacia estas ideas que aquí sostengo, proclamándose desde autorizada y recurrente

doctrina que el sistema no es bueno como tal porque no siempre conlleva el resultado de justicia al cual los jueces deben aspirar por sobre todo otro pensamiento en la superior tarea que les asigna la Constitución en el sistema legal argentino vigente. Con lo cual se busca *privilegiar la meta por sobre el método*, dando con ello razón postrera a Maquiavelo: el fin justifica los medios...

De ahí que actualmente se propone con insistencia abandonarlo para siempre y, confiando en la sagacidad, sapiencia, dedicación y honestidad de la persona del juez, entregarle toda la potestad de lograr esa justicia dentro de los márgenes de su pura y absoluta subjetividad. *Igual a lo que hacían el pretor y el cadí*... por bueno, sabio y justo que sean un pretor o un cadí determinado, toda vez que en la sociedad moderna hay muchos pretores o cadíes y que pueden no ser iguales entre sí.

Creo que con esto se logrará más inseguridad, más impredecibilidad, más jurisprudencia contradictoria, mayor alejamiento de la idea del *debido proceso*, mayor anarquía judicial...

Porque aspiro a que esto no ocurra —sería absurdo que dejáremos todo eso como incomprensible herencia a nuestros hijos, que no la merecen— es que decidí añadir al texto originario de mi *Introducción* toda la explicación histórica que considero necesaria para que el lector comprenda de dónde provienen los sistemas de enjuiciamiento conocidos y por qué uno es bueno y el otro malo.

En realidad, no es malo. Es perverso.

Pero, además, cambié y mucho la exposición de algunos temas para poder mostrar en definitiva que el proceso —en cuanto método— *es y debe ser sistémico*.

De ahí que este libro aparezca con el título de *Sistema procesal* y que, en rigor de verdad, es *otro libro* aunque se repitan en éste muchos conceptos vertidos en las Lecciones ya conocidas desde antes. Máxime cuando a éste le he añadido alrededor de doscientas páginas de notas, la mayoría de ellas de sociología judicial.

Algo más: como se verá en el texto, en los últimos años ha surgido un movimiento filosófico —en rigor, ideológico— que se contrapone con el denominado *solidarismo procesal*, generador de un *decisionismo judicial* que ha logrado el desorden que he criticado líneas atrás.

A partir del subtítulo que acompaña la obra *Derecho y razón* de Luigi Ferrajoli, ese movimiento que se acrecienta cada día más ha dado en autodenominarse *garantismo procesal*.

A partir de las ideas que lo sustentan, no se procura hacer una normación más permisiva con el delincuente ni poner puertas giratorias en las cárceles y comisarias, como cree cuasi generalizadamente el periodismo amarillo y la gente no advertida.

Se trata, en cambio y simplemente, de mantener un irrestricto acatamiento a las normas constitucionales cuando las contenidas en la ley —de clara jerarquía menor— toman caminos divergentes de ellas, que parten de un valor implícito reconocido hoy como el más importante en diversas constituciones del continente: el de la *libertad*.

Y como este libro contiene ideas claramente enroladas en ese movimiento es que decidí completar su título: *Sistema procesal* con el aditamento de la palabra *libertad*.

Dado que, como se verá detenidamente en esta obra, la Constitución nacional es de esencial raíz *libertaria*, creo que en el concepto de *proceso* se subsumen todas las garantías en ella aseguradas para hacer valer todos los derechos prometidos.

De ahí el nombre final de este libro: *Sistema procesal: garantía de la libertad*.

Si bien se piensa el tema y se extraen conclusiones acertadas a partir de su lectura, procuro que los sustantivistas dejen de pregonar la adjetividad, accesoriedad, pobreza y falta de importancia jurídica del derecho procesal cuando es sabido que —por regular un puro método— es la única rama del Derecho que admite cabal y certeramente la calificación de *científica*.

Sin perjuicio de ello, recuerdo que más de las dos terceras partes de los pleitos radicados en los tribunales del país se ganan y se pierden por razones puramente procesales.

Y no es que el proceso sea *la tumba del Derecho*.

Por lo contrario, es el método que permite reponer el orden jurídico cuando ha sido violado o desconocido por los particulares o por el propio Estado. Y esto no es poca cosa.

De ahí que su cabal comprensión exige conocimiento claro del desarrollo de ese método, de sus fases y posibles secuencias, etcétera. A

consecuencia de ello, presento ahora lo que aspiro sea *una explicación sistémica de ese método que es el proceso*.

Tanto si lo he logrado como si no, me gustará conocer la opinión del lector.

Para eso consigno mi dirección electrónica al pie de esta *Presentación*.

ADOLFO ALVARADO VELLOSO
aav@alvarado-abogados.com
aav@academiadederecho.com
aav@garantismo-procesal.com.ar

CAPÍTULO 1

LA CAUSA Y LA RAZÓN DE SER DEL PROCESO Y UNA APROXIMACIÓN A SU IDEA LÓGICA

SUMARIO:

1. Causa del proceso: el conflicto de intereses
2. Posibles soluciones del conflicto de intereses
 - 2.1. Autodefensa
 - 2.2. Autocomposición
 - 2.2.1. Medios directos
 - 2.2.1.1. Desistimiento
 - 2.2.1.2. Allanamiento
 - 2.2.1.3. Transacción
 - 2.2.2. Medios indirectos
 - 2.2.2.1. Amigable composición
 - 2.2.2.2. Mediación
 - 2.2.2.3. Decisión
 - 2.3. Heterocomposición pública
3. Razón de ser del proceso
4. Aproximación a la idea lógica de *proceso*
 - 4.1. Funciones del proceso
 - 4.2. Nociones de *conflicto*, *litigio* y *controversia*
 - 4.3. Descripción del método de debate
 - 4.4. Objeto del proceso

1. LA CAUSA DEL PROCESO: EL CONFLICTO DE INTERESES

Toda explicación habitual de la asignatura *Derecho Procesal*¹ pasa por

¹ Advertiré al lector que en esta obra evito en lo posible efectuar *citas* de precisas opiniones doctrinarias y, al igual que ya he hecho en otras oportunidades, sigo su-
pliéndolas con el simple recurso de hacer referencias autorales genéricas para impedir
que se me atribuyan ideas que no me pertenecen. Sin perjuicio de ello, y tal como lo
adelanté en la *Presentación*, esta edición difiere de su antecedente –*Introducción al*

una obligada referencia inicial a la ley que rige la materia², con prescindencia del problema de la vida que generó su creación y vigencia, que es lo que verdaderamente importa pues permite comprender cabalmente el fenómeno del *proceso judicial*.

Creo que ello no es correcto, pues impide vincular adecuadamente los dos extremos que se presentan en la aplicación de toda y cualquiera norma: la aparición del problema de convivencia y la solución que a ese problema le otorga la ley.

De ahí que comienzo la explicación de este *Sistema...* con una primaria y obligada referencia a la *causa del proceso*: el *conflicto intersubjetivo de intereses*.

En esa tarea, creo que es fácil imaginar que un hombre viviendo en absoluta soledad (Robinson Crusoe en su isla, por ejemplo) —no importa al efecto el tiempo en el cual esto ocurra— tiene al alcance de la mano y a su entera y discrecional disposición todo bien de la vida suficiente para satisfacer sus necesidades de existencia y sus apetitos de subsistencia.

En estas condiciones es imposible que él pueda, siquiera, concebir la idea que actualmente se tiene del Derecho³.

Fácil es también de colegir que este estado de cosas no se presenta permanentemente en el curso de la historia; cuando el hombre supera

estudio del Derecho Procesal (Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, varias ediciones)— en cuanto contiene numerosas *notas* como la presente: aquí he cambiado de método pues he descubierto —a través de críticas recibidas antes de ahora— que hay temas que exigen dar ejemplos puntuales de algunas afirmaciones, mostrar el texto de numerosas normas que considero de imprescindible conocimiento por parte del lector y, finalmente, porque resultan útiles para brindar opiniones y comentarios tangenciales que entorpecerían la lectura del texto si estuvieran contenidas en él, pues la mayoría de tales opiniones se relacionan con temas referidos a la historia del pensamiento procesal o pertenecen al campo de la sociología judicial. Por la misma razón, he incorporado al texto de la obra algunos párrafos encerrados entre paréntesis a fin de no distraer innecesariamente la atención del lector cuando hago alguna acotación de la que se podría prescindir en una nueva lectura.

² En general, *Códigos Procesales o Códigos de Procedimientos*.

³ El hombre solo, en sí mismo, no es objeto de normación jurídica: la autolesión no es delito. Tampoco el intento de suicidio. *Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados*, reza la hermosa frase constitucional (art. 19).

su estado de soledad y comienza a vivir en sociedad (en rigor, cuando deja simplemente de *vivir* para comenzar a *convivir*), aparece ante él la idea de *conflicto*: un mismo bien de la vida, que no puede o no quiere compartir, sirve para satisfacer el interés de otro u otros de los convivientes y, de tal modo, varios lo quieren contemporánea y excluyentemente para sí (comida, agua, techo, etcétera) con demérito de los apetitos o aspiraciones de alguno de ellos.

Surge de esto una noción primaria: cuando un individuo (coasociado) quiere para sí y con exclusividad un bien determinado, intenta implícita o expresamente someter a su propia voluntad una o varias voluntades ajenas (de otro u otros coasociados): a esto le asigno el nombre de *pretensión*⁴.

Si una pretensión es inicialmente satisfecha (porque frente al requerimiento “¡dame!” se recibe como respuesta “te doy”), el estado de convivencia armónica y pacífica que debe imperar en la sociedad permanece incólume. Y en este supuesto no se necesita el Derecho.

Pero si no se satisface (porque frente al requerimiento “¡dame!” la respuesta es “no te doy”), resulta que a la pretensión se le opone una *resistencia* que puede consistir tanto en un *discutir* como en un *no acatar* o en un *no cumplir un mandato vigente*.

Al fenómeno de *coexistencia de una pretensión y de una resistencia* acerca de un mismo bien en el plano de la realidad social le doy la denominación de *conflicto intersubjetivo de intereses*.

Hasta aquí he contemplado la idea de un pequeño e incipiente grupo social en el cual los problemas de convivencia parecen ser acotados.

Pero cuando el grupo se agranda, cuando la sociedad se convierte en nación, también se amplía —y notablemente— el campo conflictual.

Si se continúa con la hipótesis anterior, ya no se tratará de imaginar en este terreno la simple exigencia de un “dame” con la respuesta “no te doy”, sino, por ejemplo, de determinar si existe una desinteligencia

⁴ Estoy persuadido de que es imprescindible fijar el exacto valor de cada palabra que se usa en la obra a fin de evitar en lo posible la reiteración de lo que habitualmente sucede con el lenguaje jurídico: muchas veces dos interlocutores no logran una recíproca comprensión por la simple razón de que hablan diferentes idiomas. Por ello, ruego al lector que tolere lo que de aquí en más será una constante tarea de definir vocablos.

contractual y de saber, tal vez, si hay incumplimiento de una parte, si ello ha sido producto de la mala fe, si es dañoso y, en su caso, cómo debe medirse el perjuicio, etcétera.

El concepto sirve también para el campo delictual: ya se verá oportunamente el porqué de esta afirmación.

Como es obvio, el estado de conflicto genera variados y graves problemas de convivencia que es imprescindible superar para resguardar la subsistencia misma del grupo.

De ahí que seguidamente pase a esbozar sus posibles soluciones.

2. LAS POSIBLES SOLUCIONES DEL CONFLICTO INTERSUBJETIVO DE INTERESES

Planteada elementalmente la noción de conflicto como la de un fenómeno inherente a la convivencia, parece razonable imaginar que en los primeros tiempos se terminaba sólo por *el uso de la fuerza*: el más fuerte, el que ostentaba armas, el más veloz hacía prevalecer su voluntad sobre el débil, el indefenso, el lento⁵.

Y esto se presenta como claramente disvalioso, pues el uso indiscriminado de la fuerza no asistida por la razón genera destrucción.

Por eso parece obvio que la fuerza debe ser erradicada de modo imprescindible para lograr la sobrevivencia de la sociedad misma como tal, pues descarto que el bíblico triunfo de David en su desigual lucha contra Goliath es una mera anécdota muy difícil de repetir en la historia: la regla es siempre igual: el pez grande se come al chico.

No creo que haya posibilidad histórica cierta de saber cómo hizo el débil para convencer al fuerte en el sentido de eliminar el uso de la fuerza y suplantarla por un medio no violento: *el uso de la razón*.

En otras palabras: cómo hizo para lograr que la *fuerza de la razón* sustituyera a la *razón de la fuerza*, reemplazando el brazo armado por la palabra, que ostenta —como medio de discusión— la innegable ventaja de igualar a los contendientes.

⁵ El uso de la fuerza no refiere sólo a la fortaleza física que permite que uno pegue a otro. También se muestra en la mayor velocidad que tiene el ladrón para escapar de su víctima después de haberla robado, en la mayor inteligencia y picardía para usar ardid a fin de defraudar a otro, etcétera.

Pero es indudable que ello ocurrió en algún momento de los tiempos. Y al aceptar todos los coasociados la posibilidad de *dialogar*⁶ surgió como natural consecuencia la probabilidad de autocomponer sus conflictos pacíficamente, sin uso de armas o de fuerza.

Sin embargo, y como se verá en el número siguiente, no pudo prescindirse definitivamente del uso de la fuerza⁷, siendo menester aceptarla cuando su equivalente —el proceso— llegaría tarde para evitar la consumación de un mal cuya existencia no se desea.

Utilizando exclusivamente el razonamiento lógico —que no admite opinabilidad alguna—, y conforme con lo recién visto, puede colegirse que cuando se desencadena un conflicto intersubjetivo de intereses, en definitiva, termina por una de dos vías:

- a) se *disuelve* por los propios interesados, directa o indirectamente, o
- b) se *resuelve* por acto de autoridad, legal o convencional.

Y no hay otra posibilidad, como luego se advertirá.

Veamos ahora los *medios por los cuales un conflicto puede disolverse*.

Ellos son: la autodefensa y la autocomposición.

2.1. LA AUTODEFENSA

Es un medio de autocomposición directa y unilateral mediante el cual la parte afectada por el conflicto no acepta el sacrificio del propio interés y hace uso de la fuerza cuando el proceso llegaría tarde para evitar la consumación del daño que teme o sufre.

En el Derecho argentino se pueden ver numerosos ejemplos de autodefensa: en el Código Penal, en cuanto autoriza la *legítima defensa*⁸; en el Código Civil, en tanto se permite el uso de la fuerza para proteger

⁶ Castizamente, se entiende por *diálogo* a la negociación o discusión sobre un asunto con la intención de llegar a un acuerdo entre las distintas posiciones encontradas. Obviamente, el diálogo supone la presencia de dos sujetos que hablan uno con el otro.

⁷ Utilizo el vocablo en el sentido de emplear energía para doblegar una voluntad o modificar la realidad. En otras palabras, como *violencia física* o como *fuerza bruta* (la que se aplica sin derecho o sin inteligencia).

⁸ Código Penal, art. 34, inc. 6º: "No son punibles [...] El que obrare en *defensa propia* o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende".

la posesión⁹ o para cortar raíces de árboles vecinos¹⁰ o para mantener expedita una propiedad¹¹, etcétera.

Por lo demás, el *derecho de retención*, el *despido*, la *huelga*, etcétera, son derivaciones del principio de autodefensa o autotutela.

2.2. LA AUTOCOMPOSICIÓN

Es un medio que puede presentarse *unilateral* o *bilateralmente* y operar en forma *directa* (por los propios interesados y sin la ayuda de nadie) o *indirecta* (con la ayuda de un tercero).

Veamos cuáles son:

2.2.1. LOS MEDIOS DE AUTOCOMPOSICIÓN DIRECTA (OPERAN SIN LA AYUDA DE NADIE)

Las propias partes son quienes llegan espontáneamente a la composición del conflicto, haciendo que éste se disuelva a base de uno de tres posibles medios dependientes en forma exclusiva de la voluntad de ellas mismas:

2.2.1.1. EL DESISTIMIENTO

El pretendiente renuncia unilateralmente al *total* de su pretensión. A raíz de ello, deja de pretender y abdica de reclamar en el futuro el objeto hoy pretendido.

⁹ Código Civil, art. 2470: "El hecho de la posesión da el derecho de protegerse en la posesión propia, y repulsar la fuerza con el empleo de una fuerza suficiente, en los casos en que los auxilios de la justicia llegarían demasiado tarde; y el que fuese desposeído podrá recobrarla de propia autoridad sin intervalo de tiempo, con tal que no exceda los límites de la propia defensa".

¹⁰ Código Civil, arts. 2628 y 2629: "El propietario de una heredad no puede tener en ella árboles sino a distancia de tres metros de la línea divisoria con el vecino, sea la propiedad de éste predio rústico o urbano, esté o no cercado, o aunque sean ambas heredades de bosques. Arbustos no pueden tenerse sino a distancia de un metro". "Si las ramas de algunos árboles se extendiesen sobre las construcciones, jardines, o patios vecinos, el dueño de éstos tendrá derecho para pedir que se corten en todo lo que se extendiesen en su propiedad; y si fuesen las raíces las que se extendiesen en el suelo vecino, el dueño del suelo podrá hacerlas cortar por sí mismo, aunque los árboles, en uno y otro caso estén a las distancias fijadas por la ley".

¹¹ Código Civil, art. 2517: "Poniéndose alguna cosa en terreno o predio ajeno, el dueño de éste tiene derecho para removerla sin previo aviso, si no hubiese prestado su consentimiento..."

2.2.1.2. EL ALLANAMIENTO

El resistente renuncia unilateralmente al *total* de su resistencia. A raíz de ello, acata la pretensión esgrimida en su contra por el pretendiente y otorga lo pretendido.

2.2.1.3. LA TRANSACCIÓN

Los contendientes renuncian en forma bilateral, simultánea y recíproca a *parte* de sus posiciones encontradas. Y la pérdida de uno se compensa con la del otro de modo tal que los dos terminan ganando.

Los tres medios enunciados hasta aquí constituyen distintas formas mediante las cuales las partes pueden *conciliar* sus intereses¹².

Fácil es de advertir que, en cualquiera de tales supuestos, la conciliación opera como un verdadero *resultado*, pues nada se precisa ya para dar por terminado y superado el conflicto que mantenían los interesados (se ha disuelto sin necesidad de que nadie lo resuelva).

2.2.2. LOS MEDIOS DE AUTOCOMPOSICIÓN INDIRECTA (OPERAN CON LA AYUDA DE OTRO)

Sin disolver el conflicto planteado, pero con la obvia intención de lograr su disolución, las partes llegan bilateralmente a un acuerdo mediante el cual permiten que un *tercero*¹³ efectúe actividad conciliadora con el fin de acercar los intereses contrapuestos y lograr que ellas mismas puedan alcanzar la anhelada disolución mediante uno de los medios directos ya vistos precedentemente: desistimiento, allanamiento o transacción.

Esta actividad puede presentarse con tres distintas gradaciones que generan otras tantas denominaciones: amigable composición, mediación y arbitraje¹⁴.

Las explico:

¹² En su verdadero significado castizo, el verbo *conciliar* refiere a "componer o ajustar los ánimos que estaban opuestos entre sí; conformar dos o más proposiciones contrarias". En tal sentido, parece claro que *conciliar* es el género y que *transacción*, por ejemplo, es la especie. De donde resulta que ni castiza ni jurídicamente conviene hacer entre ambos vocablos distinciones que vayan más allá de lo recién expresado.

¹³ La palabra *tercero* está aquí cronológicamente considerada y elegida: *primero* es el pretendiente, *segundo* es el resistente y *tercero* es quien ayuda a disolver o resuelve el conflicto.

¹⁴ Si el lector ya conoce el tema, advertirá que existe un caos autoral en cuanto al significado exacto de cada una de las actividades que aquí describo: hay quienes sos-

2.2.2.1. LA AMIGABLE COMPOSICIÓN (O SIMPLE INTENTO DE ACERCAMIENTO)

El tercero, actuando espontáneamente con plena aceptación de ambos interesados o acatando expreso pedido de ellos (de ahí la bilateralidad del medio), se limita a intentar su conciliación, dando consejo y haciendo ver los inconvenientes que puede engendrar el litigio¹⁵, pero *sin proponer soluciones que, de haberlas, surgirán de las mismas partes en conflicto*, quienes lo disolverán así por una de las modalidades ya conocidas: desistimiento, allanamiento o transacción.

En este caso, como resulta obvio, la actividad que cumple el tercero constituye sólo un *medio* de acercamiento para que los interesados lleguen por sí mismos al *resultado de la autocomposición* (*el conflicto se disuelve sin que nadie lo resuelva*).

2.2.2.2. LA MEDIACIÓN

El tercero, acatando pedido expreso de ambas partes (otra vez se advierte la bilateralidad del medio), asume un papel preponderante en las tratativas y, por ende, diferente del caso anterior: ya no se limita a acercar amigablemente a los interesados sino que *asume la dirección de las tratativas y hace proposiciones* que, nótese bien, ellos tienen plena libertad para aceptar o rechazar¹⁶.

De lograrse el acuerdo se trasuntará otra vez en un desistimiento, un allanamiento o una transacción.

Y al igual que en el supuesto anterior, se ve claro que la actividad desplegada por el tercero sólo es un *medio* para que los contendientes

tienen que la conciliación es cosa distinta de la mediación, por ejemplo, cuando de verdad existe entre ambos conceptos una relación de género a especie; otros afirman que el mediador *resuelve* (por lo cual le exigen que sea un *neutral*) sin advertir la incompatibilidad lógica que existe entre *mediar* y *resolver*, etcétera. Creo que el esquema de actividades aquí mostrado es el correcto: si bien se mira el asunto se hallan cubiertas en el texto todas las funciones posibles de ser cumplidas por el tercero, sólo que sistémicamente presentadas.

¹⁵ Ésta es la típica actuación del buen amigo del matrimonio desavenido que colabora con sus consejos para evitar la separación de la pareja.

¹⁶ Esto fue lo que, precisamente, hizo Monseñor Samoré cuando en su momento medió exitosamente para finalizar lo que entonces era un inmediato conflicto bélico entre Argentina y Chile.

lleguen por sí mismos al resultado de la composición (nuevamente *el conflicto se disuelve sin que nadie lo resuelva*).

Hasta aquí he presentado dos medios autocompositivos indirectos, mostrando en todos los casos que las partes se ponen de acuerdo para aceptar la presencia de un tercero que las ayude a disolver el conflicto. La última actitud posible de ser ejercida por el tercero —la de decidir el conflicto mediante un acto propio— no puede presentarse lógicamente como un caso de *autocomposición* toda vez que, mediante el acto del tercero, *el conflicto se resuelve, no se disuelve*.

Sin embargo, y con esta salvedad recién hecha, incluyo en esta explicación la siguiente actitud —de decisión— por cuanto si bien ella opera como una verdadera heterocomposición —y no como autocomposición—, parece claro que para llegar a esta posibilidad los interesados han debido ponerse de acuerdo en varias cosas: primero, y más importante, en aceptar que un tercero particular defina el conflicto; segundo, en convenir que el tercero sea una determinada persona, con nombre y apellido, que ambos respetan y en quien ambos confían y cuya decisión se comprometen a acatar de consuno.

Y creo que aquí hay, al menos, un principio de autocomposición.

Veamos ahora la última posibilidad de actuación del tercero:

2.2.2.3. LA DECISIÓN

El tercero, a pedido de las partes y dentro de los límites que ellas expresamente fijan al efecto, asume un papel aún más preponderante: no sólo intenta el acercamiento (cual lo hace el *amigable componedor*), no sólo brinda propuestas de soluciones (cual lo hace el *mediador*), sino que, luego de escucharlas en pie de perfecta igualdad, *emite decisión* que *resuelve* definitivamente el conflicto, pues las partes se han comprometido en forma previa a acatarla.

Como se ve, el caso es por completo diferente de los anteriores: aquí, la actividad del tercero —al igual que la del juez en el proceso judicial— muestra una verdadera *composición*, sólo que *privada*, que deja de ser *medio* para convertirse en *resultado*: el *arbitraje* o el *arbitramento*.

En otras palabras: no se trata ya de *autocomposición* sino de *heterocomposición privada*.

Cuando no media acuerdo de las partes interesadas y, por tanto, se descarta la autocomposición (directa o indirecta) la solución del conflicto pasa exclusivamente y como *alternativa final*¹⁷ por el *proceso judicial*. Y ello muestra el otro medio posible de heterocomponer el conflicto.

El primero es de carácter *privado* (arbitraje y arbitramento). El segundo es:

2.3. LA HETEROCOMPOSICIÓN PÚBLICA (PURA O NO CONCILIATIVA)

Es éste un medio unilateral cuya iniciación depende sólo de la voluntad del pretendiente: ante la falta de satisfacción de su pretensión por parte del resistente, el pretendiente ocurre ante el órgano de justicia pública requiriendo de él la sustanciación de un proceso susceptible de terminar en sentencia que acoja su pretensión. Ya se verá oportunamente cómo queda vinculado el resistente al proceso y a sus efectos.

De tal modo, su decisión opera como *resultado*.

Por las razones recién explicadas, éste es el único supuesto de *resolución* que escapa al concepto genérico de *conciliación*.

Sintetizando metódicamente lo precedentemente explicado, cabe decir aquí que todo conflicto intersubjetivo de intereses puede ser solucionado por cuatro vías diferentes:

a) *por el uso de la fuerza*, que debe descartarse a todo trance para mantener la cohesión del grupo social. Claro está, la afirmación tiene algunas excepciones que mencionaré en el número siguiente;

b) *por el uso de la razón*, que iguala a los contendientes y permite el diálogo: éste posibilita lograr una *autocomposición directa* que se traduce en una renuncia total del pretendiente (*desistimiento*) (el supuesto comprende también el del *perdón del ofendido* en materia penal), en una renuncia total del resistente (*allanamiento*) y en sendas renunciaciones recíprocas y parciales (*transacción*);

¹⁷ Es habitual leer que los métodos descritos en el texto son *alternativos del proceso judicial* cuando, en rigor de verdad, ocurre exactamente a la inversa. Nadie quiere adentrarse alegremente en los difíciles meandros de un proceso sin haber intentado en forma previa un medio de autocomposición. Sólo en ultimísimo caso se comienza el verdadero y peligroso safari en el que se ha convertido actualmente el proceso judicial.

c) *por el uso de la autoridad de un tercero*, que permite lograr una *autocomposición* (otra vez, desistimiento, allanamiento, transacción) *indirecta* gracias a la *amigable composición* o a la *mediación* de tal tercero, cuya intervención al efecto aceptan los interesados. También permite llegar a una *heterocomposición privada* cuando el tercero (que no es juez sino árbitro o arbitrador) adopta una actitud de *decisión*;

d) *por el uso de la ley*: siempre que los contendientes descarten las soluciones autocompositivas, y dado que no pueden usar la fuerza para disolver el conflicto, deben lograr la *heterocomposición pública* con la resolución de un tercero que es juez.

Ello se obtiene exclusivamente como resultado de un *proceso*.

Como es fácil de imaginar, ésta es la única alternativa posible en materia penal.

Al final de este Capítulo presento un cuadro sinóptico conteniendo las distintas formas de componer el conflicto y el litigio a fin de facilitar al lector una más rápida fijación del tema.

3. LA RAZÓN DE SER DEL PROCESO

Si la *idea de proceso* se vincula histórica y lógicamente con la necesidad de organizar un método de debate dialógico y se recuerda por qué fue menester ello, surge claro que la *razón de ser del proceso* no puede ser otra que la *erradicación de la fuerza en el grupo social* para asegurar el mantenimiento de la paz y de normas adecuadas de convivencia¹⁸.

Empero —y esto es obvio— la idea de fuerza no puede ser eliminada del todo en un tiempo y espacio determinado, ya que hay casos en los cuales el Derecho, su sustituto racional, llegaría tarde para evitar la consumación de un mal cuya existencia no se desea: se permitiría así el avasallamiento del atacado y el triunfo de la pura y simple voluntad sin lógica.

Tal circunstancia hace posible que, en algunos casos, la ley permita a los particulares utilizar cierto grado de fuerza que, aunque ilegítima

¹⁸ Quede en claro que el proceso nada tiene que ver con la *búsqueda de la verdad*, como habitualmente se dice de su objeto o de su razón de ser. Ya volveré recurrentemente sobre el tema.

en el fondo, se halla *legitimada* por el propio Derecho. Por ejemplo, si alguien intenta despojar a otro de su posesión, puede éste oponer –para rechazar el despojo– una fuerza igual o proporcional a la que utiliza el agresor.

Al mismo tiempo, y esto es importante de comprender, el Estado (entendido en esta explicación como el todo de la congregación social ya jurídicamente organizada) también se halla habilitado –por consenso de sus coasociados– para ejercer actos de fuerza, pues sin ella no podría cumplir su finalidad de mantener la paz.

Piénsese, por ejemplo, en la necesidad de *ejecutar compulsivamente una sentencia*: ¿qué otra cosa sino *uso de la fuerza* es el acto material del desahucio, del desapoderamiento de la cosa, de la detención de la persona, etcétera?

Realmente, esto se presenta como una rara paradoja: para obviar el uso de la fuerza en la solución de un conflicto se la sustituye por un debate dialogal que termina en una decisión final que –a su turno– originará un acto de fuerza al tiempo de ser impuesta al perdedor en caso de que éste no la acate y cumpla espontáneamente.

En suma: todo el Derecho, ideado por el hombre para sustituir la autoridad de la fuerza, al momento de actuar imperativamente para restablecer el orden jurídico alterado se convierte o se subsume en un acto de fuerza: *la ejecución forzada de una sentencia*.

Estas circunstancias hacen que, como inicio de cualquiera exposición sobre el tema, deba ponerse en claro que el acto de fuerza puede ser visto desde un triple enfoque:

- a) es *ilegítima* cuando la realiza un particular;
- b) es *legitimada* cuando excepcionalmente el Derecho acuerda al particular la posibilidad de su ejercicio en determinadas circunstancias y conforme a ciertas exigencias o requisitos que en cada caso concreto se especifican con precisión;
- c) es *legítima*, por fin, cuando la realiza el Estado *conforme con un orden jurídico esencialmente justo y como consecuencia de un proceso*.

De tal modo, y a fin de completar la idea inicialmente esbozada, ya puede afirmarse que *la razón de ser del proceso es la erradicación de*

*toda fuerza ilegítima dentro de una sociedad dada para mantener un estado perpetuo de paz*¹⁹.

No importa al efecto que una corriente doctrinal considere que el acto de juzgamiento es nada más que la concreción de la ley, en tanto que otras amplían notablemente este criterio; en todo caso es imprescindible precisar que la razón de ser del proceso permanece inalterable: se trata de mantener la paz social, *evitando que los particulares hagan justicia por mano propia*.

4. UNA APROXIMACIÓN A LA IDEA LÓGICA DE PROCESO

En un primer intento de acercar al lector a la lógica de proceso que aspiro a presentar sistémicamente en esta obra, referiré ahora cuáles son las funciones que le asigna la doctrina y las diferencias existentes entre las nociones de *conflicto*, *litigio* y *controversia*; haré luego una somera descripción del método de debate, y finalizaré adelantando cuál es su objeto.

4.1. LAS FUNCIONES DEL PROCESO

Ya he mostrado al proceso como un *medio pacífico de debate* mediante el cual los antagonistas *dialogan* para lograr la solución –mediante resolución de la autoridad– de los conflictos intersubjetivos de intereses que mantienen y cuya razón de ser se halla en la necesidad de erradicar la fuerza ilegítima en una determinada sociedad para mantener en ella un estado de paz.

Así contemplado, el proceso cumple una doble función:

- a) *privada*: es el instrumento que tiene todo individuo en conflicto para lograr una solución (*rectius est*: resolución) del Estado, al cual debe ocurrir necesariamente –como alternativa final– si es que no ha logrado disolverlo mediante una de las posibles formas de autocomposición²⁰;

¹⁹ Dichoso del juez que se convierte en leyenda no por haber sido justiciero sino por reconocérselo como un auténtico dador de paz en el medio en el cual actuó.

²⁰ Esta afirmación genera la filosofía que se defiende en esta obra y que ve al proceso como un *método de discusión, dialogal y argumentativo*. Y tal idea es la única que se compadece con la afirmación inicial de este Capítulo y que justifica por sí sola la

b) *pública*: es la garantía que otorga el Estado a todos sus habitantes como contrapartida de la prohibición impuesta respecto del uso de la fuerza privada. Para efectivizar esta garantía el Estado organiza su Poder Judicial y describe *a priori* en la ley el método de debate así como las posibles formas de ejecución de lo resuelto acerca de un conflicto determinado²¹.

4.2. LAS NOCIONES DE CONFLICTO, LITIGIO Y CONTROVERSIDAD

Hasta ahora, he presentado de modo lato la *noción de conflicto*, que puede existir en la realidad social con distintos contenidos: moral, religioso, filosófico, político, jurídico, económico, etcétera.

Debo limitar ahora el concepto al de contenido *exclusivamente jurídico* —dejando de lado todos los demás posibles que no interesan al Derecho²²— y que se presenta en la vida social cuando existe un choque intersubjetivo de intereses (coexistencia de una pretensión y de una resistencia) por desconocimiento o violación de un precepto que preordena una conducta que en los hechos no se cumple: por ejemplo, el comprador no paga el precio de la cosa adquirida, no obstante ser

asunción por el Estado de la dirección de todo debate judicial. Sin embargo, ya se verá en el texto que ello ha sido pervertido por ideologías totalitarias que, con su exacerbación, han logrado trocar el método para convertirlo en vía adecuada de *investigación* a fin de lograr un mejor control social.

²¹ Ya se comprenderá más adelante cómo ha cambiado la filosofía procesal al otorgar a esta función absoluta preeminencia sobre la anteriormente tratada.

²² En los últimos tiempos las cosas no se ven con tanta claridad, pues parte de la judicatura argentina ha comenzado a tomar notable injerencia en materias que son desde antaño claramente *no justiciables* a la luz de la división de tareas que establece la propia Constitución. En efecto: ella atribuye funciones precisas a ciertos Poderes del Estado con exclusión de todos los demás (por ejemplo, la fijación del pie de valor de la moneda, que está siendo hoy tangencialmente determinado por el Poder Judicial, actuando al margen de la emergencia económica nacional y so pretexto de resguardar el derecho de propiedad vulnerado). Así, y de hecho, el conflicto de contenido estricta y esencialmente político se ha tornado justiciable de modo ilegítimo como consecuencia de adoptar cierta jurisprudencia la insistente prédica de algunos teóricos que pontifican declarando la necesidad de privilegiar la idea de justicia (lo *good*, a lo que hice referencia en la *Presentación* de este libro) por sobre la idea de legitimidad constitucional (lo *right*). Si bien se analiza la cuestión, se descubre que se importan despreciosamente instituciones que son viables en el sistema del *common law* pero no en el romanista al cual pertenece nuestra legislación. Y ésta es, precisamente, una de las concausas del estado terminal y caótico en el cual se encuentra nuestra justicia en la actualidad.

ésa la conducta que el precepto legal ordena expresamente; a raíz de ello, el vendedor pretende cobrar dicho precio y el comprador se resiste a pagarlo.

Ya se sabe que este conflicto puede tener diversas soluciones autocompositivas; pero si éstas no pueden ser logradas, al vendedor-pretendiente, que no puede hacer uso de la fuerza, no le queda otro camino que incoar un proceso mediante una *demanda* en la cual debe *afirmar* necesariamente (es una regla de juego de ineludible cumplimiento) la existencia del conflicto en el plano de la realidad social (lo mismo ocurre cuando se efectiviza una conducta tipificada como delito por la ley).

Esa *necesaria afirmación* convierte al simple diálogo en algo similar a una *dialéctica*²³, en la cual el pretendiente afirma un hecho (*tesis*), el resistente lo niega (*antítesis*) y, eventualmente, el juez produce la conclusión (*síntesis*) en su sentencia, dando o no por demostrada la tesis en orden a los medios de confirmación que alguno de los interesados haya acercado en función de claras reglas que establecen a quién le compete la tarea de confirmar²⁴.

El cumplimiento de esta tarea se efectúa en un *plano estrictamente jurídico* (el del proceso), obviamente diferente *del plano de la realidad social*, pudiendo ocurrir que entre ambos exista o no plena coincidencia.

Y es que salvo raras y contadas excepciones, la garantía estatal de resolución de conflictos es amplísima, por lo que en general no se veda ni se limita la posibilidad jurídica de demandar que tiene todo particular.

De ahí que pueda hacerlo *quien sabe que no tiene razón* (pues le consta que el conflicto no existe en la realidad o que carece de sustento jurídico) o *quien cree que la tiene aun cuando así no sea* (cree equivocadamente que el conflicto existe cuando nunca se formalizó en la realidad social).

²³ Entendiendo por tal al método de razonamiento que consiste en ir enfrentando posiciones distintas para extraer de su confrontación una conclusión que se adecue con la realidad de lo acaecido en el conflicto.

²⁴ En verdad no es una verdadera *síntesis*, pues no puede haberla en una sentencia judicial, que le da la razón a un litigante a costa del otro. Pero la expresión bien vale retóricamente.

Aunque es improbable que en estas condiciones se otorgue satisfacción judicial a tal pretensión, la existencia de la simple posibilidad de demandar por quien carece de toda razón hace necesario distinguir la noción de *conflicto* de otra que he de usar a menudo en esta obra: la de *litigio*.

Si *conflicto* es la coexistencia de una pretensión y de una resistencia en el plano de la realidad social, *litigio* es la *simple afirmación*, en el plano jurídico del proceso, de la existencia de un conflicto en el plano de la realidad social, *aun cuando de hecho no exista o no haya existido tal conflicto*.

Por constituir dos conceptos *cualitativamente* diferentes, resulta conveniente distinguir acabadamente entre *conflicto* y *litigio*, y tener presente que:

a) *puede existir conflicto sin litigio*:

Cuando se mantiene en el estricto plano de la realidad sin disolverse ni ser resuelto, pues el pretendiente no demanda judicialmente y se contenta con continuar en su estado de insatisfacción;

b) *puede existir litigio sin conflicto*:

Cuando el pretendiente demanda sabiendo que no hubo conflicto en el plano de la realidad o creyendo que existió aunque así no haya sido (ello explica el rechazo de una pretensión por parte del juez);

c) *puede existir litigio con conflicto* (o, a la inversa, *conflicto con litigio*):

Cuando éste *es trasladado del plano de la realidad al jurídico del proceso*, el pretendiente demanda afirmando y pudiendo confirmar la razón que le asiste.

Resulta así que la noción de *litigio* —y no la de *conflicto*— es inseparable de la función judicial y una de las bases necesarias del concepto de *proceso*.

En rigor, y como luego se explicará, *no puede darse lógicamente un proceso sin litigio* (aunque sí sin conflicto).

Por último, se entiende por *controversia* la efectiva discusión operada en un proceso respecto del litigio que lo origina; cabe aquí acotar que puede ocurrir que no haya tal controversia, pues el resisten-

te acepta liminarmente los extremos de la pretensión del actor y, por ende, no presenta debate.

De ahí que pueda existir litigio *con* y *sin controversia*, según cuál sea la actitud que al respecto adopte el demandado.

4.3. UNA SUCINTA DESCRIPCIÓN DEL MÉTODO DE DEBATE

La antigüedad remota concibió al proceso como un diálogo de corte estrictamente *sacramental*, con la utilización de fórmulas retóricas insoslayables ante sacerdotes que, mediante sacrificios de animales u otros métodos similares, daban una solución con inspiración divina.

Civilizaciones posteriores organizaron combates armados con invocación a Dios con la creencia de que triunfaría aquel que tuviera su protección (*juicios de Dios*), o, con una crueldad propia de la época, se sometía al individuo a *ordalias*²⁵ tales como bañarlo en aceite hirviendo, sumergirlo en agua durante tiempo prolongado, etcétera, no estando hoy de acuerdo los autores en si la inocencia se demostraba saliendo indemne de la prueba o pereciendo en ella el inculpatado, so capa esto de diversas explicaciones.

Posteriormente, el debate perdió su sentido místico y se *racionalizó* al punto de idearse *una serie de actos* para realizar la discusión en un diálogo efectuado ante el juez.

Sin perjuicio de señalar que oportunamente se verán los distintos sistemas de procesamiento y los diferentes pensamientos filosófico-políticos que los inspiran, en esta tarea de acercamiento a la noción de proceso adelanto que la serie de actos a cumplir debe guardar lógicamente un orden estricto que opera como *modelo patrón* de la discusión y que consiste en una serie de etapas ideadas al efecto por el legislador.

Desde la más remota antigüedad, tales etapas son:

a) la primera, de carácter introductorio y constitutivo, está integrada por una necesaria *afirmación del pretendiente* (ya en el proceso se lo denomina *actor* o *acusador*) respecto de la existencia de un conflicto

²⁵ Con vigencia en toda la época medieval, las *ordalias* eran pruebas o prácticas bárbaras a las que era sometido un acusado para averiguar su inocencia o culpabilidad.

en el plano de la realidad social y del pedido de solución o de sanción conforme con la norma jurídica que ha sido desconocida en los hechos o en la cual éstos se han encuadrado.

Como es fácil de imaginar, y por importante que sea la afirmación o la persona del actor, el juez no puede resolver sin escuchar previamente la versión de los hechos por parte del resistente, que puede ser por completo diferente.

Se trata, simplemente, de oír dos campanas antes de decidir por cuál de ellas optar²⁶.

Es por eso que esta etapa introductoria se completa:

b) con una segunda, constituida por una *posibilidad de negación* del resistente (ya en el proceso se lo denomina *demandado* o *reo*) respecto de la afirmación efectuada por el actor o acusador.

Por ejemplo, el actor Pedro asevera que el demandado Juan es su deudor pues le vendió y entregó una mercadería cuyo precio en dinero no abonó (litigio); por tanto, reclama (pretensión) que el juez lo condene (al sentenciar) a pagarle dicho precio. A su turno, e iniciado ya el proceso, el demandado Juan sostiene que nada debe (resistencia) pues no existió la compraventa de mercadería cuya existencia afirma el actor Pedro (controversia).

Ante tan disímiles posiciones, el juez debe resolver dando la razón a uno o a otro, en todo o en parte. De ello surge que, lógicamente, siempre hay un ganador y un perdedor²⁷, pues es imposible *empatar* en el resultado del proceso²⁸.

Obviamente, si ambos contendientes actúan en pie de igualdad y, por tanto, no sirve al efecto conocer cuál de los dos es más importante, o más rico, o con más prestigio social, etcétera, pues nada de ello interesa dentro del proceso —donde la natural *desigualdad* que hay entre los

hombres se *igualan jurídicamente*—, el juzgador debe historiar en el pasado para conocer qué fue lo realmente acaecido.

A efecto de contar con los elementos suficientes para hacerlo posibilitará la apertura de:

c) una tercera etapa, de carácter *confirmatorio* (o probatorio), durante la cual cada uno de los interesados (*partes del proceso*) —mediante el cumplimiento de reglas técnicas claras y precisas que enunciaré oportunamente— allegará al juez los medios (numerosos y disímiles) confirmatorios de las respectivas versiones.

Como el objeto de la *confirmación* es lograr el *convencimiento del juez*, debe pensarse que ello no sea posible o fácil de conseguir sin la unión racional de los diversos elementos aportados.

De ahí resulta necesario que, luego de presentado todo el material de confirmación, cada uno de los interesados tenga la posibilidad de unirlo lógicamente para que pueda cumplir su objeto.

Ello origina:

d) una cuarta etapa, de *alegación*, durante la cual cada parte hace una evaluación del aludido material, encuadrando los hechos acreditados en la norma jurídica que rige el caso sometido a juzgamiento.

En síntesis, la *serie* se compone de los siguientes actos que deben concatenarse en un orden lógico que no puede ser alterado: afirmación-negación-confirmación-alegación.

Sin la totalidad de los actos que componen la serie *no existe proceso* tal como estoy concibiéndolo. Ya volveré nueva y recurrentemente sobre este tema.

Y la serie es idéntica para *todos* los supuestos justiciables: no interesa cuál es la materia a decidir (civil, comercial, penal, etcétera) ni quiénes son los contendientes, ya que *tal serie es la que hace que un proceso sea un proceso y no otra cosa*.

4.4. EL OBJETO DEL PROCESO

La serie de actos recién descritos —afirmación, negación, confirmación y alegación— constituye el *proceso*, entendido como *medio de debate*²⁹.

²⁹ Cuya puntual explicación se intenta en esta obra.

²⁶ Esto hace a la esencia misma de la idea lógica de *proceso*.

²⁷ Téngase presente esta idea para cuando aquí se explique qué son los sistemas de enjuiciamiento.

²⁸ Atención a esto: cuando un juez rechaza demanda y reconvencción en un proceso se dice habitualmente que hay empate de los litigantes. Pero no es así ya que, en verdad, hay dos ganadores y dos perdedores en sus respectivas pretensiones.

Toda la serie procesal —que compone lo que, técnicamente, se denomina *procesamiento*— tiende a su natural y único objeto³⁰: lograr una declaración del juez ante quien se presenta el litigio, aunque, de hecho, muchas veces no se llegue a ello pues los interesados —en algunos casos— prefieren soluciones autocompositivas (*versupra*) que evitan la heterocomposición. Tal declaración se efectúa en la *sentencia*, que viene a constituirse así en el *objeto del proceso* (es decir, el punto hacia el cual tiende o su objetivo final).

Como es fácil de comprender luego de lo expresado, la sentencia es el *acto judicial que resuelve* (heterocompositivamente) el litigio ya procesado mediante la aceptación que el juez hace de alguna de las encontradas posiciones (tesis-antítesis) mantenidas por los antagonistas (pretendiente-actor o acusador y resistente-demandado o reo) luego de evaluar (según ciertas reglas precisas) los medios confirmatorios de las afirmaciones efectuadas por el pretendiente (en función de las negativas del resistente respecto de ellas) y de la aplicación particularizada al caso de una norma jurídica que preexiste en abstracto y con carácter general.

Ya se verá en su momento qué es intrínsecamente la sentencia y cuál es su importancia en el mundo jurídico.

Desata- do el conflic- to se solucio- na con	Autodefensa (uso de la fuerza legitimado por la ley)							
	Conci- liación	Supone siempre una auto- composi- ción que puede operar como	Resultado: se tradu- ce siem- pre en	Allanamiento (renuncia total del resistente). Desistimiento (renuncia total del pre- tendiente). Transacción (renuncias recíprocas parciales)				
			Medio: que con- duce a una	Hetero- compo- sición, que ac- túa como	Medio: puede ser	Amigable compo- sición	Conducen a una de las for- mas de autocom- posición como re- sultado	
						Mediación		
						Resultado		Arbitraje
						De hecho		
						De derecho		
Heterocomposición (pública): proceso judicial								

³⁰ Utilizo la palabra *objeto* en su tercera acepción castellana: *término o fin de los actos*.

CAPÍTULO 2

LAS NORMAS DE PROCEDIMIENTO Y SU CREACIÓN EL DERECHO PROCESAL

SUMARIO:

1. La materia del conocimiento jurídico
2. Las normas jurídicas
 - 2.1. Determinativas
 - 2.2. Estáticas
 - 2.3. Dinámicas
3. Concepto de *instancia* y su clasificación
 - 3.1. Denuncia
 - 3.2. Petición
 - 3.3. Reacertamiento
 - 3.4. Queja
 - 3.5. Acción procesal
4. Diferencias entre *proceso* y *procedimiento*
5. Creación de la norma de procedimiento
 - 5.1. Constituyente
 - 5.2. Particular
 - 5.3. Legislador
 - 5.4. Juez
 - 5.5. Sociedad
6. El derecho procesal
 - 6.1. Concepto y contenido del derecho procesal
 - 6.2. Carácter del derecho procesal

1. LA MATERIA DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO

Al comenzar esta obra afirmé que al hombre en soledad no sólo no le interesa ni le preocupa la existencia o inexistencia del Derecho sino que, más aún, ni siquiera puede concebirlo racionalmente.

Dije también que tal preocupación aparece sólo cuando el hombre se congrega en sociedad, cuando deja de *vivir* para comenzar a *convivir*,

porque ello trae como inexorable consecuencia la aparición de *conflictos* provocados por la *interrelación* de los hombres.

A los fines que interesan al Derecho, adviértase bien ahora que un *conflicto de contenido jurídico* sólo puede darse *entre dos personas, nunca respecto de una con ella misma*¹ ni *de ella con una cosa*², pues todo el Derecho es producto ideal originado por la necesidad de regular de alguna manera la *convivencia*.

Fácil es de inferir así que todo vínculo jurídico se materializa sólo *entre individuos y nunca con la cosa*, pues los *títulos de derecho* sólo son inteligibles para el hombre, ya sea que se presente en su naturaleza de *gente* o como órgano representativo de un *ente* (recordar que la idea de *lo mío* frente a *lo tuyo* puede ser entendida sólo por *dos hombres...*).

En un pasado remoto, aun antes de la aparición formal de lo que hoy se conoce como *Derecho*, las normas reguladoras de la convivencia tenían sustancia exclusivamente religiosa.

En los *Mandamientos de la Ley de Dios* y en la *Senda de las Ocho Vueltas*, por ejemplo, se consagran preceptos que permanecen inmutables en el tiempo y que, en esencia, son similares entre sí: no matar, no robar, etcétera, y que hoy constituyen normas jurídicas implícitas.

Cuando la normación pierde su origen divino y comienza a surgir del propio quehacer e imaginación del hombre, los problemas se regulan a medida que aparecen en la realidad de la vida; ello hace que, en definitiva y todavía hoy, *la norma sea esencialmente cambiante respecto del tiempo y del lugar* (por ejemplo, lo que es delito hoy y aquí, pudo no serlo ayer y puede no serlo allá).

Por eso es que en el principio de las sociedades no existió una concepción racional y unitaria de *todo* el Derecho.

Esta carencia llega hasta el día de hoy, cuando se continúa discutiendo el carácter científico del Derecho: y en alguna medida tienen razón

¹ Recuerde el lector lo que ya señalé en la nota 3 del Capítulo anterior: la autolesión y el intento de suicidio nunca fueron delitos. Del mismo modo, todo lo que permanece en la esfera de la intimidad de una persona está sólo sujeta al juicio de Dios y exenta de la autoridad de los magistrados.

² Por razones obvias, no hay *interrelación* entre un hombre y una piedra o un gato, ya que ambos son *cosas* en el Derecho. Y es obvio que no puede haber interacción entre un hombre y una cosa.

quienes lo niegan, pues —para referir a uno solo de los problemas que justifican tal postura— existe en la actualidad un vocabulario jurídico *multívoco* que conduce inexorablemente al *equivoco* toda vez que a una misma e idéntica palabra se le asignan generalizadamente diversos significados y, a la inversa, se utilizan varias palabras con raíces diferentes para denominar un mismo e idéntico fenómeno jurídico.

Valga un ejemplo para confirmar lo dicho: si ante un grupo de personas con determinado grado de cultura alguien pregunta en este país el significado de la fórmula química " H_2O ", seguramente que todas identificarán en sus mentes el objeto *agua*.

Pero lo que verdaderamente importa en esta afirmación es que a idéntico resultado se llegará con igual formulación en el Japón: aunque en otro idioma, se identificará también el objeto *agua*.

Ésta es la base mínima de todo conocimiento científico: mantener un lenguaje universal *unívoco* para que sea *inequívoco*.

Propongo ahora hacer un experimento similar en un mismo país (no en países diferentes con idiomas distintos): si en una reunión de juristas con distinta especialización —no ya de personas con relativa cultura— se pregunta el significado de la palabra *acción*, habrán de obtenerse por lo menos las siguientes respuestas:

a) *es el legítimo derecho que respalda la pretensión del actor* (así, se habla de *acción* de alimentos, de *acción* de deslinde, de *acción* de divorcio, de *acción* de filiación, etcétera) (respuesta del civilista);

b) *es el título de crédito representativo de cada una de las partes en que se divide el capital de ciertas sociedades* (respuesta del comercialista);

c) *es el elemento físico o de ejecución material y externo del delito* (respuesta del penalista);

d) *es el medio legal de pedir judicialmente lo que es nuestro o se nos debe* (respuesta del procesalista).

¿Puede concebirse mayor confusión terminológica?

Parecería que todo este dislate semántico proviene de la simple circunstancia de haber olvidado el legislador que el mundo del Derecho *es un mundo de palabras* y, por ello, se apartó de los postulados mínimos de la Lógica. Se aprende en ella que el *término*, el *vocablo* que utiliza

el jurista, constituye sólo la expresión simbólica de un concepto³ (el Derecho es, en realidad, un mundo de conceptos abstractos), del mismo modo que la proposición⁴ es la expresión simbólica de un juicio⁵ y que el argumento⁶ es la envoltura verbal de un razonamiento⁷.

Para mayor complejidad del problema en el caso que ocupa ahora nuestra atención, también se utiliza la palabra acción como sinónimo de derecho, de demanda y de facultad; y, además, usualmente se la califica de acuerdo con el derecho: acción cambiaria, acción civil en caso de delito, acción penal, etcétera.

Y éste no es un fenómeno único en el Derecho; otro tanto ocurre con las palabras abandono, absolución, apremio, carga, competencia, jurisdicción, prueba, etcétera.

Como puede apreciarse, todo lo contrario a un lenguaje científico: aquí, lo multívoco conduce al equivoco (de ahí que muchos diálogos entre juristas no sean otra cosa que ¡conversaciones entre sordos!).

Para evitar tanta disvalía —que genera notable confusión en el estudiante⁸— se hace imprescindible sistematizar genérica y adecuadamente

³ Concepto: la idea o la representación mental de algo.

⁴ Proposición: la idea que se ofrece y se manifiesta para lograr un fin. En filosofía, la expresión verbal de un juicio; en gramática, cada una de las partes que componen una oración compuesta; en lingüística, la palabra o el conjunto de palabras que tienen un sentido gramatical completo.

⁵ Juicio: en lógica, la relación que se establece entre dos conceptos, afirmando o negando el uno al otro y que suele expresarse en forma de proposición.

⁶ Argumento: el razonamiento usado para probar o demostrar algo o para convencer a otro de algo que se afirma o niega.

⁷ Razonamiento: el conjunto de pensamientos, ideas o conceptos que sirven para demostrar algo.

⁸ Todo estudiante asiste perplejo —¿qué otro remedio le queda?— a este torneo del disparate que le proponen sus profesores... para quienes su respectiva asignatura es siempre la más importante de todas y por eso justifican un lenguaje propio y divorciado del que se utiliza en el resto de las materias que debe estudiar. ¿Qué hace el estudiante así atosigado, aprendiendo sin ton ni son cosas presentadas siempre como compartimientos estancos donde nada tiene que ver con nada? Pues hace lo único que le permite soportar todo ello sin enfermarse y salir indemne de la prueba a la que es sometido por un profesor exigente: estudia de memoria cientos de páginas que nunca le servirán para algo útil; repite en el examen el texto de muchísimas normas aprendidas con puntos y comas, que durante el resto de su vida podrá leer tantas veces como fuere menester; y luego de aprobar el examen del caso, sin importar al efecto la nota que

la normación, sujetándola a cánones lógicos inmutables y no meramente contingentes⁹ según sea el cuándo y/o el dónde ella ocurra.

Para esto, lo primero es ponerse de acuerdo en cuál es la materia propia del conocimiento jurídico¹⁰.

Puesto en esa tarea, resulta claro para mí que es la interacción humana¹¹; es decir, la acción que se ejerce recíprocamente entre dos agentes que, por ello, se convierten en los extremos de la relación respectiva.

Con esta concepción, puede advertirse que la interacción es una figura reversible pues se presenta necesariamente tanto de un lado como del otro de sus extremos, manteniendo su vigencia y significación por la referencia recíproca.

Así es como en la mayoría de las interacciones no hay pretensión a la que no corresponda una prestación; y porque ésta es exigible es que aquélla existe (por ejemplo: si Juan es vendedor es porque Pedro es comprador, quien, si no paga el precio adeudado, puede ser demandado para que lo haga. Y viceversa). De la misma forma, no hay victimario sin víctima. Y viceversa.

Si lo que cabe regular jurídicamente es la interacción, parece claro que resulta factible determinar *a priori* y en un nivel absolutamente racional cuáles son las *totales posibles interacciones humanas*.

Esto, que a simple vista parece cosa imposible de realizar, pues en apariencia se presentan en número infinito, es factible de lograr con

logró, olvida de inmediato y para siempre todo lo que tan absurdamente aprendió... De ahí que el recién graduado en Derecho que inaugura su chapa abogadil en la puerta de calle puede llegar al desmayo en el preciso momento en el que un vecino importante —de quien aspira sea su ¡primer cliente!— le pide que le explique en forma detallada y comprensible para él cómo se hace para cobrar judicialmente un pagaré!

⁹ Que pueden variar por diversos sucesos.

¹⁰ Esto es tema generalmente incomprendido y siempre se afirma como opinable. Hace años que el primer día de clase interrogo a mis nuevos y jóvenes alumnos —que comienzan a cursar el tercero o cuarto año de la carrera de Abogacía— acerca de *qué es lo que ellos estudian*. En otras palabras, la pregunta es: ¿cuál es el objeto del conocimiento jurídico? Las respuestas que he obtenido con los años son muchísimas —la mayoría, de antología— y, por supuesto, ninguna coincidente con la realidad. De donde es dable colegir que, en términos generales, los alumnos de abogacía no saben qué estudian...

¹¹ Acción o influencia recíprocas.

sólo pensar adecuadamente en el problema. En esa tarea es fácil descubrir que no son infinitas. Ni siquiera muchas. En rigor, apenas cuatro. Veamos cuáles son:

a) la primera y más elemental interacción es la que se presenta entre una persona, aisladamente considerada, y el resto de las personas; en otras palabras, *la de una persona con la sociedad en la cual convive* (considerada como un todo diferente a los individuos que la componen).

Más simple: la persona actúa ante y con el resto de las personas y éstas, a su turno, hacen lo propio con la primera, como obvia consecuencia del convivir.

Y es que cada una y todas las personas requieren ser individualizadas, identificadas, gozar de una cierta capacidad, tener un domicilio en el cual puedan ser halladas, etcétera. Y ello porque el *estado* de una persona es el conjunto de cualidades que la ley tiene en cuenta para atribuirle efectos jurídicos.

Por cierto, esta interacción está adecuadamente regulada en el Derecho Civil. Pero no sólo allí, ya que, por ejemplo, la *capacidad procesal* —que es diferente a la *capacidad civil*, como se verá oportunamente— se halla normada en otro ordenamiento que, en la Argentina y para hacer más grande la diferencia, es diferente de una provincia a otra. Cosa parecida ocurre con la *capacidad electoral*, que difiere de las otras dos, etcétera.

Si fuere posible legislar a partir de cero para hacer las cosas bien de una vez por todas y, además, no reiterativas, todas las normas que regulan esta interacción podrían unirse en lo que bien se llamaría *estatuto de la persona o estatuto personal*, en el cual ingresarían las reglas referidas al nombre, a la capacidad, al estado civil, a la nacionalidad, al domicilio, a la profesión, etcétera;

b) la segunda interacción posible es la que se da entre personas de diferente sexo: *un hombre y una mujer para y por el efecto de procrear*: obviamente diferente de la anterior, esta interacción tiene como consecuencia lógica la formación de una *familia*, por lo que las normas que la regulan bien podrían constituir un *estatuto familiar* en el cual ingresarían todas las reglas referidas al matrimonio, a la filiación, al régimen de alimentos, a las sucesiones, etcétera;

c) la tercera interacción que es posible imaginar es la de una persona *actuando horizontalmente con otra persona, pactando algo* (lo que bien podría estar regulado en un *estatuto de los pactos o estatuto convencional* y en el cual ingresarían todas las reglas referidas a las obligaciones y a sus diversas fuentes contractuales y cuasicontractuales) o *causándole daño* (delictual o cuasi delictualmente, regulado en un *estatuto penal* y en uno *resarcitorio*);

d) la cuarta interacción es consecuencia natural de la existencia del grupo: alguien debe dirigirlo y el resto de sus componentes debe ser dirigido. También diferente de las anteriores, se presenta aquí una interacción de carácter vertical entre *gobernantes y gobernados*, por lo que las normas que deben regularla bien podrían conocerse como *estatuto gubernativo o estatuto del poder*, en el cual ingresarían todas las reglas que hoy integran el derecho constitucional, el administrativo, el registral, el penal¹², el real¹³, etcétera.

Si bien se piensa, más de la mitad de las normas que componen un ordenamiento jurídico deben ser integradas en este grupo.

Como se ve, son cuatro interacciones absolutamente diferentes entre sí, imposible de ser confundidas una con otras y que, conforme con la lógica racional, constituyen *todas* las que son factibles de imaginar. En otras palabras: *no existe otra interacción similar que permita ampliar el número de las cuatro ya descritas*.

Invito al lector a meditar y repensar lo hasta aquí expuesto. Verá que no logrará encontrar otra interacción posible de existir.

Corresponde acotar ahora que de *una misma interacción* pueden emerger *diversas relaciones* (que, en principio, no admiten un número que las limite).

Un ejemplo permitirá comprender la afirmación: *entre un hombre y una mujer interaccionando* puede existir una relación de noviazgo, de matrimonio, de concubinato, de esponsales, etcétera.

¹² También computo acá la idea de lo penal, pues para lograr la sanción punitiva es menester actuar ante el Estado, de la misma forma que para lograr un resarcimiento civil si no media solución autocompositiva al respecto.

¹³ También coloco los derechos sobre las cosas en esta interacción pues ellos se dan frente a los demás. Los conceptos de lo *mío* y de lo *tuyo* aparecen necesariamente ante alguien.

Algo similar ocurre dentro de la interacción hombre pactando con hombre: aquí puede imaginarse que Juan entrega una cosa a Pedro y que, a su turno, Pedro entrega a cambio: a) dinero, b) otra cosa, e) nada, d) el compromiso de devolverla después de haberla usado, e) el compromiso de devolverla sin usarla, etcétera.

Cada una de estas hipótesis configura un fenómeno distinto de los demás y, por ello, recibe una designación diferente y precisa:

- a) *compraventa* cuando la relación se presenta como cosa a cambio de dinero;
- b) *permuta* cuando es cosa a cambio de cosa;
- c) *donación* cuando es cosa a cambio de nada;
- d) *comodato* cuando es cosa dada para usar y devolver;
- e) *depósito* cuando es cosa dada para guardar y devolver en las mismas condiciones.

Cada uno de los fenómenos enunciados es inconfundible e irrepetible en el mundo jurídico: por ejemplo, siempre que Juan entregue en propiedad una cosa a Pedro y éste le dé a cambio un precio cierto en dinero habrá *compraventa* y no otra figura jurídica.

Pongo especial énfasis en las palabras *inconfundible e irrepetible*, pues las usaré más adelante para mostrar de esa manera al proceso.

2. LAS NORMAS JURÍDICAS

Si juridizando cualquier fenómeno fáctico de la realidad social el legislador decide normar respecto de las posibles interacciones ya enunciadas, inexorablemente producirá tres tipos de normas claramente diferentes entre ellas: determinativas, estáticas y dinámicas.

Las explico:

2.1. LAS NORMAS JURÍDICAS DETERMINATIVAS

Son las que el legislador emplea para definir sus términos básicos (establece, por ejemplo, qué es o cómo se determina la competencia, quiénes son incapaces, qué actividades constituyen delitos, etcétera) o para prometer nuevas normas (asegura un derecho que debe ser reglamentado luego por otra norma que establece una garantía al efecto).

Dados su contenido y modalidad, ajenos a la asignatura procesal, no interesa su análisis en esta obra.

2.2. LAS NORMAS JURÍDICAS ESTÁTICAS

Son las que ostentan en su contenido una estructura disyuntiva por normar:

a) una conducta que debe ser cumplida por los particulares y, al mismo tiempo,

b) una sanción para aplicarles en caso de incumplimiento del mandato.

Con un ejemplo se comprenderá mejor cómo opera una norma estática.

Para ello, elijo el mismo recién expuesto relativo a la compraventa: establece la ley que una vez recibida por el comprador la cosa adquirida al vendedor, aquél debe pagar a éste el precio pactado.

Habitualmente, la norma es de cumplimiento espontáneo: concertada la compraventa el vendedor entrega la cosa y el comprador abona el precio; ocurrido ello, la relación se agota y lo más probable es que carezca de efectos jurídicos posteriores, pasando así al olvido.

Pero la realidad enseña que algunas veces el comprador no paga a pesar de haber recibido ya la cosa. Por eso es que el legislador debe normar para ambas hipótesis (que el deudor pague y que no pague): en el caso, se sancionará al deudor condenándolo a oblar los daños e intereses causados al acreedor con motivo del incumplimiento.

De tal modo, toda norma reguladora de situaciones semejantes se presenta siempre como una fórmula lógica disyuntiva:

- dado A (la compraventa), debe ser (imperativo de la normación) B (prestación: el pago del precio);
- no dado B (el pago del precio), debe ser C (sanción o reparación: el pago de daños e intereses).

Si bien se mira en la alternativa presentada, ella es *excluyente* porque dándose A y B la relación se agota por completo y desaparece automáticamente la posibilidad de existencia de C (no hay ni puede haber sanción).

También se ve que para que C (sanción) opere es menester que no se haya dado B (prestación). Y que, cumpliéndose C, la relación también se agota.

En suma: a partir de A se da la posibilidad ideal de que ocurra B o, en su defecto, C. Y nada más.

Ésta es la estructura íntima de toda norma que ordena conductas, *expresa* (en lo civil, comercial, etcétera) o *implícitamente* (en lo penal, donde no hay norma que prohíba robar pero existe sanción para quien roba).

Diferente estructura tiene una *norma dinámica*, que explicaré seguidamente.

2.3. LAS NORMAS JURÍDICAS DINÁMICAS

Es habitual leer en las obras jurídicas la palabra *dinamismo* utilizada con un sentido metafórico. Por ejemplo, se dice que el derecho del trabajo es *dinámico* por la gran transformación de su legislación, permanentemente cambiante para regular nuevas situaciones laborales. Y ello frente al relativo *reposo* de la norma propia del derecho civil, verbigracia, que no cambia desde la antigüedad.

Aquí no se utiliza la palabra en ese sentido sino que, tomándola de la *mecánica*, representa el significado de la parte de ella que trata de la *fuerza* cuando produce *movimiento o actividad*.

Y es que, en el lenguaje corriente, *dinamismo es actividad*, por lo cual se asigna carácter dinámico a una norma procesal que genera actividades en cadena en razón de que *su estructura no es disyuntiva* (como la de la norma estática), sino *continuada consecucionalmente*.

De tal modo una *norma dinámica es aquella que, a partir de una conducta dada de un sujeto, encadena imperativamente una secuencia de conductas de otro u otros sujetos*, presentando así una relación que avanza gradualmente y que se desarrolla paso a paso.

La peculiaridad de lo expuesto radica en que *el dinamismo está contenido en la norma*, sin necesidad de recurrir a la actividad material que se cumple en cada caso concreto. En otras palabras: se actúa consecucionalmente no porque así lo decidan los interesados sino porque la norma respectiva así se los ordena.

Para que ello sea así, es menester que la propia norma idee y ligue relaciones consecuenciales, lo que ocurre exclusivamente en *el procedimiento* —en rigor, en *todos los procedimientos*—, donde se eslabonan

actos que deben ser cumplidos en un cierto orden establecido con anterioridad por el legislador.

Construyendo con este tipo de norma otra fórmula lógica, podría presentársela así:

- dado A, es (atención: *ser*, no *deber ser*) B o no B;
- si es B, es B1 o no B1;
- si es B1, es B2 o no B2;
- si es B2, es B3 o no B3; etcétera.

Nótese que una de las alternativas prevé *una actividad* (caso de B) y, correlativamente, *una inactividad en su defecto* (caso de no B).

Por ejemplo y para mejor comprender el problema: emplazado el demandado para concurrir al proceso, comparece (B) o no comparece (no B); si comparece (B), contesta (B1) o no contesta (no B1) la demanda; etcétera.

Típicas normas de procedimiento se hallan en la Constitución, para la sanción y promulgación de las leyes; en la Administración, para todos los trámites internos; en la Legislatura, para sus reglamentos de debate; en los pactos, cuando se conviene una cláusula compromisoria arbitral, etcétera.

Queda en claro, entonces, que el *procedimiento* (movimiento consecuencial) está contenido y ordenado en la norma y que no son los hechos o actividad material de los sujetos lo que puede dar lugar a la normatividad jurídica, sino que, a la inversa, ésta se establece *a priori* para imperar sobre los destinatarios.

Y ello ocurre en todas las *instancias*.

3. EL CONCEPTO DE INSTANCIA Y SU CLASIFICACIÓN

He analizado precedentemente las posibles interacciones humanas que pueden generar normas estáticas: las que provienen de los que se denominan estatutos *personal, familiar, de los pactos y del poder* (donde, como se verá inmediatamente, también pueden operar normas dinámicas).

Siempre que una norma estática (la que impone una conducta y sanciona su incumplimiento) no se agote por efectivización de la corres-

pondiente prestación y sea menester ocurrir a la alternativa de la sanción, al igual que en *toda* interacción vertical que se origine entre gobernante y gobernado, hace a la esencia misma de la convivencia social que éste pueda dirigirse a aquél en procura de una respuesta que brinde adecuada solución al problema o conflicto que le plantea.

Esta necesidad muestra que, dentro del *estatuto del poder*, pueden existir diversas *relaciones* al igual que lo que ya mostré al hablar de las otras interacciones (recuérdese que sostuve antes que el estatuto familiar debe contemplar soluciones para las relaciones de matrimonio, de concubinato, de esponsales, etcétera).

Por igual circunstancia, en esta interacción que se da entre *gobernado* y *gobernante* se ven *relaciones* que pueden ser determinables *a priori* en función de la actividad cumplida en cada caso por el gobernado o por la que él exige de la autoridad.

Estas relaciones se diferencian de todas las demás que se presentan respecto de las otras interacciones, porque son reguladas legalmente por *normas necesariamente dinámicas*.

Y a la actividad que cumple el gobernado cuando hace uso de ellas se le da el nombre de *instar*, lo que produce *instancias* (o *derecho de instancia* si se las juridiza).

Lógicamente, el *instar* constituye un *impulsar a otro para que a su vez impulse nuevamente*, formando en definitiva la cadena de actos que está prevista con anticipación en la norma.

Así es que, jurídicamente, se define a la *instancia* como el *derecho que tiene toda persona* (gente o ente) *de dirigirse a la autoridad para obtener de ella, luego de un procedimiento, una respuesta cuyo contenido final no puede ser precisado de antemano*.

Entre el primer *instar* y la resolución que recae finalmente sobre él existe *necesariamente* una serie de actos a cumplir en un orden ya establecido y que, ya se ha visto, recibe el nombre de *procedimiento*.

De tal forma, el *objeto* (lo que se desea lograr) *de la instancia es siempre un procedimiento, en tanto que el objeto de éste es una resolución de la autoridad*.

Efectuando *a priori* una determinación lógica de todas las posibles instancias en la relación *particular (gobernado)-autoridad (gobernante)*, en

exclusivo orden a la actividad cumplida y con prescindencia de sus respectivos contenidos —que pueden ser casi infinitos— se advierte que ellas sólo pueden ser cinco y se conocen doctrinalmente con el nombre de denuncia, petición, reaceramiento, queja y acción procesal.

Advierta el lector que no inserto a la *querella* en esta nómina. Y es que considero que ella es siempre pura *acción procesal* sólo que con un preciso contenido pretensional de carácter punitivo.

Pues bien: las posibles instancias pueden ser *primarias* (no suponen una instancia cumplida con anterioridad) o *secundarias* (suponen la existencia de otra instancia previa) y *con* o *sin* contenido pretensional. Cuando lo tienen, cabe distinguir —con criterio clasificatorio— si la autoridad puede cumplir por sí sola la prestación reclamada o si tal prestación depende exclusivamente de la actividad de otra persona.

Veamos ahora qué es cada una de ellas.

3.1. LA DENUNCIA

Es la instancia mediante la cual un particular efectúa una participación de conocimiento a una autoridad para que ella actúe como debe hacerlo según la ley.

Por ejemplo: una persona se presenta ante la policía para decirle que está cometiendo un delito en un lugar dado.

Como se puede advertir, esta instancia se caracteriza por su carácter *primario* y por la *ausencia de contenido pretensional*: el particular nada pide a la autoridad sino que se limita a comunicarle un hecho que puede tener trascendencia jurídica para ella y a raíz de lo cual iniciará un procedimiento.

De ahí que, presentada una denuncia cualquiera, el denunciante permanecerá ajeno al procedimiento que se cumpla al respecto por carecer de interés en lo que allí se actúe.

Esto es lo que pasa, precisamente, en el procedimiento penal de corte inquisitivo, en el cual la víctima denunciante vive en una suerte de limbo procesal¹⁴.

¹⁴ Y de ahí la necesidad de que, más allá de que se le haya reconocido en los últimos años la posibilidad de convertirse en un actor legitimado para pretender civilmente

3.2. LA PETICIÓN

Es la instancia primaria dirigida por un particular a una autoridad que puede resolver por sí misma acerca de la pretensión sometida a su decisión. A consecuencia de ella, la autoridad iniciará un *procedimiento* que desembocará en una resolución mediante la cual se acogerá o no la pretensión contenida en el instar.

Más sencillo con un ejemplo: Juan desea instalar en la vía pública un puesto de venta de cierta mercadería para lo cual es imprescindible contar con la autorización previa del respectivo organismo municipal. A tal fin, *insta* ante el funcionario del ramo pretendiendo que se le otorgue el correspondiente permiso.

Si se cumplen los requisitos del instar (obviamente regulados en la respectiva ordenanza), el peticionante puede estar seguro de que, a consecuencia de su *petición*, se iniciará necesariamente un *trámite procedimental* que será más o menos largo o complicado según la cantidad de pasos a cumplir en la previsión normativa, pero que terminará en algún momento para posibilitar su propio objeto: la *emisión de una resolución*, típico acto de autoridad.

Pero de lo que no puede estar seguro el peticionante es del contenido de la resolución que, luego de cumplido el respectivo procedimiento, emitirá el funcionario actuante.

En efecto: la autoridad puede conceder o negar el permiso solicitado. Para cumplir tal tarea resolutoria, la autoridad debe producir una *comprobación*, es decir, la operación mental por la cual determina la existencia de los hechos tipificados en la norma mediante la comparación de ellos con los hechos expuestos por el peticionante, aceptándolos o no como ocurridos en la realidad. Cabe ahora que la autoridad asigne a tales hechos las consecuencias jurídicas previstas para el caso.

en el proceso penal inquisitivo, deba otorgársele inmediatamente la legitimación necesaria para actuar como parte procesal en calidad de querellante autónomo sosteniendo pretensión claramente punitiva contra el causante del delito. Por cierto, falta mucho para ello pues bien saben todos que a los jueces penales y a los fiscales no les gustan los querellantes, a quienes han guardado desde siempre particular aversión. Tanto, que fue la constante prédica de ellos lo que hizo desaparecer a mediados de los años '60 la querella como instancia legislada.

En idioma italiano se utiliza el vocablo *accertamento* con dicho significado técnico (de verificación de circunstancias fácticas y normativas). De ahí que toda autoridad —administrativa o judicial— *accerta* (o *acerta*, para la mejor comprensión de lo que diré luego) cuando motiva y funda su resolución.

Por supuesto, para que la comprobación sea posible, dado el contenido pretensional de la petición del ejemplo dado, ha de surgir de la misma formalidad de la presentación la existencia y fácil comprensión de cuatro circunstancias claves: *quién insta, ante quién se insta, por qué se insta y para qué se insta*.

De lo expuesto hasta aquí —y reiterando conceptos— surge que *la petición es una instancia primaria* (no depende de la existencia de otra de carácter previo) *con obvio contenido pretensional*. Téngase en cuenta ello para hacer una comparación final entre todas las instancias posibles.

Supóngase ahora que la decisión del funcionario ha sido adversa al peticionante y que éste considera que la denegatoria fue errónea. Es decir, aquella no se emitió con una correcta comprobación y evaluación de los antecedentes presentados (es decir, no se *acertó*).

Si existe en el caso la posibilidad jurídica de insistir en el instar pues hay en el organismo respectivo una autoridad de mayor jerarquía que el funcionario antes aludido, querrá ocurrir ante él para lograr un nuevo juicio de comprobación acerca de lo ya decidido equivocadamente (se trata, en definitiva, de lograr una *recomprobación* o una *reconsideración*). Ello origina la tercera instancia posible, a la cual las modernas doctrinas —partiendo del molde italiano— denominan:

3.3. EL REACERTAMIENTO (O LA RECONSIDERACIÓN)

Es la instancia *secundaria* dirigida al superior de la autoridad que, a juicio del peticionante, no efectuó una comprobación correcta (*acertamiento*) al dictar su resolución respecto de la pretensión que le presentara en la petición¹⁵ *para que emita nueva decisión en cuanto al tema en cuestión, acogiendo la*.

¹⁵ De donde resulta que no está conforme con ella, ya sea porque afirma que es ilegítima o porque la cree injusta. Ya se verá en el Capítulo 30 que esto es, precisamente, la base de la *impugnación procesal*.

De tal modo, insisto en que el reacertamiento también tiene un contenido pretensional¹⁶: la *revocación* del acto cumplido y reputado erróneo por el peticionante, quien, de consiguiente, ahora persigue nuevamente el acogimiento de la pretensión inicial.

Empero, diferenciándose de la petición, es de carácter secundario y no primario, ya que su existencia supone una *petición previa rechazada*.

La instancia de *reacertamiento* se conoce habitualmente con los nombres de *recurso administrativo* y de *recurso jerárquico*, lo que pareciera circunscribir su ámbito a la pura actividad administrativa.

Sin embargo, como se verá oportunamente, también se presenta en la actividad judicial: cuando la demanda es denegada *in limine* (al comienzo), en los actos llamados de *jurisdicción voluntaria*, etcétera; pronto se comprenderá el porqué de ello.

Supóngase ahora que presentada una *petición*, el funcionario que la recibe no actúa conforme con el procedimiento previsto en la norma que regula el caso. Por ejemplo, no inicia el trámite o guarda silencio en lugar de dictar resolución (la hipótesis parte de la circunstancia de no estar previsto en la ley el efecto del silencio).

En otras palabras: no es que se equivoque en la comprobación (*acertamiento*) sino que no la realiza o no la posibilita. Ello origina una nueva instancia, diferente de las anteriores:

3.4. LA QUEJA

Es la instancia dirigida al superior jerárquico de la autoridad que interviene con motivo de una petición mediante la cual el particular pretende que se haga el control de la inactividad que le causa perjuicio y, comprobado ello, se ordene la emisión de la resolución pretendida y, eventualmente, la imposición de una sanción a la autoridad inferior.

Como se ve, al igual que las dos anteriores tiene un *contenido pretensional* (de carácter disciplinario) y aunque posee una similitud con el reacertamiento por su obvio *carácter secundario* (pues ambas instancias suponen la existencia de una petición) difiere de él en cuanto la queja

parte de la base de una *inactividad* en tanto que el reacertamiento lo hace desde una *actividad que se reputa errónea*.

Haciendo un breve repaso de lo visto hasta hora surge que es imposible confundir una instancia con otra cualquiera de las ya explicadas, pues:

hay sólo dos de carácter *primario* (petición y denuncia)

y una sola de ellas (petición) tiene contenido pretensional.

También hay sólo dos de carácter *secundario* (reacertamiento y queja), pero son definitivamente inconfundibles a pesar de que ambas tienen claro contenido pretensional, pues:

· mientras el reacertamiento supone la existencia de una *petición previa rechazada o denegada*;

· la queja exige la existencia de una *petición no respondida o no resuelta*.

Las cuatro formas diferentes de instar que he descrito hasta ahora —denuncia, petición, reacertamiento y queja— ofrecen la característica de presentarse invariablemente *entre dos personas*: el particular que insta y la autoridad que recibe el instar.

Adviértase que, aunque figuren varios funcionarios en las instancias de reacertamiento y de queja, *la persona instada* es jurídicamente la misma: la autoridad, aunque actuando por medio de distintos órganos.

Repárese también en que las cuatro instancias compulsadas tienen similar *objeto*: iniciar un *procedimiento*. Ahora sí puedo destacar que resta aún otra instancia que, como se verá, difiere *esencialmente* de las ya enumeradas. Ella es:

3.5. LA ACCIÓN PROCESAL

Es la instancia primaria mediante la cual una persona puede ocurrir ante una autoridad *judicial* para que resuelva acerca de una *pretensión que debe cumplir otra persona*, por lo cual dicha autoridad *no puede satisfacerla directamente* (cual lo hacía en el caso de la *petición*).

Por tanto, esa persona respecto de quien se pretende y que eventualmente sufrirá los efectos adversos de una decisión en su contra *debe integrar necesariamente la relación dinámica* que se origine con tal motivo.

Resulta así que la *acción procesal* ostenta la singular particularidad de provenir de un sujeto (actor o acusador) y *provocar conductas conca-*

¹⁶ Esto es obvio a poco que se acepte que el reacertamiento es instancia secundaria, pues supone el rechazo de una petición primaria de contenido pretensional.

tenadas de otros dos (juez y demandado o acusado) en tiempos normativamente sucesivos.

Un ejemplo aclarará la idea: Juan afirma que en la realidad social Pedro le debe una suma de dinero y, por tanto, pretende en el mismo plano de la realidad social que le pague. Supóngase ahora que Pedro no paga, para lo cual aduce argumentos que el acreedor no acepta. Como Juan no puede ejercer fuerza física sobre Pedro (ya se ha visto que ella es ilegítima en la convivencia), y siempre que no acuerden libremente entre ambos una solución autocompositiva, Juan no tiene otra alternativa que presentarse a la autoridad (en este caso, el juez) instándola no para que le pague por sí misma (sería absurdo que el Estado hiciera frente a todas las deudas de los particulares), sino para que constriña a Pedro –aun mediante el uso de la fuerza legítima que puede ejercer el Estado– a pagar la prestación adeudada, si es que se confirma la existencia de la deuda.

Recibida la instancia por el juez, *como no depende exclusivamente de él mismo la solución del litigio sino de la prestación que cumplirá otra persona* (Pedro), habrá de iniciar un procedimiento que no será ya sólo entre *dos* personas (el particular que insta y la autoridad que recibe el instar, cual ocurre sin excepción en todas las demás instancias: denuncia, petición, reacertamiento y queja) sino entre *tres*, pues debe involucrarse necesariamente en él a aquella persona respecto de la cual se insta.

Surge de lo expuesto que esta *instancia primaria también tiene contenido pretensional*. Pero se ve fácilmente que entre la acción procesal y todas las demás instancias posibles existe una diferencia esencial: la acción debe ser *bilateralizada* por el juez, otorgando posibilidad de audiencia al tercero respecto de quien se afirma debe cumplir la prestación pretendida para que éste alegue lo que desee al respecto.

En otras palabras: es una *instancia de carácter bilateral*¹⁷.

Este fenómeno jurídico que acabo de describir se muestra, al igual que la compraventa, como *único, inconfundible e irrepetible* en el mundo del Derecho (ver punto 1 de este Capítulo), ya que todas las demás instancias son de carácter *unilateral*.

¹⁷ Briseño Sierra la denominó *instancia proyectiva*.

Y así se llega a la formulación de un concepto lógico que no puede ser más elemental y simple: *la acción procesal es la instancia bilateral*. ¿Se dice realmente algo con este concepto? A mi juicio se dice todo lo imprescindible para lograr la captación y comprensión del fenómeno.

En efecto, he afirmado hasta ahora:

- a) que la materia del conocimiento jurídico está dada, exclusivamente, por la interacción humana;
- b) que las totales posibles interacciones primarias son sólo cuatro (no menos ni más que cuatro) y que he reseñado en otros tantos estatutos: el personal, el familiar, el de los pactos y el del poder;
- c) que, salvo las normas de carácter determinativo, toda legislación acerca de tales interacciones sólo puede producir normas estáticas, así llamadas porque se presentan siempre con estructura disyuntiva y se agotan por el acaecimiento de una de las alternativas (o de prestación o de sanción) que presentan;
- d) que para poder materializar la interacción del poder (o gubernativa) y, asimismo, para obtener la aplicación de una sanción normativa (propia de una norma estática) es imprescindible aceptar la existencia de relaciones que se particularizan por su dinamismo;
- e) que las normas dinámicas –instancias– son aquellas que imperan un encadenamiento consecuencial de conductas;
- f) que todas las posibles instancias son sólo cinco: denuncia, petición, reacertamiento, queja y acción procesal;
- g) que, de todas ellas, una sola es necesariamente bilateral (en cuanto enlaza a tres personas y no a dos): *la acción procesal*.

¿Puede alguien confundirse jurídicamente respecto de qué es la acción en el mundo del Derecho?

¿Hay otro fenómeno igual o parecido?

Como la respuesta es necesariamente negativa, insisto en que se ha llegado a una noción *elemental* que permite, ahora, comenzar la construcción científica de todo el sistema procesal.

No obstante lo expuesto, en los últimos años y por indudable influencia en nuestros autores del pensamiento de Jaime Guasp, importante pro-

cesalista español que descolló en el siglo XX y dejó una vasta y muy importante obra escrita, la doctrina mayoritaria en América descuidó el estudio metódico de la *acción procesal* so pretexto de que resultaba inservible para la comprensión de esta rama del Derecho y lo suplantó en definitiva por el concepto de *pretensión*, sosteniendo que en razón de ella —y no de la acción— se generan los diferentes procedimientos, se clasifican los tipos procesales y el contenido de las sentencias, se establecen sus efectos, se determinan las variadas competencias materiales, etcétera¹⁸.

A mi juicio, eso ha sido un craso error que ha posibilitado una cada vez más defectuosa actuación de los Poderes Judiciales en toda América, en los cuales hay muchos jueces que ignoran hasta el día de hoy la naturaleza jurídica de un verdadero *recurso* y no aciertan a resolver acerca del modo de sustanciarlo cuando, por ejemplo, con esa palabra se muestra un verdadero reaceramiento (cual ocurre en la llamada *apelación* deducida contra decisiones que versan sobre otorgamiento o denegación de cautelares procesales).

Ya se comprenderá oportuna y acabadamente la importancia de esta crítica y se advertirá por qué se ha hecho tanto mal a nuestra juridicidad con el error que señalo.

Baste por ahora saber que si *la pretensión es lo que se pide* (en esencia es una *meta*), *la acción es el modo de pedir* (en esencia, un método).

Y sin perjuicio de que las pretensiones pueden ser infinitas y la acción es sólo una de las cinco posibles formas de instar, lo que importa rescatar en este punto es la grave equivocación de los autores que han privilegiado la obtención de la *meta* por sobre el *método* mediante el cual se procura obtener esa meta, dando así la razón a Maquiavelo y posibilitando el triunfo postrero de su conocido consejo: *el fin justifica los medios*...¹⁹

¹⁸ Todo esto ya lo puso de resalto el inolvidable procesalista colombiano Carlos Ramírez Arcila en sus obras *Teoría de la acción* (Temis, Bogotá, 1969); *Acción y acumulación de pretensiones* (Temis, Bogotá, 1987), y *Derecho Procesal* (Librería del Profesional, Bogotá, 2001).

¹⁹ Porque no quiero ser coartífice de ese triunfo, creo que vale la pena meditar aquí acerca de cuánto horror se hubiera ahorrado la humanidad si Hitler no hubiera pensado como quienes tal cosa sostienen...

Veamos ahora el siguiente cuadro sinóptico descriptivo de las instancias antes referidas para ayudar a la fijación de los conceptos por parte del lector.

Origen	Instancias	Contenido
Primario	Denuncia	Sin pretensión
	Petición	Con pretensión
	Acción	
Secundario	Reaceramiento	
	Queja	

Cabe ahora insistir en un tema ya tratado:

4. LAS DIFERENCIAS ENTRE PROCESO Y PROCEDIMIENTO

En la historia del derecho procesal no siempre se ha efectuado la distinción apuntada en el título, no obstante ser de la mayor importancia para comprender el fenómeno que aquí describo.

Se entiende por *procedimiento* —concepto puramente *jurídico*— la sucesión de actos ordenados y consecutivos, vinculados causalmente entre sí, por virtud de lo cual uno es precedente necesario del que le sigue y éste, a su turno, consecuencia imprescindible del anterior.

Existe procedimiento en toda actividad, privada (orden del día en una asamblea) o pública (procedimiento administrativo, parlamentario, etcétera), que requiere de una *consecución de actos*.

Se entiende por *proceso* —concepto puramente *lógico*— *el medio de discusión de dos litigantes ante una autoridad según cierto procedimiento preestablecido por la ley*. En rigor de verdad, se trata de una *serie de actos procedimentales consecutivos e invariables*, tal como se verá en detalle oportunamente.

De tal modo, el *procedimiento* es el *género* (aparece en *todas* las instancias), en tanto que el *proceso* es una especie de él (aparece sólo en la acción procesal, instancia que debe ser necesariamente bilateralizada).

Insistiendo en la idea: el procedimiento es el rasgo común y distintivo de todas las instancias que, salvo la acción procesal, se otorgan para

regular una relación dinámica entre *dos* personas: quien insta y quien recibe la instancia.

El proceso es el procedimiento propio de la acción procesal que se otorga para regular una relación dinámica entre *tres* personas: quien insta, quien recibe el instar y aquel respecto de quien se insta.

Surge de lo expuesto que *todo proceso contiene un procedimiento*; pero no ocurre lo propio a la inversa, pues *no todo procedimiento constituye un proceso*.

La distinción es importante, porque:

a) no siempre que existe un procedimiento judicial se genera un proceso: los llamados *actos de jurisdicción voluntaria* (en rigor, algunos de ellos), por ejemplo, tienen procedimiento y no son procesos;

b) toda pretensión ejercida judicialmente en las condiciones que marca la ley origina un proceso cuyo objeto será la sentencia mediante la cual se habrá de satisfacer aquélla, existiendo así tantos procesos como pretensiones se hagan valer. De donde resulta que

c) un solo procedimiento judicial puede ser la envoltura externa de más de un proceso.

Para finalizar: debe quedar en claro que en el curso de esta obra se entenderá por *proceso el método de debate dialéctico y pacífico entre dos personas actuando en pie de perfecta igualdad ante un tercero que ostenta el carácter de autoridad*. Y no otra cosa.

Ahora sí, creo que están dadas las nociones necesarias para comenzar a explicar qué es el *derecho procesal sistémico*.

A tal efecto, analizaré seguidamente quién es el que origina una norma cualquiera de procedimiento.

5. LA CREACIÓN DE LA NORMA DE PROCEDIMIENTO

El tema propuesto se estudia habitualmente bajo la denominación de *fuentes del derecho procesal*.

En razón de que ese concepto no tiene un contenido preciso e inequívoco en la doctrina jurídica y de que dentro del tema se incluyen algunas *fuentes* a las cuales niegan tal carácter varios autores, prefiero denominar este punto conforme a la óptica de pura actividad que pre-

sente la obra; de tal modo, me ocuparé del *origen* de las normas *proce-suales*, teniendo en cuenta al efecto, y exclusivamente, *quién las ha creado con su esencia imperativa*.

Va de suyo que, así, no haré referencia alguna a la *historia* del derecho procesal ni a la *doctrina* autoral (ambas consideradas *fuentes* en los textos clásicos), pues si bien una y otra pueden ser determinantes para que el legislador norme, *en sí mismas no crean derecho*.

En esta posición, debo recordar que una norma de carácter dinámico puede estar contenida en cualquier ordenamiento legal. En rigor de verdad, un gran número de leyes prevé y consagra normas procedimentales.

Porque todo proceso supone un procedimiento —situación que no se da a la inversa—, haré referencia a los distintos ordenamientos que contienen disposiciones relativas a uno y otro concepto, que se vinculan con el tema tratado en orden a quién es la persona que origina la norma procesal.

En este orden de ideas, la norma procesal puede ser creada por el *constituyente*, el propio *particular* que litiga, el *legislador*, el *juez o tribunal* y la *sociedad*.

Veamos ahora cada uno de ellos.

5.1. EL CONSTITUYENTE

El primero y más importante creador de normas procesales es el *constituyente*: todas las constituciones que se han promulgado desde comienzo del siglo pasado las contienen claras y precisas.

En razón de que en este punto casi todas las del continente tienen normativa similar, creo conveniente hacer su estudio a partir de la Constitución argentina de 1994, vigente al tiempo en que esto se escribe. Ella consagra normas que refieren a la tarea de *procesar* y a la tarea de *sentenciar*:

Respecto del *procesar*, después de *adoptar la forma republicana de gobierno*, con separación e intercontrol de poderes (art. 1º), y de *garantizar la administración de justicia*, como condición esencial del federalismo (art. 5), autoriza genéricamente el *derecho de peticionar* (latamente concebido, en el sentido que doy a la palabra *instancia* en esta

obra) (art. 14) y consagra la *igualdad ante la ley* (art. 16) tanto para nacionales como para extranjeros (art. 20).

En su artículo 18 asegura la *inviolabilidad de la defensa en juicio* de la persona y de los derechos²⁰.

Para reafirmar esta garantía, prohíbe el juzgamiento de cualquiera persona por *comisiones especiales* o por jueces no designados por la ley antes del hecho del proceso.

La misma norma establece que *nadie puede ser obligado a declarar en contra de sí mismo, aboliendo para siempre toda especie de tormento y los azotes*.

Respecto del *sentenciar*, el mismo artículo 18 establece que ningún habitante *puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso*.

A ello debe agregarse que *nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe* (art. 19).

Por fin, como máxima garantía de separación de funciones, surge de los artículos 29²¹ y 109²² que el Poder Ejecutivo no puede arrogarse facultades judiciales ni ellas serles concedidas por el Poder Legislativo.

La suma de todos estos derechos y garantías se conoce con la denominación de *debido proceso*, utilizando al efecto una conocida adjetivación —*debido*— que no se halla contenida ni en la Constitución ni en la ley. Por ello es que, en rigor, se trata de una *garantía innominada*.

Hasta ahora, ni la doctrina (constitucional o procesal) ni la jurisprudencia han definido total y positivamente lo que debe entenderse por *debido proceso*.

²⁰ Atención: la fórmula constitucional es mucho más decidora que el sintagma *debido proceso* que usan los constitucionalistas.

²¹ CN, art. 29: "El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, *facultades extraordinarias*, ni la *suma del poder público*, ni otorgarles *sumisiones o supremacías* por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los *infames traidores a la patria*".

²² CN, art. 109: "En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas".

Por lo contrario, se lo ha hecho parcial y negativamente (así, se afirma que *no es debido proceso* aquel por el cual...) ²³.

De ahí mi reiterativa insistencia en caracterizar inconfundiblemente el fenómeno para que, al ser irrepetible en el mundo jurídico, logre ser objeto de una definición clara, comprensible y completa.

5.2. EL PARTICULAR

A mi juicio, y en afirmación que dista de ser pacífica en la doctrina americana, el segundo creador (en orden de importancia) de normas procesales es el propio *particular* que afronta el litigio.

El tema se relaciona íntimamente con el que trataré en el punto siguiente: el *carácter* del derecho procesal ²⁴.

Por ahora, y sin perjuicio de lo que allá se exprese, recordaré algo ya sabido por todos: una inmensa cantidad de pleitos es sacada por los propios interesados de la órbita del Poder Judicial para ser derivada a la actuación de árbitros particulares elegidos libremente por los contendientes (por supuesto, esto refiere de forma exclusiva a los litigios de índole privada y patrimonial, nunca a los de estado civil o de familia). Cuando esto ocurre, los interesados *pueden pactar toda la serie procedimental* así como renunciar por anticipado a deducir oportunamente medios de impugnación con fundamento en la *injusticia* del laudo arbitral (no respecto de su *legitimidad*).

En el orden legal no veo razón lógica alguna para sostener lo contrario (aunque no ignoro que algunas legislaciones prohíben caprichosamente pactar acerca de normas de procedimiento) ²⁵.

²³ En el Capítulo 11 explicaré detalladamente el tema con expresa mención de todas las implicaciones que lo rodean.

²⁴ Ya verá el lector que la cuestión aquí presentada no es baladí. Por lo contrario, hace a la esencia misma del sistema de enjuiciamiento el *permitir o prohibir* que los particulares puedan crear normas procedimentales a ser cumplidas por ellos mismos en un debate procesal acerca de un litigio que verse de modo exclusivo sobre un objeto transigible. Por supuesto, adelanto desde ya que un sistema ideológicamente autoritario lo prohíbe en tanto que un sistema libertario lo permite. El lector sabrá encontrar la respuesta al dilema con sólo ubicarse en la filosofía de la Constitución...

²⁵ En rigor de verdad, así lo marcan las leyes que regulan un procedimiento de corte netamente inquisitorio, cual lo hacen casi todos los códigos procesales civiles del continente. Oportunamente se verá que esta limitación es inconstitucional y que no

Lo reitero: dejando de lado los litigios cuya discusión afecta al orden público (que no encuadran en lo que sostengo) y a las relaciones que se presentan exclusivamente en el plano vertical del proceso (competencia e impugnaciones por vía de recursos), en las demás —situadas en el plano horizontal que va desde actor a demandado y viceversa— no hay motivo serio y valedero para cercenar a las partes la posibilidad de pactar acerca de normas que integran la serie procedimental (por ejemplo, plazo para contestar, para confirmar, para alegar, etcétera).

Esta afirmación es fácilmente compartible por el lector si recuerda —hablando siempre de pleitos en los cuales se litiga a base de intereses meramente privados y transigibles— que el propio ordenamiento legal permite a las partes autocomponer sus posiciones encontradas mediante el régimen de renuncias que ya fue analizado en el Capítulo 1: desistimiento, allanamiento y transacción.

En otras palabras: se permite —a veces, aún más, se privilegia con eximición de costas procesales, por ejemplo— la renuncia del derecho mismo que, en orden al propio litigio, es obviamente lo más importante.

¿Cómo no permitir, entonces, la renuncia de algo mucho menos importante —si quien puede lo más, puede lo menos— como es la forma o el método con el cual ha de discutirse acerca de esos mismos derechos?

Haciendo un juego de palabras que muestre más gráficamente la afirmación: si se puede pactar (autocomponer) acerca del tema sobre el cual se ha de discutir, ¿por qué no poder pactar también sobre cómo se discutirá el tema a discutir?

Como se comprende, la respuesta negativa de la ley es tonta y franca y definitivamente absurda...

5.3. EL LEGISLADOR

El tercer creador de normas procesales es el *legislador*²⁶, quien lo hace en *Códigos Procesales* y en un sinnúmero de *leyes* que regulan diversas

hay forma de obligar a que sea respetada por dos litigantes que desean hacer lo contrario en un pleito con objeto transigible.

²⁶ Hablo, por supuesto, de un *sistema* ideal y libertario, no de las leyes inquisitoriales que nos rigen todavía como muestra cabal de la persistencia de los perversos métodos de enjuiciamiento que ya tendrían que haber desaparecido desde la sanción de todas las Constituciones del continente.

instituciones jurídicas para cuyo ¿mejor? funcionamiento se prevé el procedimiento adecuado (por ejemplo, ley de concursos, de sociedades, de prenda con registro, etcétera)²⁷.

La importancia de la *ley procesal* es manifiesta porque ella debe ser aplicada *si o si* —no se admite pacto en contrario de particulares— cuando la materia justiciable es de *orden público* (por interesar a toda la comunidad lo que se resuelva judicialmente al respecto) y, además, porque es de *aplicación supletoria* respecto de todos los supuestos en los cuales el simple particular puede crear normas procesales.

5.4. EL JUEZ

El cuarto creador de normas procesales es el *juez* o *tribunal* (a los cuales se menciona lata e indebidamente como *jurisprudencia*) en el habitual lenguaje forense.

Lo más simple de referir es la tarea integradora que el juez hace del ordenamiento jurídico procesal: cuando no existe norma alguna que regule expresamente algún paso necesario para continuar idóneamente la línea procedimental (y esto suele ocurrir a menudo)²⁸, es el propio juez actuante quien debe crearla para poder dar efectivo

²⁷ Esta circunstancia ha generado una incomprensible inflación de procedimientos superpuestos que se apartan absurdamente de las normas generales de los códigos de la materia. El recto razonamiento no alcanza a comprender el motivo por el cual cada ordenamiento de fondo debe precisar imprescindiblemente de un procedimiento diferente, cambiando el método de debate en orden a una difusa meta que, en la realidad, nunca se alcanza... Y así, como mínimo pero decidor ejemplo, repare el lector en que el habitual plazo para apelar de cinco días que rige en los respectivos códigos es, en otras leyes, de un día, de dos días, de cuarenta y ocho horas (que, técnicamente, no es lo mismo que dos días), etcétera. ¿Qué se gana con ello sino enloquecer al abogado que, por eso, ejerce una profesión insalubre que le tiende trampas y produce confusiones a cada rato? Lo que sucede en la Argentina con la ley concursal es el acabose: tantos son los desaguisados procedimentales que genera su aplicación, que se ha logrado a la postre un efecto contrario al pretendido por el legislador al instrumentarse variadísimas opiniones en cuanto a lo que cabe hacer en cada caso...

²⁸ En general, las leyes nada dicen respecto de la sustanciación de las excepciones de fondo, que puede exigir sucesivos traslados en orden a determinar con exactitud el tema que los interesados discuten y deben confirmar. En tal caso, la actividad integradora del juez resulta imprescindible y, de no hacerla, es el propio juzgador quien conspira contra la garantía del debido proceso al no fijar con precisión durante el debate cuál es el tema a decidir en la sentencia.

andamiento al proceso (por ejemplo, fijación de plazo para alegar en ciertos tipos de juicios).

Pero no termina ahí la importancia de la labor creadora judicial: existen *pronunciamientos* (sentencias) que, bajo ciertas condiciones que la propia ley establece al efecto, tienen *fuera vinculante* respecto de los mismos tribunales que los emitieron o, a veces, de jueces jerárquicamente inferiores.

Es lo que se llama *jurisprudencia obligatoria* y su aspecto normativo se muestra en la circunstancia de que quienes están vinculados a ella deben mantener en un caso concreto idéntica *interpretación legal* que la efectuada para caso similar en el pronunciamiento vinculante²⁹.

5.5. LA SOCIEDAD

El quinto y último creador de normas procesales es el propio ser colectivo: la *sociedad* a través de sus *usos*, que pueden llegar a tener la jerarquía de derecho vigente y no escrito (*costumbre*).

Entre las ideas de *uso* y de *costumbre* existe una diferencia cuantitativa: el primero consiste en la repetición constante de un mismo hecho; la segunda nace como consecuencia de la aceptación generalizada de esa repetición (por consiguiente, es un efecto del uso). De ahí que pueda haber usos sin costumbre pero no ésta sin aquéllos.

²⁹ En el caso de Argentina hay más que decir sobre el tema: aunque no haya norma legal expresa que así lo indique, son también obligatorios para todos los jueces inferiores los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando, actuando por la vía del *recurso extraordinario federal* (no como un tribunal ordinario que, aunque más importante por la calidad de sus miembros, es esencialmente igual a los demás) se expide acerca de la interpretación que cabe dar a la materia *constitucional*. Y es que si bien todos y cada uno de los jueces de la Argentina tienen la irrenunciable tarea de interpretar y aplicar la Constitución cuando una ley inferior no se adecua con su texto, la Corte es el supremo y definitivo intérprete y custodio de la Constitución; de donde resulta que alzarse en contra de su interpretación de carácter *casacional constitucional* lesiona gravemente el derecho de defensa de los particulares que procuran una sentencia favorable que, en el caso, se efectuará en el último grado de conocimiento extraordinario del litigio, pero después de haber tenido que cursar —sin sentido, frente a las claras reglas de celeridad y economía que gobiernan el proceso— otros grados de conocimiento previos en absurdo desgaste de tiempo, de dinero y de la propia actividad judicial.

En materia procesal, la costumbre judicial (usos forenses reiterados) crea normas que, aunque no escritas, son de aceptación generalizada en un cierto tiempo y lugar.

Piénsese, por ejemplo, en las diferencias radicales que existen en las distintas aplicaciones de la normativa procesal entre dos tribunales de una misma ciudad...³⁰

Y es que se sostiene cotidianamente que el Derecho no es una ciencia *exacta* sino *interpretativa*.

Y para justificar tal aserto se muestra un ejemplo muy decidor: si se pregunta a un matemático *¿cuánto es dos y dos?*, seguramente responderá *cuatro*, pues no existe en el interrogante sino una sola formulación lógica: la de la *suma*.

Pero si idéntica pregunta es recibida por un jurista, no acostumbrado a la *exactitud* sino a la *interpretación*, responderá que —tal como está formulada la cuestión— su respuesta puede ser alternativa: *cuatro* o *veintidós* (y ello porque no se dijo *dos más dos* sino *dos y dos*). Y obviamente, se sostiene, ambas expresiones son válidas en función estricta de la cuestión planteada.

Este simple ejemplo sirve para advertir que un gran número de hechos, de las conductas en ellos desplegadas y de las normas (en general) que deben ser aplicadas a esos hechos y conductas poseen un contenido de interpretación diversa y que, por ende, son *opinables* (sobre un mismo problema pueden darse soluciones diferentes).

Llevada esta realidad al campo del proceso se advierte que, por carencia de norma respecto de un problema cualquiera o por interpretación

³⁰ Esta circunstancia fácilmente comprobable en nuestros tribunales es una de las más notables concausas de todas las que han contribuido al severo desprestigio de la Justicia. Es bien sabido por todo abogado litigante que, no obstante apegarse puntillosa y escrupulosamente a la norma en el cumplimiento de los requisitos que el legislador ha impuesto para algún pedimento en particular, por ejemplo, descubre al llegar al respectivo juzgado que un funcionario cualquiera —generalmente ignaro y de inferior jerarquía— no le recibe el escrito de marras por “no adecuarse a las exigencias legales”. Ante la lógica reclamación del sorprendido y aún no resignado abogado, que abre el texto de la ley y hace ver al funcionario de turno cuán cumplidos están los respectivos requisitos, queda atónito al oír la tajante y admonitoria respuesta habitual en estos casos: ¡en este Tribunal, esa norma no rige pues el juez la considera impropia (o fuente de chicanas, o la interpreta de otra manera, etcétera)!.

que desvirtúe su esencia cuando ella existe, en un momento y lugar dado comienza a practicarse un cierto uso que, al generalizarse, termina en costumbre (como tal, derecho no escrito).

Es en este sentido en el cual considero a ella como creadora de normas procesales.

Ejemplos de lo recién afirmado pueden ser encontrados en la remisión expresa que la ley hace respecto del tema³¹, en prácticas judiciales generalizadas, tales como ciertas fórmulas de redacción impuestas por algunos tribunales y en la ausencia de los jueces en ciertas audiencias en las cuales su presencia es ineludible, todo con tácito o expreso consentimiento de los interesados.

De lo expuesto se infiere que la costumbre produce sus efectos no sólo ante la carencia de ley sino también para derogar una anterior o para interpretar la que se presenta como dudosa, la que deberá observarse en el futuro conforme con el sentido asignado por ella. De aquí viene el decir que hay costumbre *fuera* de la ley, *contra* la ley y *según* la ley.

Sin embargo, la tarea interpretativa no debe presentarse sistémicamente respecto de *normas que regulan un simple método*.

Esto se ve con total claridad al describir la actividad que ha de ser cumplida, por ejemplo, para realizar la operación de *multiplicar*, sujeta a ciertos cánones precisos para evitar hacer la suma recurrente del multiplicando por el número consignado en el multiplicador. A nadie —con mayor razón, a un técnico en matemáticas— se le ocurriría *interpretar el método de la multiplicación*!

Como rara paradoja, los jueces, técnicos en Derecho, *interpretan el método de procesamiento*, con lo cual lo desvirtúan en la mayoría de los casos.

De ahí que, lo reitero una vez más, *el método es y debe ser neutro*, sin admitir calificación ni interpretación alguna³². Para ello, claro está, el

³¹ Por ejemplo, CPCN, art. 565: "Comisión. Anticipo de fondos. El martillero percibirá la comisión que corresponda conforme al bien subastado, establecida por la ley o, en su caso, la costumbre..."

³² Si esto es así, no puede concebirse un *proceso justo*. Habrá que hablar, sí, de una sentencia o de un resultado justo, pero nunca hacer lo propio con el método que ello originó.

método debe ser eficiente y estar prolija y previamente regulado por la ley, sin utilizar al respecto términos inadecuados, confusos, ambiguos o imprecisos.

En suma y sintetizando lo hasta aquí explicado: las normas procesales pueden hallarse vigentes por estar contenidas en la Constitución, en los pactos, en las leyes, en las decisiones judiciales y en la costumbre.

6. EL DERECHO PROCESAL

6.1. EL CONCEPTO Y EL CONTENIDO DEL DERECHO PROCESAL

Ya se puede decir que el *derecho procesal* es la rama del Derecho que estudia el fenómeno jurídico llamado *proceso* y los problemas que le son conexos³³.

Es una *rama* por dos razones:

- 1) porque se elabora a partir del concepto fundamental de *acción*, que le es propio y, por tanto, ninguna otra disciplina puede explicar, y
- 2) por la *unidad* de sus conceptos que, aunque diversos, se combinan entre sí para configurar el fenómeno. Con ello se logra un *sistema* armónico y completo.

Adelanté recién que el objeto de estudio no sólo es el *proceso*, considerado en sí mismo, sino también *los problemas que le son conexos*.

Ya se verá oportunamente que para que exista lógicamente un proceso, como *fenómeno irrepetible* en el mundo del Derecho, es menester que se presente *imprescindiblemente* una relación continua que enlace a tres personas: actor, juez y demandado.

De tal forma, todo lo pertinente al tema y relativo a ellas tendrá que ser objeto de este estudio.

Para conocer qué es lo *pertinente* cabe formular ciertas preguntas ante la iniciación de la acción procesal: ¿quién, ante quién, contra quién, qué, por qué, cómo, dónde, cuándo y para qué se acciona? ¿Cuál es la eficacia de todo ello?

³³ En rigor, así empiezan todos los libros de la asignatura. Yo he preferido presentar previamente algunos conceptos preliminares y continuar luego con la explicación de los diferentes sistemas de enjuiciamiento antes de comenzar el puntual desarrollo de los conceptos fundamentales de la materia.

Algunas respuestas a tales interrogantes están dadas por otras ramas del Derecho (por ejemplo, quién, contra quién, qué, por qué y para qué); otras, en cambio, son materia propia de esta asignatura (ante quién, cómo, cuándo, dónde y cuál es la eficacia).

Designando ahora cada una de las actividades que se cumplen en orden a tales preguntas, el derecho procesal se encargará de explicar:

- 1) los conceptos de *acción*, *pretensión* y *demanda* y la posibilidad de su *variación*;
- 2) las posibles formas de *reacción del demandado* y del *reo penal* y los efectos que cada una de ellas puede tener dentro del proceso;
- 3) el concepto de *confirmación de las pretensiones*, así como las reglas que establecen quién, cuándo y cómo se confirma y qué valor tiene lo confirmado;
- 4) la actividad que cumple el juez (*jurisdicción*) y los supuestos en los cuales se ejerce (*competencia*), así como los deberes y facultades que tiene tanto en la dirección del proceso como en la emisión de la sentencia y en su ejecución;
- 5) la propia *serie procedimental* que permite el desarrollo del proceso, con los principios y reglas técnicas que lo gobiernan;
- 6) la *cautela* de los derechos litigiosos, necesaria para evitar que sean ilusorios al momento del cumplimiento;
- 7) la *sentencia*, como norma individualizada para el caso concreto, y su valor en el mundo jurídico.

Como se advierte en esta exposición, he privilegiado el concepto de *acción* al hacer partir de él todos los demás.

Pero cabe aclarar que no es ésta una posición habitual en los autores de la disciplina; por lo contrario, la mayoría de ellos pone especial acento en la *actividad jurisdiccional* y desde ella hace comenzar toda explicación sobre el tema.

A mi juicio, esta tesitura que hace privar a la actividad de jurisdicción sobre la de la acción procesal exhibe tres defectos:

- 1) no respeta el orden lógico de la actividad que se cumple en la realidad social (puede aceptarse idealmente la existencia de un pretendiente sin

juez —hay varias maneras de solucionar pacíficamente el conflicto— pero no la existencia de un juez sin pretendiente);

- 2) no tiene en cuenta que la función jurisdiccional (concebida como la suma de la actividad de procesar más la de sentenciar) no es propia y exclusiva del Estado³⁴, con lo cual se sistematizan conceptos que no se adecuan con los fenómenos que ocurren todos los días en la vida jurídica, y

- 3) muestra poseer una filosofía política que no condice con la noción de *debido proceso* que, nominada o innominadamente, se halla contenida en todas las constituciones políticas contemporáneas.

Además, el concepto de *jurisdicción* es harto equívoco (ya se verá oportunamente que la voz tiene diferentes acepciones jurídicas) y su naturaleza aún no se halla pacíficamente definida y aceptada por los autores³⁵. El tema se comprenderá mejor oportunamente.

De la posición filosófica liberal recién afirmada y, consecuentemente, del método de exposición adoptado para esta obra, puede colegirse desde ya que haré toda esta explicación desde una óptica lógico-racional (en realidad, es la única compatible con el querer del constituyente, muy alejado de cualquier atisbo dictatorial) y no exclusivamente jurídica, pues los ordenamientos legales de América —en general y en su mayoría— norman con el nombre de *proceso* simples procedimientos que sólo son parodia o apariencia de él.

Para reafirmar esta aseveración, de aquí en adelante haré notar —respecto de cada institución en particular— si la legislación respectiva se adecua o no a los ordenamientos constitucionales.

Antes de finalizar con este tema debo hacer especial hincapié en la *unidad del derecho procesal*, a la cual me referiré expresamente en el comienzo de la exposición.

³⁴ Adviértase que casi todos los conflictos dados entre ciudadanos de diferentes países y la mayoría de los pleitos importantes del mundo comercial moderno escapan a la "jurisdicción judicial pública" para ser presentados ante particulares que actúan en calidad de árbitros.

³⁵ Hay quienes todavía hablan de la existencia de una *jurisdicción administrativa* sin tener en cuenta que ello es incompatible con la lógica pura y, legislativamente, con el texto de la Constitución Nacional en la Argentina, por ejemplo.

La realidad enseña que cada una de las ramas jurídicas que puede emerger de las normas estáticas tiene su propia regulación dinámico-procedimental. Así es como coexisten en la actualidad un procedimiento administrativo (incluso puede ser variable según el tipo de repartición pública) al lado de un procedimiento civil, otro penal, otro laboral, otro militar, otro eclesiástico, etcétera.

Los tratadistas de las respectivas asignaturas —que invariablemente reclaman la plena autonomía de cada rama jurídica— denominan a cada uno de los ordenamientos mencionados: *derecho procesal administrativo*, *derecho procesal civil*, *derecho procesal penal*, *derecho procesal constitucional* y, ya en el colmo de este notable avance contra la lógica, *derecho constitucional procesal* y *derecho procesal constitucional*, etcétera.

Va de suyo que la simple calificación adjetiva que se haga del derecho procesal no puede hacer que varíen sus conceptos elementales y fundamentales.

En efecto: las nociones de *acción procesal*, de *excepción* y de *jurisdicción*, por ejemplo, son *invariables* en todos los ordenamientos normativos.

No obstante ello, cada autor que se dedica a una *sub-rama procesal* insiste en su autonomía, alegando siempre la existencia de diferencias esenciales.

A poco que bien se mire, tales diferencias no son *esenciales*; en rigor, ni siquiera son *diferencias*.

Y es que la *estructura íntima* de todo proceso es bien simple y ya se ha explicado varias veces al mostrar a dos sujetos debatiendo pacífica y dialécticamente ante un tercero, que habrá de resolver el litigio si es que no se autocompone durante la tramitación del procedimiento. A la suma de todas estas nociones se le da el nombre de *proceso*.

Por tanto, *no hay proceso* cuando el tercero (juez) se coloca al lado de uno de los interesados (supliendo o coadyuvando en las actividades de afirmar, de negar, de confirmar o de alegar) para combatir frente al otro: en rigor, la figura muestra a *dos* personas, ya que el juez pierde la objetividad propia de su imparcialidad (por ejemplo, en el llamado *proceso penal inquisitivo*).

Ya volveré sobre el tema al tratar lo relativo a los sistemas procesales.

Basta decir por ahora que muchas legislaciones de toda América llaman *proceso* a ese fenómeno recién descrito y que, no por eso, puede adquirir la categoría lógica del *proceso verdadero*.

Hago esta disquisición pues la serie programada por el legislador para que debatan los sujetos en litigio *es siempre la misma e invariable*, sin importar la materia acerca de la cual discuten: en todos los casos hay una necesaria afirmación, una posibilidad de negación, una posibilidad de confirmación y una posibilidad de alegación³⁶. No interesa al efecto que los requisitos para cada una de tales etapas puedan ser diferentes: lo que sí importa es que las etapas mismas sean idénticas entre sí.

Esta unidad conceptual permite al jurista hacer dos cosas:

- 1) sistematizar todas las nociones para hacerlas jugar armónicamente unas con otras, y
- 2) luego de lograda la sistematización, construir una teoría general del derecho procesal que lo muestre como una verdadera ciencia que pueda generar un *sistema armonioso y neutro de enjuiciamiento*.

6.2. EL CARÁCTER DEL DERECHO PROCESAL

Se estudia el tema en este lugar pues tiene íntima conexión con el tratado anteriormente.

Y es que el grave y aún no pacíficamente solucionado problema doctrinal que genera el estudio del *carácter* del derecho procesal puede

³⁶ Años atrás, creo que en 1998, me invitaron a dar una conferencia sobre el tema *El Derecho Procesal del siglo XXI* en un curso de *Derecho de daños* que se dictaba en la Universidad de Buenos Aires. Los organizadores, todos connotados civilistas, esperaban oír una arenga revolucionaria a favor de lo que por entonces había comenzado a estar en boga: las *cargas dinámicas probatorias*, la *solución de los conflictos en vía cautelar*, el *cercenamiento definitivo de la etapa de la alegación*, la *reducción definitiva de plazos*, *defensas y recursos*, etcétera, y que hoy ya son ley vigente en alguna parte, con grave desesperación de los abogados serios que todavía quedan en el país. Afirmé allí que el proceso del siglo XXI sería idéntico al el siglo III a.C. y al del siglo XXX, pues la perfección lograda en el desarrollo de la serie no puede ser mejorada ni cambiada, so pena de perder la idea misma del proceso. Imagine el lector con cuánto desprecio me miraron y, por supuesto, nunca volví a ser invitado para repetir la experiencia. Ésta es una constante invariable entre los procesalistas argentinos: nadie quiere discutir nada y se evita a todo trance el debate doctrinal. Y si aparece algún contestatario, se lo margina invariablemente. En fin: estamos en democracia, pero no tanto.

sintetizarse en lo que parece una inocente pregunta: ¿cabe que los particulares establezcan pasos procedimentales específicos para regular su propio proceso o, por lo contrario, deben atenerse única y exclusivamente a lo que la ley prevé al respecto?

Según sea la posición filosófico-jurídica del autor que analice el tema en cuestión será la respuesta que dé a ella: para algunos (en rigor, los menos), el proceso es un instrumento para dirimir un litigio de interés meramente privado por lo que, congruentes con ello, sostienen que es factible derogar la norma legal en un caso concreto para crear la que se estime conveniente al litigio.

Para otros —los más— ocurre lo contrario, so pretexto de que es a la sociedad toda a quien interesa primordialmente la solución correcta de los litigios: por tanto, sostienen la irrenunciabilidad de las normas legales que, así, son calificadas como de *orden público*.

Cabe apuntar aquí que el concepto de orden público es esencialmente indefinido y contingente, por lo cual no existe acuerdo entre los autores acerca de su definición y contenido.

No obstante ello, y a riesgo de pecar por restricción, se puede afirmar que el orden público es una abstracción jurídica sobre la cual reposa el bienestar de la colectividad para cuyo mantenimiento deben ceder los derechos de los particulares cuando ello sea de conveniencia social.

De tal modo, cuando una norma merece esa calificación ideal no puede ser dejada de lado por el acuerdo de los interesados, a quienes se prohíbe pactar en contrario.

En rigor de verdad, ambas posiciones antagónicas tienen parte de razón, pues no debe afirmarse que *todas* las normas procesales entran absolutamente en una u otra categoría, sino que ingresan a *alguna* de ellas por la naturaleza de la cuestión que regulan.

Por supuesto —e insisto en esta afirmación varias veces efectuada— estoy mirando el problema desde la óptica del litigio que versa sobre derechos transigibles; por tanto, lo que aquí se expresa no alcanza al *proceso penal* ni a los que podrían llamarse teóricamente *procesos civiles penalizados*, que se utilizan para ciertos conflictos respecto de los cuales la sociedad toda tiene interés primario en su solución: divorcio, nulidad de matrimonio, filiación, etcétera.

Por ser el proceso un método de debate entre dos partes que se hallan en pie de igualdad ante un tercero que se encuentra por *encima* de ellas (ya que es el llamado a *resolver* y, llegado el caso, a imponer la solución del litigio), cualquier observador atento puede ver en aquél dos claros *planos* diferentes: uno *horizontal* que se forma recíprocamente entre actor y demandado, y otro *vertical* que se forma también recíprocamente entre el juez y cada una de las partes, actora o demandada.

En el *plano vertical* se sitúan todas las instituciones y relaciones que pueden presentarse entre el juez y las partes (los distintos tipos de competencia, los recursos, etcétera): ellas no son renunciables por los interesados salvo expresa disposición legal permisiva (por ejemplo, las partes pueden pactar lo que les plazca acerca de la competencia territorial cuando litigan a base de intereses meramente privados).

En el *plano horizontal* se hallan todas las normas que ordenan el debate igualitario propiamente dicho (formas de las presentaciones, plazos para realizarlas, etcétera): ellas son *lógicamente* (no siempre *legalmente*) renunciables por las partes, quienes pueden así pactar una norma diferente de la prevista por el legislador (por ejemplo, un plazo más amplio que el establecido en la ley).

Como es obvio, hacer un inventario detallado del contenido de cada plano es tarea que excede los límites de esta obra.

Sin perjuicio de ello, y reafirmando la idea constitucional del debido proceso que ya se ha esbozado, propicio una amplia concepción del tema, tal como lo hiciera en este Capítulo.

CAPÍTULO 3

LOS SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO. INTRODUCCIÓN AL TEMA

SUMARIO:

1. Introito
2. El impulso procesal
3. Los orígenes del problema: un poco de historia

1. INTROITO

Antes de comenzar la puntual explicación de los conceptos fundamentales que gobiernan y justifican la idea de *proceso*, dada la singular importancia que para la tipificación de la actual concepción legal ha tenido la experiencia histórica de los últimos ocho siglos, creo conveniente incluir ahora expresa y detallada referencia a los sistemas de enjuiciamiento que se han generado en la realidad europea y de la cual nuestros países son tributarios.

Para ello, explicaré qué es el *impulso procesal* y en qué consiste cada uno de los sistemas inquisitivo, acusatorio y mixto.

2. EL IMPULSO PROCESAL

Ya se ha referido antes el significado del sintagma *serie procedimental*¹ referido a la estructura lógica del proceso y la idea será plenamente desarrollada en el Capítulo 11.

¹ Lo mencioné como *serie de actos procedimentales consecutivos e invariables*.

Por ahora, adelantaré algunos conceptos propios del tema, diciendo que *el proceso es una serie consecucional de instancias bilaterales*. Explico el significado de ello.

Castizamente, se entiende por *serie* "el conjunto de cosas relacionadas entre sí y que se suceden unas a otras".

Esta noción contiene numerosas aplicaciones en el lenguaje corriente: habitualmente se habla de las series más variadas: *aritmética* (1, 2, 3, 4, 5...), *geométrica* (2, 4, 8, 16, 32...), *alfabética* (a, b, c, d, e...), *musical* (do, re, mi, fa, sol, la...), *mensual* (enero, febrero, marzo...), *semanal* (lunes, martes, miércoles...), etcétera, utilizando al efecto una idea de fácil comprensión por todos.

Se trata, simplemente, de una secuencia de ciertos elementos invariables que están siempre colocados en un mismo orden, y que, por ello, es plenamente entendible para quien la ve o lee.

En el lenguaje del proceso ocurre otro tanto: la serie es *lógica* y se compone de numerosos actos sucesivos relacionados entre sí, que aún no he detallado en concreto pero que pueden ser agrupados en cuatro grandes *etapas*: afirmación-negación-confirmación-alegación².

Lo que interesa remarcar de esta particular serie es que cualquiera de sus etapas es siempre imprescindible precedente de la que le sigue; y, a su turno, ésta es su necesaria consecuencia.

De tal modo, no se puede abrir una etapa sin estar clausurada la que la precede. En otras palabras: es una *secuencia consecucional*.

Por eso es que, tanto para iniciar el proceso como para pasar de una etapa a otra, es menester desarrollar una *actividad* material que puede ser cumplida en los hechos por cualquiera de las partes o por el juez.

Habitualmente se dice en la doctrina generalizada que, para determinar a quién corresponde dar ese *impulso*, se han generado en la historia del Derecho dos grandes *sistemas* de procesamiento: el *dispositivo* y el *inquisitivo* (gran parte de la doctrina asigna a ambos el erróneo carácter de *principios* (oportunamente explicaré adecuadamente esta afirmación) (ver el Capítulo 12).

² Ya se verá oportunamente todo lo relativo a ellas.

En rigor de verdad, el tema es mucho más trascendente, pues no se trata sólo de establecer *quién puede —o debe— llevar el impulso procesal* y, por ende, hacer avanzar la serie hasta lograr su objeto —como lo presentan inocente y despreocupadamente los autores—, sino de definir desde la propia ley cuál es el tipo de proceso que se quiere en orden a la filosofía política imperante en un lugar y tiempo dados.

Para esto habrá que optar, necesariamente, por:

- a) un proceso que sirva y pueda ser utilizado como *medio de control social*³ y, llegado el caso, como *medio de opresión*⁴, cual lo han pensado y puesto en práctica los regímenes totalitarios basados en filosofías políticas perversas alejadas de toda idea de gobierno republicano (piénsese, por ejemplo, en todas las connotaciones de *El proceso de Kafka*...⁵), o
- b) por lo contrario, un proceso que sirva como *último bastión de la libertad en la tutela de los derechos y garantías constitucionales*⁶ y que resulte útil para hacer el intercontrol de poderes que elementalmente exige la idea de República.

De la respuesta que el legislador dé a esta opción dependerá el tipo de sistema que habrá de normar para que tanto los particulares como el propio Estado puedan solucionar sus conflictos de convivencia.

También dependerá de ello la elección del paradigma del juez que se pretende actúe en la sociedad:

- a) uno que *privilegie la meta por sobre el método* y, por tanto, haga lo que le parezca en la incansable búsqueda de la verdad real para lograr satisfacer el propio sentido de justicia⁷ (caso del juez inquisitorial) o, por lo contrario,
- b) *privilegie el método por sobre la meta* y, así, se contente con lograr el pleno mantenimiento de la paz social, dando certeza a las relaciones jurídicas y aplicando las garantías constitucionales por sobre toda otra norma que se oponga a ellas (caso del juez positivista).

³ Como el que ideó Klein para el Imperio Austrohúngaro en 1895.

⁴ Similar al que utilizó la Alemania nazi de 1937.

⁵ Para cuyo personaje nunca se abren las puertas de la ley...

⁶ Como el que imaginó Alberdi en sus *Bases*, sosteniendo que es *inviolable la defensa en juicio*.

⁷ Pregonando así el postrero triunfo de Maquiavelo.

Y para concretar esta opción se han generado en la historia de la humanidad sólo dos sistemas claramente antagónicos: el *dispositivo* o *acusatorio* y el *inquisitivo* o *inquisitorio*⁸.

Antes de comenzar la explicación puntual de cada uno de ellos, creo imprescindible historiar el problema y mostrar cómo se llegó a cada una de las posibles soluciones recién señaladas.

En la tarea de explicar los antecedentes históricos de este sistema de enjuiciamiento debo remontarme inexorablemente al año de 1215. Perdonará el lector que lo lleve tantos siglos hacia atrás, pero en instantes comprenderá el porqué de ello.

Tal como se verá en los Capítulos siguientes, con pocos meses de diferencia entre uno y otro, en dicho año acaecieron dos hechos que originaron el tema que intento explicar:

1) en la Europa continental, el *Concilio de Letrán* dispuso que cesaran de una vez y drásticamente las recurrentes herejías⁹ que abundaban en la época, y

2) en la Europa insular, el rey de Inglaterra emitió la *Carta Magna* para apaciguar a los levantiscos barones sajones.

Explicaré a continuación qué ocurrió en el mundo conocido a partir de cada uno de tales acontecimientos.

3. LOS ORÍGENES DEL PROBLEMA: UN POCO DE HISTORIA

Con las limitaciones que surgen obvias del escaso conocimiento que aún hoy se tiene de la historia jurídica antiquísima, creo factible afirmar

⁸ Habitualmente se los conoce como *principios inquisitivo* y *acusatorio*. Ya se verá en el Capítulo 12 en qué consiste un *principio* y se advertirá la razón por la cual éstos son *sistemas procesales* y no *principios*, y se podrá comprender qué son en realidad los *sistemas de enjuiciamiento*.

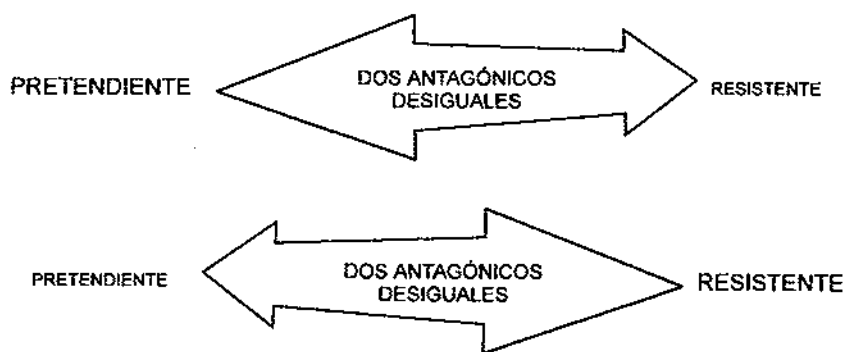
⁹ Castizamente, *hereje* es la doctrina que —dentro del cristianismo— es contraria a la fe católica. Por extensión, se usa también para mostrar una opinión no aceptada por la autoridad o una acción desatinada. Como se ve con claridad, significa *pensar diferente*... En este sentido, todavía hoy hay herejías jurídicas. La antigüedad circunscribió el vocablo para expresar una modalidad de la *apostasía*: palabra griega que significa *deserción* y que se usaba para mostrar el abandono de la fe de Cristo recibida y profesada en el Bautismo. De tal modo, *apóstata* es el que deserta totalmente de la religión en tanto que *hereje* es el que se aparta en algunos puntos de fe, pero no en todos.

que en un principio todo conflicto intersubjetivo de intereses (tal como lo he concebido en Capítulos anteriores) terminaba —en rigor, no podía ser de otra forma— por la fuerza que un coasociado ejercía sobre otro más débil.

Así era que, frente a la existencia de un *conflicto* (recordar que se presenta en el plano de la realidad social cuando en ella coexisten una pretensión y una resistencia acerca de un mismo bien de la vida), la solución sólo se lograba con la realización de un acto de fuerza.

En otras palabras: usando la *razón de la fuerza*.

De tal manera que, si atendemos a la obvia desigualdad natural existente siempre entre los diferentes hombres que integran un conglomerado social, la estructura de todo conflicto puede sintetizarse con una de las figuras que muestro seguidamente y que, en esencia, representan idéntica idea:



Como se ve, un antagonista está siempre frente al otro y el ancho de las flechas que los separan se encuentra engrosado tanto del lado del pretendiente (en la primera figura) como del lado del resistente (en la segunda figura), queriendo significar con ello que *uno* (no importa cuál) es siempre más fuerte que el otro. Lo que lleva a imaginar cuál de los contendientes resultará ganador en la desigual lucha.

En algún momento de la historia las cosas cambiaron inexplicablemente¹⁰.

Aunque es imposible saber cómo hizo el débil para convencer al fuerte de que solucionaran sus conflictos por medio de la palabra y no con el brazo armado, lo cierto es que en algún momento de la historia *la razón de la fuerza* fue sustituida por *la fuerza de la razón*.

De allí en más se posibilitó el *diálogo* y, con él, la realización de los medios autocompositivos ya vistos con anterioridad y que pueden operar *directamente* (desistimiento, allanamiento y transacción) o *indirectamente*, con la ayuda de un tercero particular (actuando como amigable componedor o como mediador) para *disolver* el conflicto.

También vimos que ese tercero particular podía *resolverlo*, actuando como *árbitro* o *arbitrador*.

Cuando la autocomposición —directa o indirecta— no era posible, sólo quedaba al pretendiente, como única alternativa final, el *proceso judicial* ante una *autoridad* (el jefe de la tribu o del clan, el pretor, el señor feudal, el rey, el juez, etcétera).

La idea de proceso, concebido entonces como *medio pacífico de debate dialéctico*, fue a no dudar uno de los grandes inventos de la antigüedad, tal vez más importante que el de la *rueda*, pues posibilitó que el hombre trabajara con ella en paz...

Lo notable del invento consistió en que el duelo seguía existiendo igual que antes, ya que otra vez se presentaban a pelear dos sujetos antagónicos. Sólo que ahora la discusión se efectuaba dialécticamente ante un tercero que la regulaba y dirigía y que, por ser precisamente un *tercero*:

a) no era *pretendiente* ni *resistente* (es decir, ostentaba la cualidad de *imparcial*, que significa *no ser parte*);

b) no tenía interés personal en el resultado del conflicto (cualidad de *imparcial*), y

c) no se encontraba en situación de *obediencia debida* respecto de alguna de las partes en conflicto (cualidad de *independiente*).

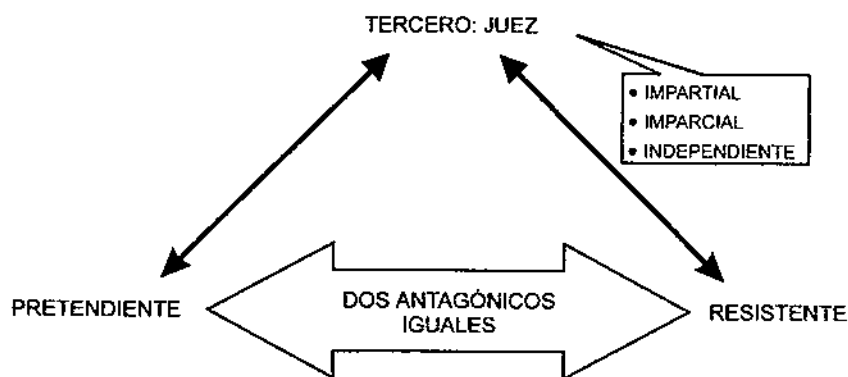
De tal forma, la estructura del medio de discusión puede mostrarse con una nueva figura (distinta de las anteriores) representada por un triángulo equilátero que muestra a los dos contendientes en la base, uno contra el otro (naturalmente desiguales) y *equidistantes* (lo que da clara idea de relativa *igualdad*) del tercero que ha de resolver el conflicto y que, al dirigir el debate, asegura a ambos opositores un *tratamiento jurídico idéntico*.

Y ello es, precisamente, *lo que hace iguales a los desiguales*.

Como se ve, la igualdad es meramente *jurídica* y de *oportunidades*, no *real*.

Pero al asegurar esta paridad entre los contendientes se logró importantísimo hito en la historia de la humanidad: el de la definitiva pacificación de la convivencia social.

Véase ahora cómo es la figura que representa la idea expresada:



Desde ese momento incierto en la historia de la humanidad en el cual se implantó el diseño triangular para mostrar el método de discusión, todos los conflictos se resolvieron de idéntica forma pacífica en Egipto, Grecia, Roma, etcétera, hasta que se enseñoreó en la sociedad otro

¹⁰ Esto es contemporáneo a la creación de la filosofía, cuando el pensamiento se descubre a sí mismo, se libera de las cadenas del mito y se da sus propias leyes: las leyes de la lógica. Pero hay algo más: el pensamiento es diálogo y no monólogo. Por eso es que un ilustre ensayista europeo ha vinculado indisolublemente la palabra *diálogo* con *democracia*.

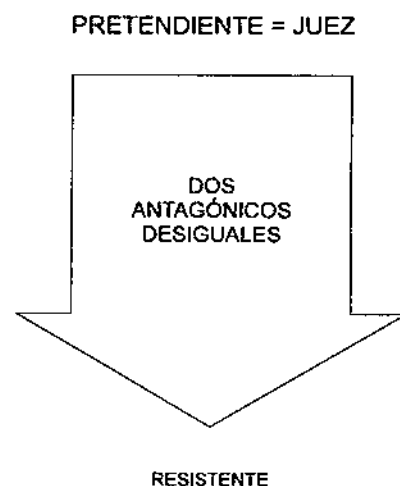
sistema producto de avatares históricos imposibles de desconocer si se pretende comprender cabalmente el fenómeno en estudio.

Sin perjuicio de que volveré a la idea aquí expuesta cuando explique qué es el método acusatorio en el Capítulo 5, éste cambió, tal como se verá seguidamente.

Con motivo de la aparición del método inquisitivo, el propio pretendiente (acusador) se convirtió en juez de su propia acusación, desnaturalizando así el método de enjuiciamiento que, a la sazón, ya exhibía una secular antigüedad.

Y, a raíz de esto, el *método de discusión* se convirtió en *método de investigación*.

Si ahora debo presentar una figura que represente la verdadera estructura de este método de juzgamiento, volveré a utilizar la misma flecha que antes sólo que ahora dibujada tal como se puede ver seguidamente:



Si se analiza con detenimiento el contenido del dibujo, se advertirá que la idea de *opresión* aparece asaz clara: tanta es la desigualdad entre pretendiente y resistente, producto de hacer coincidir en una mis-

ma persona los papeles de acusador y juzgador, que la flecha se coloca ahora en forma vertical, representativa de la desigualdad existente entre la autoridad que ejerce el poder y el particular que lo sufre. ¡De ahí que semeja un clavo que intenta penetrar en el cuerpo del acusado!

A explicar los orígenes, formación y consecuencias de los métodos antes presentados en sendos dibujos diferentes dedicaré los tres Capítulos que siguen.

CAPÍTULO 4

EL SISTEMA INQUISITORIO O INQUISITIVO

SUMARIO:

1. Antecedentes
 - 1.1. El Concilio de Letrán y su influencia en la idea de *proceso*
 - 1.1.1. La inquisición episcopal
 - 1.1.2. La inquisición papal
 - 1.1.3. La inquisición española
 - 1.2. La legislación inquisitorial española
 - 1.3. Las primeras leyes inquisitoriales argentinas
2. Descripción del método
3. Aplicación del método en legislaciones de los siglos XVIII, XIX y XX
 - 3.1. El Reglamento josefino de 1781
 - 3.2. La Ordenanza austríaca de 1895
 - 3.3. La Ordenanza alemana de 1937
 - 3.4. El Código italiano de 1940
 - 3.5. La Ley de Procedimiento Civil soviética de 1979
 - 3.6. La euforia de los autores europeos y su influencia en América
4. Su aplicación en la Argentina
 - 4.1. En lo penal
 - 4.2. En lo civil

1. ANTECEDENTES¹

En el Capítulo anterior adelanté que me remontaría al año de 1215, sosteniendo que, con pocos meses de diferencia entre uno y otro, en esa fecha acaecieron dos hechos que originaron el tema que intento explicar:

¹ Parte de este Capítulo fue publicado integrando el texto del libro *El debido proceso de la garantía constitucional*, Zeus, Rosario, 2003.

1) en la Europa continental, el *Concilio de Letrán* dispuso que cesaran de una vez y drásticamente las recurrentes herejías² que abundaban en la época, y

2) en la Europa insular, el rey de Inglaterra emitió la *Carta Magna* para apaciguar a los levantiscos barones sajones.

Explicaré sucintamente a continuación qué ocurrió en el mundo a partir de dicho Concilio y en el Capítulo siguiente haré lo propio desde la *Carta Magna*.

1.1. EL CONCILIO DE LETRÁN Y SU INFLUENCIA EN LA IDEA DE PROCESO

Veamos primero cómo se llegó a este Concilio y el porqué de sus disposiciones.

Desde los comienzos mismos de la Iglesia Católica se puso de manifiesto que no todos los creyentes comprendían de igual forma las enseñanzas de Jesús³, pues hubo algunos que no respetaron los *dogmas* aceptados como tales. Sin embargo, ello no generó problemas de convivencia con las jerarquías eclesiásticas durante varios siglos.

Pero hacia el año 1000 de nuestra era, la Europa cristiana se enfrentó a la renovación del fenómeno que aparentemente se hallaba detenido desde el siglo V: se sucedieron rápidamente en Francia —y luego se extendieron a los cuatro puntos cardinales— diversas herejías masivas que, además de impugnar entre otras cosas el dogma católico de la Trinidad, negaron instituciones básicas del orden religioso y secular (entre otras cosas, el matrimonio, la autoridad papal, etcétera)⁴.

Contra ello reaccionaron severamente tanto la Iglesia como algunos reyes, utilizando medios diversos que se universalizaron a partir del Concilio de Verona (1184), en el cual nació la institución de

² Castizamente, *hereja* es la doctrina que —dentro del cristianismo— es contraria a la fe católica. Por extensión, se usa también para mostrar una opinión no aceptada por la autoridad o una acción desatinada.

³ Así, los lucianistas, cainanos, arquitectónicos, tacionos, apellianos, angélicos, apostólicos, etc.

⁴ Así, los arrianos y los valdenses en la región francesa del Languedoc y, particularmente, los albigenses (de Albi) o cátaros (los que han hecho *catarsis*: purificación ritual de personas y de sus pasiones o de las cosas afectadas por alguna impureza).

1.1.1. LA INQUISICIÓN EPISCOPAL

El decreto *Ad abolendum* encomendó a los obispos la inspección anual de los pueblos donde se presentaban numerosas herejías a fin de recabar informes secretos acerca de ellas, utilizando al efecto a personas de buena reputación y encargándoles que, llegado el caso, juzgaran por sí mismos a los sospechosos, a quienes se les negaba la posibilidad de oponer cualquier privilegio de exención de juzgamiento.

Parece claro a los autores en general que en esta época y en tales condiciones, lo que verdaderamente importaba a la Iglesia mediante ese *juzgamiento* era la *conversión* y no la *represión* del hereje, por lo que se afirma que, históricamente, el sistema carece de la trascendencia jurídica que muchos estudiosos le asignan. Pero no fue así si se miran bien sus resultados.

Veamos cómo operó la *organización inquisitorial*: las personas ya mencionadas caminaron los diferentes pueblos de Europa para hacer indagación —casa por casa— buscando pecadores a fin de lograr de ellos su confesión⁵ y el consiguiente arrepentimiento con el firme propósito de no volver a pecar. Logrado ello, los absolvían y perdonaban los pecados confesados, quedando así expedita la inmediata reinserción de cada pecador en el seno de la Iglesia.

Hasta ese entonces —cierto es— el tema poco interesaba al Derecho.

Sin embargo, rescate el lector tres ideas de lo recién expuesto: los inquisidores se dedicaban a:

- 1) la *búsqueda de pecadores*;
- 2) la *investigación (inquisición) de sus pecados*, y
- 3) *lograr la confesión*.

No duraría mucho tiempo ese estado de cosas: cuando andando los años cambiaron los intereses de Roma, y el Papado se alejó de la pura espiritualidad inicial para comenzar a privilegiar los bienes materiales, con notable injerencia ahora en los Gobiernos seculares a quienes disputó el ejercicio del *poder civil*, decidió convertir en *delito* algunas actividades que hasta ese entonces eran meros *pecados*.

⁵ Hablo de la confesión como sacramento religioso, que consiste en la declaración libre y voluntaria de los pecados cometidos que hace el penitente a su confesor.

Eso ocurrió en el Concilio de Letrán de 1215, donde la organización, inocente y verdaderamente santa *Inquisición* inicial, se convirtió en

1.1.2. LA INQUISICIÓN PAPAL

Este Concilio de tanta importancia en nuestra materia –al cual he asignado la categoría de hito histórico– fue el que encomendó la tarea *inquisitorial* a dos órdenes religiosos de monjes mendicantes –Dominicos y Franciscanos–, a quienes instruyó para que continuaran las tareas de búsqueda, investigación y castigo de los nuevos *delitos eclesiales* (herejía, apostasía, sortilegio⁶, adivinación⁷, invocación a los demonios, cisma⁸, sodomía⁹, mancebía¹⁰, sollicitación¹¹, superstición¹², etcétera).

A este efecto se utilizó –es obvio– el método ya conocido por la organización inquisitorial: nuevamente se procuró obtener la *confesión* y el arrepentimiento, pues, a la postre, se buscaba la reconciliación del pecador con la Iglesia. Sólo que ahora se lograba por medio de la *tortura*, para ayudar al alma a arrancar el pecado de su seno¹³, y la

⁶ Literalmente, es adivinación de los hechiceros. Figuradamente, magia, hechicería, embrujo, seducción.

⁷ Tomada en el sentido de predecir el futuro con ayuda del demonio.

⁸ Es la separación entre los miembros de una religión o comunidad. Se conoce como Gran Cisma o Cisma de Occidente a la escisión producida en el seno de la iglesia católica entre los años de 1378 y 1417. Es conocida como *Cisma de Oriente* la división de las iglesias romana y bizantina realizada por Miguel Cerulario en el año de 1054.

⁹ Es la relación sexual entre personas del mismo sexo.

¹⁰ Entendida como relación sexual estable sin que los convivientes estén casados. Hoy es una relación jurídicamente aceptada: concubinato.

¹¹ Es un delito propio de los confesores católicos: pedir favores amorosos a la persona que está confesándose. Según los Anales de la Inquisición, fue el delito que mayor número de condenas obtuvo en la Edad Media.

¹² Es la desviación de la creencia religiosa fundada en el temor o la ignorancia, que confiere carácter sagrado a ciertas cosas o circunstancias.

¹³ Para que el lector advierta la entidad de lo que estoy relatando, el Concilio de Tarragona de 1242 dispuso que los reconciliados (es decir, los arrepentidos y perdonados), observasen las siguientes reglas: “Los herejes perfectos y los dogmatizantes, si quieren convertirse, serán reclusos en una cárcel para siempre, después de haber abjurado y ser absueltos. Los que dieron crédito a los errores de los herejes, hagan penitencia solemne de este modo: en el próximo día futuro de Todos los Santos, en el primer domingo de Adviento, en los del Nacimiento del Señor, Circuncisión, Epifanía, Santa María de Febrero, Santa María de Marzo, y todos los domingos de Cuaresma, concurren a la Catedral y asistan a la procesión en camisa, descalzos, con los brazos

condena por herejía se acompañaba con la orden de absoluta expropiación de los bienes del condenado.

Ahora sí aparece un nuevo método de enjuiciamiento –por supuesto, penal– muy alejado en su estructura de aquél que la pacificación de los pueblos supo conquistar y que ya presenté con una *figura triangular* que siguió practicándose para todo lo que no fuera delito¹⁴.

Porque ese método era practicado por una organización conocida como *Inquisición*, pasó a la historia con el nombre de *sistema inquisitorio* (opuesto a *acusatorio*) o *inquisitivo* (opuesto a *dispositivo*). Y así se lo conoce hasta hoy.

Veamos ahora en qué consistía.

en cruz y sean azotados en dicha procesión por el Obispo o el Párroco, excepto en el día de Santa María de Febrero y en el Domingo de Ramos, para que se reconcilien en la Iglesia parroquial. Asimismo, en los Miércoles de Cenizas irán a la Catedral en camisa, descalzos, con los brazos en cruz, conforme a derecho y serán echados de la Iglesia para toda la Cuaresma durante la cual estarán así en las puertas y oirán desde allí los oficios. El día Jueves Santo estarán allí en la manera expresada, para que se reconcilien con la Iglesia, según los institutos canónicos, previniendo que esta penitencia del Miércoles de Ceniza, la de los Jueves Santos y la de estar fuera de la iglesia y en sus puertas durante los otros días de Cuaresma durará, mientras vivieren, todos los años. En los domingos de Cuaresma, vayan a la Iglesia y, hecha la reconciliación, sálganse a las puertas hasta el Jueves Santo. Lleven siempre dos cruces en el pecho, de color distinto de sus vestidos, de modo que puedan ser reconocidos por todos como penitentes. Y el abstenerse de entrar a la Iglesia en la Cuaresma no exceda de diez años [...] Asimismo, la penitencia de los relapsos [los que han vuelto a caer] pero sospechosos de herejía con *sospecha vehemente* será solemne en los días [...] durando siete años las ceremonias de los días...” ¡Tal encarnizamiento no volverá a verse en la humanidad hasta el apogeo del nazismo! He marcado con letra cursiva las palabras *sospecha vehemente*, pues han vuelto a aparecer en el lenguaje posmodernista del Derecho Procesal. Vea el lector el Capítulo 31 y, en especial, el tema relativo a las medidas autosatisfactivas. ¡Parece mentira la recurrencia de la historia!

¹⁴ La idea triangular ya aparece en la Ley X, Título IV, Partida III de Alfonso el Sabio, donde textualmente se lee: “Cómo el juzgador se debe guardar de no oír su pleito mismo, ni otro de que él hubiese sido abogado o personero pues juez, e demandador, e demandado, son tres personas que conviene que sean en todo pleito que se demande por juicio. Y por eso decimos que ningún juzgador no puede, ni debe oír ni librar pleito sobre cosa suya, o que a él pertenezca, porque no debe un hombre tener lugar de dos, así como de juez y demandador”.

Si bien se mira esta afirmación, parece claro que de ella sale la idea de que no se puede ser juez y parte al mismo tiempo, pues, si así es y el acusador es el propio juez, ¡sólo Dios puede actuar como defensor para evitar una obvia condena!

El propio pretendiente, convertido ahora en *acusador* de alguien (a quien seguiré llamando *resistente* para mantener la sinonimia de los vocablos utilizados) le imputaba la comisión de un delito.

Y esa imputación —he aquí la perversa novedad del sistema— *la hacía ante él mismo* como encargado de juzgarla oportunamente.

Por cierto, si el acusador era quien *afirmaba* (comenzando así con el desarrollo de la serie) resultaba elemental que sería el encargado de *probarla*. Sólo que —otra vez— por sí y ante sí, para poder juzgar luego la imputación después de haberse convencido de la verdad de la propia imputación...

Por obvias razones, este método de enjuiciamiento no podía hacerse en público. De allí que las características propias del método eran:

- el juicio se hacía por escrito y en absoluto secreto¹⁵;
- el juez era la misma persona que el acusador y, por tanto, el que iniciaba los procedimientos, bien porque: a él mismo se le ocurría (así su actividad comenzó a ser *oficiosa* o *propia de su oficio*) o porque admitía una denuncia nominada o anónima (ello quedó escondido en la idea del *accionar oficioso*);
- como el mismo acusador debía juzgar su propia acusación, a fin de no tener cargos de conciencia (que, a su turno, también debía confesar para no vivir en pecado) buscó denodadamente la prueba de sus afirmaciones, tratando por todos los medios de que el resultado coincidiera estrictamente con lo acaecido en el plano de la realidad social;
- para ello, comenzó entonces la búsqueda de *la verdad real*;
- y se creyó que sólo era factible encontrarla por medio de la *confesión*; de ahí que ella se convirtió en la reina de las pruebas (la *probatio probatissima*)¹⁶;
- y para ayudar a lograrla, se instrumentó y reguló minuciosamente la tortura.

Como se ve, método radicalmente diferente al que imperó en la historia de la sociedad civilizada.

¹⁵ ¿De dónde piensa el lector que deriva eso del "secreto del sumario"?

¹⁶ Hasta hoy: a *confesión de parte, relevo de pruebas*...

Si ahora debo presentar una figura que represente la verdadera estructura de este método de juzgamiento, volveré a utilizar la misma flecha que antes, sólo que ahora dibujada tal como se puede ver seguidamente:

PRETENDIENTE = JUEZ



Si se analiza con detenimiento el contenido del dibujo, se advertirá que la idea de *opresión* aparece asaz clara: tanta es la desigualdad entre pretendiente y resistente, producto de hacer coincidir en una misma persona los papeles de acusador y juzgador, que la flecha se coloca ahora en forma vertical, representativa de la desigualdad existente entre la autoridad que ejerce el poder y el particular que lo sufre. ¡De ahí que semeja un clavo que intenta penetrar en el cuerpo del acusado!

Pues bien: con este sistema de procesamiento feroz, se asentaron tribunales inquisitoriales (*Santo Oficio*) principalmente en Francia, Italia y España (desde donde luego llegaron a América)¹⁷.

A partir de los *delitos contra la fe* (herejías), la competencia del Santo Oficio fue ampliándose para abarcar no sólo a todos los *delitos contra la religión* (sacrilegios) sino también contra los *incumplimientos de los deberes clericales* (por ejemplo, celibato, solicitudación) y contra las *buenas costumbres* (por ejemplo, adulterio, sodomía) de entonces.

¹⁷ Note el lector que la Inquisición jamás logró entrar como institución a la Gran Bretaña, lo que explica ejemplarmente su propio y disímil método de procesamiento por todos conocido. Volveré luego sobre esta afirmación.

Es importante señalar aquí que, aun cuando su juzgamiento se limitaba al orden canónico, la respectiva decisión tenía notable influencia en los jueces seculares.

Aunque no es mi intención hacer la historia de estos tribunales, cabe poner de resalto que tras muchas vicisitudes, la *Inquisición medieval* señoreó en Castilla (desde 1480), llegando a actuar no como tribunal meramente eclesiástico sino como *tribunal civil* que sentenciaba por facultad dada al efecto por el propio Rey. Esto es lo que se conoce con el nombre de

1.1.3. LA INQUISICIÓN ESPAÑOLA

Esta institución ha sido el centro de atención y de polémica durante los siglos posteriores por la inusual crueldad que utilizó en todo su accionar y ya no se duda de que fue una creación perversa fomentada desde el propio Trono para perseguir (y despojar) a no católicos (principalmente, judíos).

Y es que sobre fines del siglo XV, por necesidades financieras de los Reyes Católicos —que no podían o no querían pagar las deudas que habían contraído con la banca judía— se creó el *delito seglar*¹⁸ de *judaísmo*.

A raíz de él, se inició la feroz persecución de judíos que provocó la diáspora de Sefarad¹⁹, el enriquecimiento de las arcas reales y el de una de las órdenes que continuó sin solución de continuidad con la tarea inquisitorial.

Y ahora sí apareció el juzgamiento cruel y notablemente perverso, pues se procuró no sólo no pagar deudas contraídas con judíos sino también expropiar el resto de sus bienes.

La idea habrá rendido sus frutos, pues se extendió con rapidez: ahora, para sojuzgar a judaizantes, marranos, musulmanes, luteranos, calvinistas y protestantes²⁰ en general, etcétera.

¹⁸ Nótese cómo lo que empezó siendo pecado pasó a ser delito religioso para terminar siendo delito secular... Ese *iter* coincide con el de la aparición de las tres inquisiciones descritas en el texto.

¹⁹ Nombre que en lengua ladina se da al país conocido como España.

²⁰ Protestante es quien protesta y, particularmente, quien profesa el protestantismo. Las principales ramas del protestantismo, iniciado por Lutero en el siglo XVI, son: el

Y, repitiendo el método ya conocido y practicado con eficacia, se buscó otra vez la *verdad real* mediante la *confesión* del imputado con el obvio fin de lograr una condena que posibilitara la expropiación de bienes. Sólo que la crueldad que mostró este sistema inquisitorio en el minucioso régimen de tortura que las *Instrucciones* de Fray Tomás de Torquemada²¹ regularon en función de la edad, sexo, condición, etcétera, del torturado, no ha tenido parangón en la historia de la humanidad. Baste recordar aquí los principales métodos empleados para la tortura, conocidos como la *garruncha*²², la *toca*²³ el *potro*²⁴, a más de los siniestros elementos empleados cuando con los otros no se alcanzaba la confe-

luteranismo, que se practica principalmente en Alemania y en los países escandinavos; el *anglicanismo* (de Enrique VIII) en Inglaterra y el *calvinismo* (de Calvino) en Francia, Suiza, Holanda, Estados Unidos, etcétera. Muy en general, las iglesias protestantes difieren de la católica: 1) en materia de fe reconocen sólo la autoridad soberana de las Escrituras; 2) la salvación se obtiene sólo con la fe; 3) se acepta el libre examen e interpretación de las Escrituras por los propios fieles; 4) se aceptan sólo dos sacramentos: el bautismo y la comunión; 5) se rinde culto sólo a Dios y no a la Virgen, a los santos o a las reliquias; 6) no se acepta la confesión oral; 7) no se acepta el celibato sacerdotal. Con este contenido, comprenderá el lector el porqué de la Inquisición...

²¹ Valladolid, 1420 - (†) Ávila, 1498. Monje dominico y confesor de los Reyes Católicos. Si bien no fue el fundador de la Inquisición Española, le dio el carácter riguroso que conservó durante siglos. Actuó por 18 años como *Inquisidor General de Castilla y de la Corona de Aragón*, nombrado al efecto por el Papa Sixto VI. En 1484 promulgó en 28 artículos sus famosas *Instrucciones de inquisidores*, que luego modificó agregando otros 26 artículos más, regulando minuciosamente la tortura. Siendo de origen judío, perteneció al grupo de conversos que renegaba de sus antiguos correligionarios y se convirtió en el símbolo de la Inquisición.

²² La tortura de la *garruncha* suponía el ser colgado de una polea sujeta al techo con las muñecas atadas a la espalda, con grandes pesos a los pies. Así preparada, la víctima era alzada lentamente y, de pronto, se la soltaba desde una buena altura. De tal modo, se tensaban y dislocaban los brazos y piernas.

²³ La *toca* o *tortura del agua* consistía en atar a la víctima a un bastidor, donde se la forzaba a abrir la boca, por donde se introducía una toca o un paño hasta la garganta a fin de obligarle a tragar agua vertida lentamente con un jarro. Para dar mayor sufrimiento, la toca se empleó además en todos los orificios del cuerpo al mismo tiempo.

²⁴ En el *potro de tormentos* se ataba a la víctima a un bastidor o banqueta con cuerdas pasadas en torno del cuerpo y de las cuatro extremidades, que eran tensadas en forma opuesta por el verdugo hasta descoyuntar con gran dolor todas las partes del cuerpo. Se sostiene autorizadamente que, de hecho, fue el único elemento de tortura empleado por la Inquisición en el siglo XVII. Aún hoy se pueden ver estos elementos en el *Museo de la Inquisición* de Lima, Perú, y en el de Cartagena de Indias, Colombia.

sión del torturado: la *pera*²⁵; la *cuna de Judas*²⁶ o la espantosa *dama de hierro*²⁷ —por citar algunos de los más conocidos— para tener una idea cabal de la enorme y sádica crueldad imperante en ese tiempo.

Como puede colegirse, el método es siempre el mismo. Sólo que con el agregado de la feroz tortura a que eran sometidos los imputados²⁸, lo que provocó serio temor a eventuales represalias contra los juzgadores-torturadores de parte de los torturados.

Y fue así que, a las características descritas al explicar la *inquisición medieval*, se agregaron nuevas notas que hicieron más cruel el sistema. Y es que, ahora, ¡el imputado no sabe de qué se lo acusa, ni quién lo acusa, ni quiénes son los testigos de cargo!

Parece claro que todo esto es propio del oscurantismo vigente en la época, ya que la tradición romana, contenida en el Código de Justiniano, proclamaba que la tortura siempre es *peligrosa, no confiable y engañosa en sus resultados*.

Pero, justo es decirlo y reconocerlo, la tortura es feroz y contundente elemento de sojuzgamiento. De ahí su persistencia en el tiempo en todas las latitudes. ¡Hasta el día de hoy!²⁹

Por eso es que a nadie puede extrañar que las leyes procesales españolas comenzaran a legislar codificadamente en la época acerca de los *medios de prueba*, incorporando como tal a la confesión, que ya a la sazón

exhibía más de seiscientos años de antigüedad y eficacia en el sistema de juzgamiento por entonces conocido.

Esta actuación no ocupó sólo el mapa de España sino que fue exportada a América, donde se instaló en Lima (desde 1570), en México (desde 1571) y en Cartagena de Indias (desde 1610).

Lo que es hoy territorio de la República Argentina estaba comprendido dentro de la competencia del tribunal de Lima: por obvias razones de distancia, poco pudo actuar aquél en el Río de la Plata. Sin embargo, fue abolida toda su autoridad por decreto de la Asamblea General Constituyente de 1813 (aunque legislativamente, la Inquisición rigió hasta mediados del siglo XIX).

No obstante tanta prosapia y antecedentes históricos, el *Iluminismo* del siglo XVIII —con la influencia intelectual de Voltaire y Beccaria, entre otros grandes de la época— logró que la tortura y la confesión cayeran en desgracia entre los autores del derecho; y ello plasmó elocuentemente en el movimiento constitucionalista que se expandió vertiginosamente en el siglo XIX.

Tan cierto es esto que hoy —y desde finales del siglo XX— se estudia a la confesión como un simple *medio de defensa* que apenas puede llegar a producir *convicción* en el juzgador.

Para terminar el tema: todo lo que he relatado ha sido escondido prolijamente por la historia³⁰ durante muchos años.

²⁵ La *pera* se ve todavía en varios museos inquisitoriales, cual el de Rothenburg, en Alemania. Consiste en una suerte de *llave de hierro* que tiene forma de pera en su parte superior, en tanto que en la inferior hay una manivela que, al girarla, hace abrir la pera en dos mitades que se expanden hacia los costados, con lo cual se puede inferir severo daño bucal, anal o vaginal.

²⁶ En la *cuna de Judas* se ataba por sus cuatro extremidades a la víctima desnuda y, luego de alzarla hacia lo alto tirando de todas las cuerdas al mismo tiempo mediante sendas poleas, se lo bajaba de golpe hasta hacer caer el cuerpo sobre una pesada pirámide de hierro con vértice superior muy puntiagudo, a fin de que penetrara en el cuerpo. Una variante de este método, pero ya para matar, era el *empalamiento*.

²⁷ La *dama de hierro* es un cofre hermético de hierro en cuyo fondo y tapa tiene soldados elementos punzantes muy agudos y largos. Al colocarse a la víctima en él y cerrar la tapa, todas las púas interesaban el cuerpo.

²⁸ El lector interesado en descubrir notable descripción novelada de lo que relato puede acudir a la obra *La gesta del marrano* del escritor argentino Marcos Aguinís.

²⁹ Léase, por ejemplo, Guantánamo.

³⁰ Hasta tal punto esto es cierto, que todavía se encuentran obras que insisten en mostrar sólo bondades de la Inquisición. Una clara muestra de ello —y no precisamente en libro— puede ser vista en el patio de ingreso al Museo de la Inquisición sito en Cartagena de Indias, donde —en grandes letras pintadas sobre el muro central— se puede leer algún intento final de justificación para el tribunal local. Se lee allí: “El sistema procesal de la Inquisición no era esencialmente distinto del empleado en los Tribunales ordinarios. Además de la doble calidad de acusadores y jueces, sus rasgos más destacados fueron: el uso de la tortura, la situación desventajosa del acusado para defenderse y el secreto procesal.

“Las penas generalmente impuestas por la Inquisición consistían en multas, confiscación, destierro, flagelación, remo en guerra, vergüenza pública, prisión y muerte en la hoguera. Y no sólo se castigaba a los vivos, sino también a los muertos, en efigie. Aunque nunca ejecutó por sí misma ninguna sentencia de muerte, la Inquisición es responsable de haber enviado al último suplicio a muchos miles de víctimas, pero es imposible precisar su número a causa del carácter fragmentario de las informaciones que se poseen. No obstante, el Santo Oficio pretendió siempre ser el más clemente de

Sin embargo, hace ya tiempo que la Iglesia adoptó otra actitud, esta vez ejemplar: gracias a Su Santidad Juan Pablo II, aquélla puso fin a

los Tribunales, porque sostenía que su finalidad no era la vindicta, sino la reconciliación del delincuente y su perdón, mediante ciertas penitencias.

"La reconciliación pública, o el castigo en su caso, tenían lugar durante pomposas ceremonias llamadas *actas* o *autos de fe*, que atraían a las muchedumbres y eran una demostración visible no sólo de la unidad religiosa, sino de la unidad política del pueblo español. En Cartagena hubo varios de estos grandes autos, el primero de los cuales tuvo lugar en 1616.

"La Inquisición causó grandes daños a la nación española, entre los cuales cumple señalar, como principales, el haber contribuido a la formación de la leyenda negra antihispánica, el empobrecimiento causado por la confiscación de las grandes fortunas, la sofocación del espíritu de creatividad y de investigación y, sobre todo, el culto a la limpieza de sangre que terminó creando en España un sistema de castas y apartó del servicio del Estado y de la comunidad a infinito número de personas útiles. Tenían *limpieza de sangre* quienes carecían de ancestros judíos o musulmanes.

"Empero, los apologistas de la Inquisición arguyen a favor de ésta que ella no fue más cruel que la que funcionó en el resto de Europa y sin duda lo fue mucho menos en lo que respecta a la brujería: que el apogeo del pensamiento de la ciencia y de las artes españolas coincide precisamente con el de mayor poder inquisitorial y que por su celo y eficacia España pudo mantenerse alejada de las cruentas guerras religiosas internas que asolaron a las otras naciones de la cristiandad europea durante el Renacimiento, lo que le permitió surgir en el escenario del mundo como una gran potencia internacional.

"La imaginación popular ha exagerado, hasta falsearla, la imagen de Inquisidor ordinario, presentándolo siempre como un monstruo de maldad, sin excepciones. Hubo muchos inquisidores que abusaron de su poder, cometieron iniquidades e incluso se vieron envueltos en crímenes horrendos.

"Pero los historiadores imparciales están hoy de acuerdo en que, por lo general, los inquisidores fueron en su mayoría, hombres prudentes, capacitados, de buena reputación, conciencia sana y amantes de la fe católica: como lo exigían los reglamentos y que creían estar cumpliendo una misión sagrada. Si los inquisidores fueron crueles, lo más probable es que ello se debiera más a un sentido del cumplimiento del deber que al desenfreno o la perversidad.

"El Tribunal de la Inquisición de Cartagena fue establecido en 1610: pero más que contra grandes herejías dogmáticas, el Santo Oficio cartagenero tuvo que luchar contra la brujería, la bigamia y la sollicitación. En ningún momento extendió su acción hasta la población indígena. Los tormentos utilizados en esta ciudad fueron el llamado del cordel y el del jarro de agua. Durante toda su historia, la Inquisición de Cartagena no condenó a la pena capital en la hoguera sino a cinco herejes. Con el advenimiento de las nuevas ideas de la Ilustración, la Inquisición fue decayendo hasta convertirse en un organismo simplemente burocrático.

"Odiada sin embargo por las gentes, la Inquisición cartagenera fue suprimida a raíz de la revolución del 11 de noviembre de 1811 y esta casa saqueada por las turbas. Había durado 201 años".

ese ominoso pasado histórico al incorporar a la Bula denominada *In-carnationis Misterium*, de Convocatoria al Jubileo del Año Santo del 2000, lo que denominó *purificación de la memoria*.

Consiste ella en el reconocimiento expreso de las culpas del pasado: la tolerancia con el mal trato dado a los indios en la Conquista, a los esclavos durante todo el tiempo que duró el vil comercio, a las víctimas de la Inquisición³¹, a las del nazismo, etcétera.

Como puede apreciarse, se trata de un fenomenal acto de coraje y de humildad plasmado en la aceptación de los errores realizados por cuantos han llevado y llevan el nombre de *cristianos* y en la sincera petición de perdón por los pecados cometidos en el pasado.

Veamos ahora qué ocurrió en la legislación española a consecuencia de todos estos hechos históricos.

1.2. LA LEGISLACIÓN INQUISITORIAL ESPAÑOLA

Particular atención debe prestar el lector a lo normado en las distintas leyes españolas que en rápida visión deseo mostrar.

Para comenzar, la *Ley de Partidas* —anterior a la Inquisición española— se concretó a señalar la importancia que para el juez tenía el *conocer la verdad* de lo que estaba a punto de sentenciar³². Pero en modo alguno se apartó del paradigma de enjuiciamiento de la época: dos discutiendo ante un tercero imparcial...³³ que duró largos siglos.

³¹ Entre las más incomprensibles y reprochables intolerancias que mostró durante siglos, figuran los perversos juicios a Galileo Galilei, a Giordano Bruno y a Juana de Arco.

³² Creo que la primera mención legislativa referida a la necesidad de hallar la verdad, estando ya entronizada en la Europa continental la Inquisición medieval, se encuentra en la Ley XI del Fuero Real de España: "Verdad es cosa que los juzgadores deben captar en los pleitos por sobre todas las otras cosas del mundo. Por ende, cuando las partes contienden sobre algún pleito de juicio, los juzgadores deben ser acuciosos en tratar de saber la verdad por cuantas maneras pudieren. Primero, por el conocimiento que de ella tengan el demandador y el demandado y luego por preguntas que los jueces hagan a las partes en razón de lo que ellas contienden. Y por juramentos (regulados con prolijo esmero). Y si con esto no se logra la verdad deben recibir los testigos que le presenten las partes..."

³³ En rigor, se respetó allí el ideal de juzgador que luego fue consagrado en la Ley III del Fuero Real de España: "...los jueces deben ser leales. Y de buena fama. Y sin mala

Dije antes que todo esto servía sólo para el campo de los procedimientos seguidos a consecuencia de la comisión de delitos. Pero con el correr del tiempo también se extendió a los pleitos de orden civil, no penal. En efecto: el tema es que el método inquisitivo –y su correlativo: la prueba oficiosa– aparece por fin nítidamente en el artículo 65³⁴ de la *Instrucción* del Marqués de Gerona, dictada en el mes de mayo de 1854 para corregir los procedimientos legislados respecto de los asuntos civiles.

Poco tiempo después se promulgó la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1855 –de tanta trascendencia para nuestros países, ya que fue ley vigente en casi todo el continente– que, siguiendo los lineamientos de las *Instrucciones* reprodujo la idea ampliándola hasta límites insospechados, ya que detalló en su artículo 48³⁵ la actividad que se le encomendaba al juez a título de *facultad*, no de *deber*³⁶. Sin embargo, parece que no tuvo pacífica e inmediata aplicación, a tenor de la opinión de Caravantes³⁷, que tanta influencia tuvo en la jurisprudencia española de ese siglo.

codicia. Y con sabiduría, para juzgar derechamente los pleitos por su saber o por uso de largo tiempo. Y mansos. Y de buena palabra para todos quienes vinieren a juicio ante ellos. Y, sobre todo, que teman a Dios y a quien los pone. Que si a Dios temieren han de guardarse de pecado, tendrán piedad y harán justicia. Y si al Señor que los puso hubieren miedo, recelarán de hacer cosas malas cuando tienen que juzgar derecho...” ¡Cuán necesario resulta hoy volver al lejano pasado histórico en muchos países de nuestro continente!

³⁴ “Los tribunales y jueces podrán decretar para mejor proveer [de allí viene el sintagma] con citación de las partes, la práctica de cuantas diligencias estimen convenientes”.

³⁵ “Los jueces y tribunales podrán, para mejor proveer: 1) decretar que se traiga a la vista cualquier documento que crean conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes; 2) exigir confesión judicial a cualquiera de los litigantes, sobre hechos que estimen de influencia en la cuestión y no resulten probados; 3) decretar la práctica de cualquier reconocimiento o avalúo que reputen necesarios; 4) traer a la vista cualesquiera autos que tengan relación con el pleito”.

³⁶ Ya se verá más adelante que la legislación argentina fue más lejos: convirtió en *deber* lo que originariamente era *facultad*. Es inútil: ¡en materia de autoritarismo los argentinos somos desde siempre más papistas que el Papa...! ¡No en vano una periodista italiana afirmó públicamente hace años que todos llevábamos adentro un enano fascista! ¡...Y hubo alguien que se quejó amargamente porque se nos subestimó en grado extremo al mencionar a un enano cuando, en realidad, se trata de un verdadero gigante!

³⁷ Dice en su *Tratado...*, Ed. Madrid, 1856, t. II, p. 455, N° 733: “Sin embargo, la ley ha dejado a las partes en libertad de producir en juicio los medios de prueba que juzguen más convenientes entre los determinados por la ley; de suerte que el juez no puede obligarles a producir otras ni tampoco guiarse en sus providencias por más pruebas que las presentadas por las partes del juicio: *secundum allegata et probata*

Esta tesitura se repitió en el artículo 340 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1881³⁸.

Afortunadamente, aunque tarde en orden a los postulados y garantías constitucionales vigentes en España, ha prevalecido la cordura: el artículo 435 de la ley 1 del año 2000, actual *Ley de Enjuiciamiento Civil*, ha cambiado el régimen de prueba oficiosa sosteniendo la doctrina que se erradicó por completo la posibilidad de practicar *medidas para mejor proveer o resolver* o, como las denomina la ley española, *diligencias finales de prueba*.

Pero si se lee con atención, la nueva norma practica puro *gatopardismo*³⁹. Veamos. Dice la norma:

Artículo 435. Diligencias finales. Procedencia.

I) Sólo a instancia de parte podrá el tribunal acordar, mediante auto, como diligencias finales, la práctica de actuaciones de prueba, conforme a las siguientes reglas⁴⁰:

1) no se practicarán como diligencias finales las pruebas que hubieran podido proponerse en tiempo y forma por las partes, incluidas las que hubieran podido proponerse tras la manifestación del tribunal a que se refiere el apartado 1 del artículo 429⁴¹;

judex judicare debet aun cuando extrajudicialmente le conste la verdad de un hecho que aparece en los autos como falso o al contrario...”

³⁸ A su texto originario se le agregó ¡en 1984! la posibilidad de “examinar testigos sobre hechos de influencia en el pleito, siempre que su nombre constase en autos, aunque fuera por alusiones de las partes u otros intervinientes”. Advierta otra vez el lector cómo el autoritarismo inquisitorial no es cosa tan lejana: hace menos de veinte años que la ley –copiando lo más granado de la Inquisición española– autorizó al juez de la península ibérica a citar como testigos a personas diferentes de las mencionadas por las partes, tomando así particular actualidad la remanida y perversa pregunta *de público y notorio* que todavía los abogados litigantes incluyen al final de sus pliegos de interrogatorios para testigos a fin de dar pie a los ímpetus inquisitoriales de algún juez de turno...

³⁹ La palabra se utiliza con el significado de que se simula un cambio para que, en el fondo, nada cambie. Se forma sustantivando la actividad que se cumple en la trama de la novela histórica *Il gattopardo* de Giuseppe Tomasi de Lampedusa.

⁴⁰ Más allá de la horrosa redacción de la norma, que hiere a la lengua castellana, puede colegirse que lo que se prohíbe es la prueba originalmente introducida por el propio juez.

⁴¹ De la lectura lineal de la norma se desprendería la erradicación de la prueba oficiosa en cuanto a suplir la inactividad confirmatoria de los propios interesados. Pero ya se verá que no es así cuando se lea más adelante el texto del artículo 429...

2) cuando, por causas ajenas a la parte que la hubiese propuesto, no se hubiese practicado alguna de las pruebas admitidas;

3) también se admitirán y practicarán las pruebas pertinentes y útiles, que se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia, previstos en el artículo 286.

II) 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.

A su turno, el artículo 429 dice textualmente en su parte pertinente:

...Si no hubiese acuerdo de las partes para finalizar el litigio ni existiera conformidad sobre los hechos, la audiencia proseguirá para la proposición de la prueba.

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 probatoria⁴². 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 convenientes...⁴³

Como se ve, España sigue legislando a contrapelo de las garantías constitucionales, entendiendo que la misión de hacer justicia a todo trance —que se le encomienda al juez— puede arrasar con la imprescindible imparcialidad del juzgador para que exista de verdad un *debido proceso*. El tema, desde la óptica de la *verdad*, será tratado nuevamente en el Capítulo 22.

⁴² En buen romance —por cierto que no utilizado en la redacción de la norma— esto se denomina prejuzgamiento, ¡con letras mayúsculas, luces titilantes y fuegos artificiales!

⁴³ ¡Se advierte aquí el gatopardismo señalado antes en el texto!

1.3. LAS PRIMERAS LEYES INQUISITORIALES ARGENTINAS

En la Argentina ha pasado y pasa cosa similar a la acaecida en España, pues no en vano de allí hemos heredado nuestra legislación.

Veamos: congruente con lo que ocurría en la Madre Patria, en el año de 1863 se dictó la ley 50 (de procedimiento federal) que en su artículo 102⁴⁴ mejoró notablemente el autoritarismo de su antecedente inmediato⁴⁵.

El *Código Procesal* de la Provincia de Santa Fe que comenzó a regir el 1º de enero de 1888 —y duró hasta el año de 1940— repitió la escena en su artículo 354⁴⁶.

Por ahora es suficiente el recuerdo histórico acerca de legislación del siglo XIX, porque cosa similar ocurrió en todas las provincias (al igual que en toda América). A este efecto he recordado dos leyes importantes separadas por más de veinte años en el tiempo y con vigencia en lugares diferentes.

Ya volveré luego a citar leyes inquisitoriales cuando pase revista a algunas del presente.

Pero quiero señalar algo de importancia: a raíz de todo ello, el jurista hispano ha mamado durante más de ¡quinientos años! la influencia de una filosofía inquisitorial contenida en cadena de leyes que ha sido defendida encendidamente desde la doctrina y la jurisprudencia de todo ese tiempo.

Y así, no sólo se acostumbró a ella sino que, además, creyó por in-

⁴⁴ "Si las partes no pidieren las diligencias de prueba, el juez podrá ordenar de oficio: 1) que los litigantes, o uno de ellos, juren posiciones; 2) que se practique reconocimiento de peritos, inspección ocular y cotejo de documentos; 3) cualquier otra diligencia probatoria que sea conducente al descubrimiento de la verdad".

⁴⁵ Si bien se lee, parece claro que en la ley española el juez podía ordenar la prueba ofrecida y no producida. La ley argentina, en cambio, permite ordenar prueba no ofrecida...

⁴⁶ "Los jueces podrán para mejor proveer: 1) decretar que se traiga a la vista cualquier documento que crean necesario para esclarecer el derecho de los litigantes [lo cual no es exactamente lo mismo que esclarecer la verdad de los hechos...]; 2) exigir confesión judicial a las partes sobre hechos que estimen de influencia en la cuestión; 3) ordenar inspecciones oculares, reconocimientos, avalúos u otras diligencias periciales que reputen necesarias; 4) ordenar que se practique cualquiera otra diligencia que estimen conducentes y que no sea prohibida por derecho".

fluencia ajena que si eso no era lo óptimo, al menos era muy bueno para los sistemas de justicia⁴⁷.

Y aunque esto no justifica la doctrina, permite al menos comprender el porqué de tanta insistencia con ella y su plácida y despreocupada aceptación hasta el día de hoy.

Después de tanto antecedente, que descarto no ha sido inútil, ya es hora de encarar el tema principal en estudio.

2. LA DESCRIPCIÓN DEL SISTEMA INQUISITIVO

Es un método de enjuiciamiento unilateral mediante el cual la propia autoridad –actuando cual lo haría un pretendiente– se coloca en el papel de investigador, de acusador y de juzgador.

De tal modo, y conforme a lo que ya se ha visto al recordar cómo se amplió paulatinamente el método con el correr de los siglos, puede decirse que sus características son:

- el mismo juez comienza, oficiosamente o por denuncia, las actuaciones del caso y se preocupa por hacer adelantar el juicio mediante el puntual ejercicio del impulso procesal;
- el mismo juez se encarga de buscar las pruebas que le puedan resultar aceptables para lograr el convencimiento de la rectitud de su acusación y, así, poder dormir en paz sin sufrir el peso de un cargo de conciencia por eventuales injusticias cometidas (cuando hay parte interesada también en la producción de alguna prueba, la activi-

⁴⁷ Nótese que en todos los casos se privilegia la meta por sobre el método o, en otras palabras, se legisla acorde con el descarado consejo de Maquiavelo acerca de que el fin justifica los medios.

Pero siempre es la misma falacia en homenaje a valores superiores, ¿cual la verdad y la justicia!

En otro orden de cosas, por ejemplo, se emplea el mismo sistema: para erradicar la recusación incausada de una ley en particular –pues ello molesta a muchos juzgadores, que no a todos– el legislador autoritario de los últimos tiempos afirma que dicha institución posibilita la chicana procedimental y que debe ser desterrada. Pero todos quienes así opinan se abstienen de recordar que la recusación es un medio legítimo para atacar la incompetencia subjetiva del juez y lograr a la postre la imparcialidad de otro juez cuando la causal esgrimible no puede decirse. Y así, en vez de sancionar al mal litigante, se erradica la recusación para que nadie –ni buenos ni malos– pueda ejercerla.

dad se cumple igual mediante el ejercicio de las denominadas *medidas para mejor proveer*);

- el mismo juez –que primero *investigó*, luego *imputó* y después *probó* la imputación– es quien ahora *juzga*;

ya no interesa que el juicio sea escrito u oral, secreto o público. En rigor, el sistema pasa por el papel preponderante que el juez ejerce durante todo el proceso, para poder cumplir el compromiso que –se le ha enseñado– tiene con la Verdad y la Justicia (en el Capítulo 22, me ocuparé con detenimiento sobre estos temas, demostrando su falacia).

Hasta aquí, lo que surge evidente de la simple visión del método descrito. Pero como éste se presenta perverso y claramente disvalioso para cualquier estudioso que encare el tema, ha sido menester disfrazarlo con palabras que tapen u oscurezcan el horror.

Y eso se ha hecho en las leyes que regularon la materia durante los siglos XVI, XVII, XVIII, XIX y XX y en toda la doctrina que las glosó.

3. APLICACIÓN DEL MÉTODO INQUISITIVO EN LAS LEGISLACIONES DE LOS SIGLOS XVIII, XIX Y XX

Cuadra ahora que me ocupe de alguna historia más reciente, para mostrar la utilización de este sistema como método de enjuiciamiento –tanto civil como penal– por parte de los grandes totalitarismos que ha sufrido la humanidad en los últimos siglos y que lo han empleado como claro *medio de control social*, no como *bastión de libertad* cual lo postulo en esta obra.

3.1. EL REGLAMENTO JOSEFINO DE 1781

Dictado por José II⁴⁸ en Viena, es considerado como el primer código procesal moderno y como extraordinario monumento al absolutismo y despotismo ilustrado del siglo XVIII.

Ésta fue la normativa que –reivindicando el método propio del siglo XV– instaló en la época un proceso escrito y secreto, subordinando

⁴⁸ Viena, 1741 - (†) Viena, 1790. Fue emperador Germánico y corregente de los Estados de los Habsburgos.

toda demanda a la expresa autorización del juez y dándole a él la función probatoria y la absoluta disposición del impulso procesal. Siendo así el juez un verdadero *señor y amo del juicio*, el método se presenta a nuestros ojos como ejemplarmente autoritario y castrador de libertades.

Habiéndose quedado corto en su texto inicial, el *Reglamento* sufrió importante modificación mediante *Edicto* de febrero de 1786, gracias al cual el emperador se quedó con el control de los jueces y, por ende, de todos los procesos, mediante la imposición de un sistema de *inspecciones* a los tribunales del país que ponían en conocimiento del emperador todo lo que acontecía en cada lugar.

A tal punto habrán funcionado con eficacia esas inspecciones que toda la doctrina que glosa el problema está conteste en el enorme temor que sufrían los jueces que las recibían.

Así, un nuevo método vino a suplantar al que regía en todas las sociedades desde hacía siglos: dos discutiendo con razonable igualdad ante un tercero imparcial.

3.2. LA ORDENANZA AUSTRIACA DE 1895

Finalizando el siglo XIX, Franz Klein era *guardasellos*⁴⁹ de Francisco José I⁵⁰ y, en tal carácter, impuso desde la misma Viena del *Reglamento Josefino* la *Ordenanza* que comienzo a comentar.

Había transcurrido ya más de un siglo de vigencia del *Reglamento* y para el emperador —con el afirmado objeto de lograr una férrea unidad nacional— se hizo imperioso enfrentar a las minorías del país y a las fuerzas liberales que socavaban la autoridad imperial. Para eso decidió endurecer aún más el control sobre las masas, primero con el ejército y luego con los jueces.

Un prestigioso autor italiano contemporáneo sostiene que las ideas de Klein en ese entonces giraban en torno a los males que se adjudicaban al proceso de la época: se decía que era un absurdo mal que conllevaba enorme pérdida de tiempo, inútil dispendio de dinero, infructuosa in-

disponibilidad de los bienes litigiosos y fomento de iras y pasiones encontradas entre los propios litigantes.

Para paliar ello, había que lograr un proceso con muy rápida, simple y poco costosa definición, tramitado en lo posible oralmente en única audiencia⁵¹.

A este efecto, era menester quitar a los interesados —las partes— la responsabilidad de que el método funcionara y, así, el propio Estado comenzó a ser el único o principal encargado del impulso procesal.

A raíz de ello, el juez dejó de limitarse a juzgar el litigio y comenzó a administrar y dirigir el proceso como *capitán del barco* o *director del debate*⁵², en su calidad de representante profesional del *bien común*.

En rigor de verdad, no se trataba entonces de erigir al juez en el director del proceso con los pocos poderes necesarios al efecto⁵³, sino de autorizarlo desde la propia ley para que hiciera todo aquello que considerara menester⁵⁴ en la oportunidad en que así lo decidiese⁵⁵.

De tal forma, por una simple ley que cambió autoritariamente el mundo conocido —a voluntad de un solitario legislador— el proceso pasó de ser un *método pacífico de debate entre particulares* a un *instituto de derecho público* en el cual estaba involucrado algo más importante que

⁵¹ Por supuesto, jamás se logró la eficacia anhelada.

⁵² De tal forma, se dice falazmente que dejó de ser *espectador* sin reparar quien esto todavía afirma que los espectadores miran el espectáculo y no participan de él. Por ello, tampoco advierten que ese espectador era, precisamente, quien juzgaba el litigio... ¿De donde resulta que no era tan espectador!

Por lo demás, el juez, espectador o no, es la persona que más respeto y temor genera a partes y abogados intervinientes en un proceso. Desde siempre. Y hasta hoy.

⁵³ El verdadero poder de los jueces no está en la dirección del proceso (es más: podrían no dirigirlo y, en su lugar, hacerlo otro funcionario). El poder real, verdadero —y esto es lo que importa— está en la sentencia y, por ello, en la elección de los hechos a juzgar y en la posterior elección de la norma que se aplicará a esos hechos para solucionar el litigio y, luego de la subsunción de ésta en aquélla, decidir la suerte futura de los litigantes.

⁵⁴ Quienes glosan el tema sostienen que en un método así no puede moverse una sola foja sin el previo permiso del juez...

⁵⁵ Tal como ocurre hoy en muchos tribunales de la Argentina, donde los jueces han asumido un papel protagónico que les hace tomar injerencia en los asuntos más variados. Más adelante me ocuparé del tema con la denominación de *decisionismo judicial*.

⁴⁹ Hoy, ministro de Justicia.

⁵⁰ Schönbrunn, 1830 - (†) Viena, 1916, fue emperador de Austria (1848-1916) y rey de Hungría (1867-1916).

el interés de las partes: *los más altos valores sociales* aun con desmedro de la libertad individual en aras del beneficio del Estado⁵⁶.

Con el método así concebido se esperaba generar un nuevo proceso en el cual jueces, abogados y partes colaboraran solidaria y activamente en la búsqueda de la verdad y en la formación de una decisión justa⁵⁷.

Como era de esperar, tan abrupto e inesperado cambio de las reglas de juego entonces imperantes, no fue aceptado pacíficamente por los abogados que lo sufrirían en lo inmediato, pues, a la postre, el controlado juez podía neutralizar a los letrados sujetos a su propio control⁵⁸.

Ese alzamiento generó una larga *vacatio legis* —hasta el 1º de enero de 1898, fecha en la cual comenzó a regir en el Imperio— que fue utilizada por Klein —al decir de un importante jurista italiano— para “amansar a los abogados de Viena que en 1897 amenazaron con una revolución con el fin de impedir la implementación del nuevo procedimiento” y “a fin de preparar adecuadamente a los jueces para que actuaran con *mano dura*”.

⁵⁶ En rigor, Klein miraba al proceso como un fenómeno social de masas y, por tanto, debía ser regulado como un instituto de bienestar. De tal forma parece claro que él no veía el proceso —al igual que lo hacemos hoy— como un método pacífico de debate dialéctico celebrado entre dos antagonistas en igualdad ante un juez imparcial sino como un simple procedimiento administrativo con el cual se tutelaban los intereses individuales y sociales.

⁵⁷ La frase se repite despreocupadamente hasta el día de hoy por autores que, a no dudar, están pletóricos de buenas intenciones pero que desconocen la realidad social del litigio, *que es guerra*. Sin armas. Pero guerra al fin y no alegre paseo por el parque de ambos contendientes tomados de la mano... Por eso es que altera el sentido común llamar *justa* a una guerra...

Cuando un acreedor presenta al juez su demanda, no lo hace en acto de alocada aventura sino meditadamente, lleno de incertidumbres, temores, gastos y expectativas, luego de haber hecho lo imposible para lograr un acuerdo con el deudor.

De tal modo, sólo porque no tiene otro camino para recorrer, elige la última alternativa que le ofrece la civilidad: el proceso.

¿Cómo pretender ahora que estos dos antagonistas —que ya se odian por haber hablado y discutido hasta el cansancio del tema que los aqueja— salgan a buscar como buenos amigos, del brazo y solidariamente, la verdad de lo acontecido y una decisión justa? ¿Justa para quién? ¿Para el desesperado y cuasi exámine acreedor o para el deudor impenitente?

⁵⁸ Los abogados, denostados desde siempre y considerados como los únicos responsables de todos los males del proceso son, sin embargo, esenciales para lograr el adecuado funcionamiento de un sistema fundado en la ley y en el respeto a esa ley.

Por cierto, todo terminó con la vigencia de la ley —hasta hoy— y, así, se entronizó la figura del juez *director* (que, en verdad encubría a un auténtico *dictador*)⁵⁹ que podía hacer lo que quería al tramitar un proceso en aras de buscar la *verdad real* para lograr *hacer justicia en el caso concreto* pero, en esencia, comprometido con los fines políticos del régimen que representaba, a la luz de cuyos principios actuaba e interpretaba los hechos y juzgaba las conductas.

Quiero creer que, como método de enjuiciamiento, habrá resultado eficacísimo en el control buscado, pues pronto se convirtió en paradigma legislativo.

En breve se verá que la historia se repitió exactamente en diversos lugares de Europa...

Para comenzar, fue la ley que inspiró la redacción de

3.3. LA ORDENANZA ALEMANA DE 1937

Si bien se mira su articulado, resulta copia del texto austriaco en este tema y, a no dudar, no fue casual ni inocente su elección. En ese año gobernaba Alemania Adolfo Hitler⁶⁰, que de republicano tenía poco, y que repitió, en los hechos, similar persecución racial a la de los Reyes Católicos, pero superándolos largamente ¡pues ahora terminó en genocidio de seis millones de personas!

Esto no es secreto para nadie que haya leído un poco de historia: el dominio político del *nacionalsocialismo* terminó con la idea de Estado de Derecho sin necesidad de abolir todo el sistema jurídico imperante antes de su arribo al poder.

Baste citar acá —como ejemplo de lo que digo y sin necesidad de mencionar puntualmente alguna norma procesal en particular— la notable influencia del *partido nazi* en la organización judicial; la creación de tribunales con competencia y procedimientos especiales originados para juzgar ciertas causas políticas; la proclamación del Führer como *Gran Señor Superior de la Justicia*; la abolición de la independencia de los jueces mediante el retiro de su inamovilidad, o su separación por causas

⁵⁹ Quienes hablan de él no definen en qué consiste el ser dictador y en qué se diferencia éste de un verdadero director...

⁶⁰ Braunau, Alta Austria, 1889 - (†) Berlín, 1945.

políticas o su retiro por razones raciales; la supresión de la prohibición de la *reformatio in pejus*; la supresión de los escabinos; la abolición de la cosa juzgada; la posibilidad de los jueces de descartar cualquier medio de prueba ofrecido por las partes según los parámetros de su propia libre apreciación con la mera mención de considerarla innecesaria para la solución del litigio, etcétera.

¿Hace falta decir más sobre este ordenamiento para convencer al lector de su ideología totalitaria?

Por eso es que ambos cuerpos legales —el austriaco y el alemán— resultaron ser inspiradores de la magna obra legislativa contenida en

3.4. EL CÓDIGO ITALIANO DE 1940

Gobernaba a la sazón Italia el Duce Benito Mussolini⁶¹, líder del movimiento fascista⁶² y amigo y socio de Hitler en la integración del Eje⁶³ que terminó perdiendo la hasta ahora última gran guerra mundial.

Su ministro de Justicia, Dino Grandi, proyectó una reforma integral al procedimiento civil del país y para eso —obvio— se inspiró en los tres ordenamientos recién citados y vigentes en los países vecinos comandados por el propio Hitler.

Al firmar con su nombre la *Exposición de Motivos del Proyecto*, ésta se conoce desde entonces como la *Relación Grandi*. Allí se encuentran las ideas fundamentales plasmadas en la ley y creo menester copiarla seguidamente en sus partes pertinentes para que el lector tome cabal conciencia del origen más cercano de nuestra legislación actual.

Por supuesto, de aquí en más se verá una exacta repetición de lo que vengo relatando desde muchas páginas atrás...

1. Posición y evolución del problema de la reforma.

...Sobre todo, el código encuentra su razón histórica en el renovado

sistema de las relaciones entre el individuo y el Estado, del cual el proceso es una expresión particularmente característica, y tiene en la transformada conciencia jurídica y política de la Nación el fundamento y la garantía de la recta aplicación de sus reformas.

...en el Estado fascista el proceso no representa sólo un choque de intereses, sino que es instrumento de fecundo avenimiento de los mismos⁶⁴, el cual no pretende únicamente asegurar un sistema ordenado de vida social, inspirado en las finalidades supremas del Estado, sino también garantizar a través de la aplicación de las normas jurídicas que regulan la vida de la Nación la realización de los supremos intereses de ésta en las relaciones privadas.

Y constituye, sobre todo, un instrumento tendiente a alcanzar ese fin que la palabra del Jefe de Gobierno señaló como meta de la revolución fascista: una más alta justicia social⁶⁵.

II.8. El juez y la ley.

...Se ha establecido, como uno de los puntos fundamentales de la reforma procesal, el acrecimiento de las facultades del juez; con ello quiere aludirse, como se dirá dentro de poco, a las facultades de dirección del proceso e investigación de la verdad de los hechos; en cuanto a la aplicación del derecho *in iudicando*, la función del juez debe estar sometida, por regla, a la observancia fiel e inteligente de la ley.

...En el Estado fascista el aumento de la autoridad del juez no puede significar que se le otorguen facultades creadoras de derecho⁶⁶; hubiera sido inútil levantar el grande edificio de la codificación, que encierra en cada uno de sus artículos el carácter de una consciente y unitaria voluntad renovadora, si luego se hubiese conferido al juez la facultad de sobreponer en cada caso, su variable albedrío a la voluntad expresa de la ley.

El Estado autoritario rechaza con energía las tendencias que periódicamente reaparecen durante las crisis de la legalidad, en cuya virtud se exalta al juez para deprimir al legislador; estas tendencias constituyen un debilitamiento de los poderes centrales del Estado y un quebranto de la unidad del derecho, debiendo rechazarse en un Estado que sea el custodio celoso de su unidad y de su soberanía.

...Si en los periodos de transición, cuando está formalmente en vigor el antiguo derecho superado por los tiempos, puede ser útil otorgar

⁶¹ Dovia de Predappio, Forlì, 1883 - (†) Giuliano di Mezzegra, Como, 1945.

⁶² La palabra fascista proviene de la tradición romana: los magistrados eran siempre acompañados por los lictores (ayudantes) que portaban *fasces*: insignia que consistía en un haz de varas sosteniendo en el centro un hacha, como signo de poder. Parecido fue el símbolo del fascismo.

⁶³ Integrado por Alemania, Italia y Japón, perdedores de la guerra del '40 y hoy grandes potencias mundiales...

⁶⁴ ¿Acaso no es ésta la misma exacta concepción de Klein?

⁶⁵ ¿Puede decirse que este Código está desvinculado de los intereses del Partido Fascista?

⁶⁶ Igual que lo ocurrido en Austria.

al juez facultades generales para juzgar según equidad, permitiéndole así abrir el camino del nuevo derecho en formación entre las grietas de las antiguas leyes, esta amplitud de facultades no es concebible en un juez llamado a aplicar una legislación joven, que refleja en cada artículo los nuevos tiempos; en este clima histórico se requiere solamente que el juez sea el continuador sensible y fiel de las disposiciones directivas consagradas en la ley y no se admite la idea de poder pasar del sistema de la legalidad, según el cual el derecho se exterioriza en disposiciones generales y abstractas que el juez debe aplicar a los casos concretos, a la justicia patriarcal del caso particular, retrocediendo milenios⁶⁷.

En todos estos supuestos, la ventaja que ofrece el nuevo código para la conciliación o decisión según equidad, no debe considerarse como una muestra de desconfianza en la legalidad y un síntoma de tendencia acomodaticia para desvalorizar la lucha por el derecho en beneficio de las soluciones de transacción.

En muchas oportunidades puede bastar *in limine litis* la palabra sabia o influyente del juez para que las partes entiendan cómo, sin recurrir a la lucha judicial, tienen en el acuerdo amistoso el instrumento para dirimir su litigio con beneficio recíproco.

12. Fortalecimiento de los poderes del juez para la dirección del proceso.

...El juez, dije el 16 de octubre de 1939 ante la Comisión de las Cámaras legislativas, es el órgano a quien el Estado encomienda la función esencial de aplicar la ley mediante el procedimiento.

En el fondo de la cuestión se halla el renovado concepto de dignidad y autoridad del Estado y de sus órganos, en cuya virtud no podría admitirse que el juez asista como espectador impasible y a veces impotente, como si fuera un árbitro en un campo de gimnasia que se limita a marcar los puntos y controlar que sean respetadas las reglas del juego, de una lucha que compromete directamente la más celosa y alta función y responsabilidad del Estado. Es necesario por lo tanto que el juez tenga una dirección determinada del proceso, una posición prominente y reguladora⁶⁸.

...La primera clase de consideraciones conduce a esta conclusión: que también en el proceso civil el juez debe tener a su alcance, en todos los casos, los poderes indispensables para administrar la justicia

⁶⁷ Con lo cual se quita al juez todo poder de iniciativa y de creación del derecho. La idea no es originaria: proviene de Napoleón....

⁶⁸ Otra vez el pensamiento de Klein.

de manera activa, rápida y proficua. Aun si la controversia atañe a relaciones de derechos privados, que las partes hubieran pedido disponer libremente prescindiendo del proceso, ello no quiere significar que el proceso, una vez iniciado, deba considerarse como asunto privado, cuyos destinos pueden dejarse librados al interés individual de los litigantes⁶⁹.

...También en los juicios sobre temas de derecho privado entra en juego, al requerirse la intervención del juez, ese interés eminentemente público que es la justa y solícita aplicación de la ley al caso concreto; no debe entonces permitirse que los particulares invoquen la justicia y la utilicen para fines contrastantes con la misma, y tampoco que abrumen a los tribunales con sus fintas dilatorias que el juez ha de presenciar inerte hasta tanto así lo quieran los litigantes. Aun si la relación debatida es de puro derecho privado, el juez ha de estar proveído de los poderes de orden y de disciplina indispensables para que el proceso no se paralice y no se desvíe; debe ser su director y el promotor vigilante, solícito y sagaz. Las partes son libres de fijar el *thema decidendum*, pero corresponde al juez regular los medios y el ritmo para decidir rápidamente y bien la cuestión planteada.

13. El principio dispositivo, proyección en el proceso del derecho subjetivo.

...Conferir al juez el poder de promover de oficio un litigio que los interesados quisieran evitar, permitirle juzgar sobre hechos que las partes no han traído a colación, significaría substraer en el campo procesal aquella autonomía individual que en campo sustancial es reconocida por el derecho vigente.

Con ello no se pretende excluir —bien se entiende— el particular interés de los litigantes, así lo exija el interés público; se quiere decir solamente que dichas limitaciones ha de establecerlas explícitamente el derecho sustancial, y no deben introducirse por conducto indirecto a través del proceso, empleando un recurso que repugnaría a la límpida y valiente técnica en que se ha inspirado la legislación italiana.

...Aquí también, al adoptar el sistema inquisitorial, el nuevo Código se ha preocupado en reglamentarlo de manera tal que no sufra menoscabo la virtud más valiosa del juez, es decir la imparcialidad, que debe existir en todos los procesos, aun en aquellos sobre cuestiones que atañen al orden público.

⁶⁹ ¿No es esto una locura en los términos de la cultura jurídica actual?

El concepto tradicional que presenta al juez como institucionalmente inerte y desprovisto de cualquier facultad de iniciativa, *tiene tal vez su parte de cordura* (?), pues muy a menudo el peticionar es psicológicamente incompatible con el juzgar, y el aumento desmedido de los poderes de iniciativa del juzgador puede inducirle a tomar posiciones antes de haber juzgado, trocándose de juez sereno en defensor apasionado de una tesis elegida con anticipación.

29. El sistema de las pruebas.

...No obstante esto, aun conservando el sistema tradicional en sus grandes rasgos, *se ha ampliado notablemente el ámbito de la averiguación de la verdad por impulso de oficio*⁷⁰ y se han reforzado los recursos para que la misma sea provechosa: ello acontece no sólo en los procedimientos de carácter inquisitorial donde la facultad de solicitar pruebas conferidas al ministerio público interviniente ha desvinculado la indagación probatoria de la iniciativa particular cuando el interés público así lo requiere, sino también en el procedimiento ordinario con carácter dispositivo, donde el juez ha sido liberado de la situación de inercia forzada que bajo el imperio de la antigua ley lo obligaba muchas veces a cerrar los ojos ante la verdad.

Este acrecentamiento de los poderes probatorios del juez es visible en numerosas disposiciones:

- en las que les permiten servirse del auxilio del consultor técnico con mayor facilidad, amplitud y continuidad de como podía hacerlo con la pericia escrita del antiguo Código (art. 191 y siguientes);
- en las que lo facultan a ordenar la *inspección de personas*⁷¹ y de cosas (art. 118);
- y la exhibición en juicio de estas últimas (art. 210);
- en las que lo autorizan a disponer reproducciones mecánicas o experimentos (arts. 258 y siguientes);
- y recabar informes de la administración pública (art. 213);
- y sobre todo en una fundamental (art. 117), que le da la facultad de ordenar el comparendo personal de las partes en cualquier estado y grado del proceso.

⁷⁰ Esto pertenece a lo más característico del método inquisitorio.

⁷¹ Atención: podían ser terceros ajenos al pleito...

Creo más que suficiente lo hasta aquí transcrito para dar por demostrada mi afirmación acerca del corte inquisitorial de todas las leyes hasta ahora mencionadas y pertenecientes a totalitarismos de derecha. Me ocuparé ahora de otro código, que he dejado a propósito para el final no sólo porque es posterior al italiano sino porque pertenece a un totalitarismo de izquierda, cual es

3.5. LA LEY DE PROCEDIMIENTO CIVIL SOVIÉTICA DE 1979

Esta ley, aprobada el 9 de octubre de 1979 por el *Presidium del Soviet Supremo de la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas*, con texto claramente inspirado en todas las normativas antes mencionadas, endiosa nuevamente al sistema inquisitorio y lo mejora según las conveniencias del partido gobernante.

Veamos algunas de sus normas, que transcribiré puntualmente:

Art. 2. Fines el procedimiento judicial civil:

Los fines del procedimiento judicial civil soviético estriban en *investigar y resolver justa y rápidamente los asuntos civiles al objeto de salvaguardar el régimen social de la URSS, el sistema económico socialista y la propiedad socialista...*

...El procedimiento debe coadyuvar al fortalecimiento de la legalidad socialista, a la prevención de las infracciones, a la ley y a la educación de los ciudadanos en el espíritu del estricto cumplimiento de las leyes soviéticas y de respeto a las reglas de convivencia socialista.

Para lograr estas finalidades, el artículo 16 dispone:

El Tribunal está obligado, *sin limitarse a los datos y alegaciones presentados, a adoptar todas las medidas señaladas por la ley para esclarecer del modo más completo, multilateral y objetivo las circunstancias reales del pleito y los derechos y alegaciones de las partes.*

El Tribunal debe explicar a las partes sus derechos y obligaciones, prevenirles de los efectos de la comisión u omisión de actos procesales y *ayudarles en el ejercicio de sus derechos.*

Art. 18. Obligatoriedad de la prueba:

Cada parte debe probar las circunstancias que alega como fundamento de sus presentaciones y objeciones.

Las pruebas son presentadas por las partes y otras personas que concurren al pleito.

Si las pruebas son insuficientes, el Tribunal propone a las partes y a las otras personas que concurran al pleito que aduzcan prueba complementaria, o las reúne por iniciativa propia.

Art. 19. *Valoración de la prueba:*

El Tribunal valora las pruebas ateniéndose a su *convicción íntima*, fundada en el examen multilateral, completo y objetivo durante la celebración del juicio, de todas las circunstancias del pleito en su conjunto, rigiéndose por la ley y por la *conciencia jurídica socialista*.

Ninguna prueba tiene para el Tribunal un vigor establecido de antemano.

Art. 36. *Participación de organizaciones sociales:*

Los representantes de organizaciones sociales y colectividades laborales que no son partes en el pleito, pueden ser autorizados, por decisión del Tribunal, a participar en la vista para exponer al mismo la opinión de las organizaciones o colectividades representadas por ellos sobre el pleito que examina el Tribunal.

Como se ve, todos los totalitarismos coinciden: tanto los de derecha como los de izquierda mantienen idénticos objetivos, para lo cual utilizan similares métodos procedimentales:

- 1) aumentan los poderes de dirección de los jueces y sus facultades probatorias para llegar a la *verdad* y
- 2) retacean sus facultades decisorias, exigiendo al juez un irrestricto apego a la ley vigente y prohibiéndole terminantemente toda creación de derecho.

Antes de ver cuál ha sido la influencia de todas estas leyes en la legislación argentina contemporánea creo conveniente detenerme en

3.6. LA EUFORIA DE LOS AUTORES ITALIANOS Y ALEMANES Y SU INFLUENCIA EN AMÉRICA

Durante las décadas de los '40 y '50 la doctrina procesal hizo eclosión en Alemania e Italia y allí —a raíz de los nuevos ordenamientos legales— se escribieron innumerables tratados, estudios y obras en general que prontamente fueron editadas en castellano en Argentina y en México, donde se habían radicado buenos traductores al amparo de conocidas editoriales de la época.

En general, todos los excelentes autores responsables de la enorme obra de difusión encarada —muchos de los italianos eran discípulos de Chiovenda— sostuvieron que ambas legislaciones glosadas eran el *non plus ultra* en materia de enjuiciamiento.

Y rápidamente —sin reparar en su origen ideológico-político— el pensamiento deslumbró a los entonces noveles procesalistas americanos que, con citas en latín, tudesco e italiano, pontificaron recurrentemente acerca de las bondades del método consagrado en los países más adelantados de Europa, donde había sido largamente elogiado por la buena doctrina de la época.

Y así fue como los juristas de toda América, convencidos de que *eso era lo mejor*, comenzaron a mirar hacia el nuevo oriente jurídico que, además, mostraba legislación que reiteraba el método vigente en estos lares desde el siglo XVI y al cual estaban ya acostumbrados.

4. LA APLICACIÓN DEL MÉTODO INQUISITIVO EN LA ARGENTINA

Congruente con ello, todas las leyes que se redactaron durante los años '50 y décadas posteriores reafirmaron las ideas ya largamente comentadas.

Así, por ejemplo, la ley argentina 14.237⁷² —norma de enjuiciamiento sancionada para la ciudad de Buenos Aires en el año de 1953— cuya exposición de motivos sostenía:

Si el proceso se considera como un instrumento de carácter social, puesto en manos del Estado para restablecer el equilibrio entre los individuos, se hace necesario asegurar al juez, en cierta medida, el comando efectivo del juicio y conferirle poderes de disponer todas las medidas tendientes a la investigación de la verdad, como asimismo, de todas aquellas que hagan efectiva la probidad de la conducta de los litigantes.

La intervención del juez durante el proceso sin coartar, como hemos dicho, la libertad de las partes, incidirá directamente en el fallo, ya

⁷² Su texto decía: "Art. 21. En cualquier estado del juicio, los jueces y tribunales podrán disponer las medidas necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, mantener la igualdad de los litigantes, o prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe, así como aquellas tendientes a la más rápida y económica tramitación del proceso..."

que la sentencia que ponga fin a la litis no ha de ser solamente el juicio lógico, frío, reflexivo, podríamos decir, sin alma del que juzga, sino la expresión humana de la aplicación de la ley⁷³.

En la Cámara de Diputados, el miembro informante (por el Partido Justicialista) dijo sobre el tema:

Este artículo dio motivo en el seno de la comisión a una discrepancia total del sector del Partido Radical⁷⁴. Nosotros (los peronistas) afirmamos que el mismo está de acuerdo con la doctrina moderna, de acuerdo con la Constitución Nacional (¿!), que autores de indiscutible valer dentro de lo procesal lo propician y que, por lo demás, existen en el país antecedentes que después nombraremos. Por otra parte, la norma del artículo 21 *es fundamental para averiguar la verdad, base indiscutible de una sentencia justa y, en consecuencia, de una buena administración de justicia*.

En 1910, en el Mensaje del Poder Ejecutivo acompañando a un proyecto similar, se decía que el Código vigente en aquella época —que es el mismo que rige en la actualidad— establecía restricciones a la averiguación de la verdad y limitaba en forma exagerada las facultades del juez.

En el Proyecto de 1935 elaborado por el Dr. David Lascano, en el Instituto de Altos Estudios de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Eva Perón (hoy, La Plata), y refiriéndose a este problema, dice el autor que en el proyecto no se adopta el procedimiento inquisitivo, sino que se mantiene el procedimiento dispositivo, de acuerdo con la terminología que adopta Carnelutti (?).

Pero dice que no obstante eso, sacamos al juez de su papel de mero espectador que tiene actualmente en nuestras leyes procesales.

Es necesario, afirma Lascano, que el juez tenga la dirección y control del proceso⁷⁵.

Expresa también que, junto con los poderes de decisión y coerción, que son inherentes a la función jurisdiccional, existen otros poderes

que los códigos de los distintos países regulan en forma diferente. Por ejemplo, *el Código austriaco establece el impulso oficial*⁷⁶.

En cambio, los códigos de España, Francia e Italia dejan el impulso a cargo de las partes.

Pero en Francia se reconoce al juez el llamado *poder de soberanía*, que le permite regular discrecionalmente la marcha del proceso.

Por último, entendemos que al juez le corresponden la dirección y el control del proceso, porque como órgano del Estado tiene la obligación de hacer cumplir las leyes que ese mismo Estado dicta y, como autoridad pública, nadie mejor que él está en condiciones de hacer que el proceso se desarrolle en forma normal.

Se dice en el Mensaje que "es cierto que existen voces autorizadas contra este aumento de facultades de los jueces, afirmando que ello significaría destruir el principio dispositivo que es de la esencia del proceso civil; pero los que tal afirman, olvidan el distingo entre *derecho e interés* y *fundamentalmente el distingo entre un interés legítimo y un interés ilegítimo* (?). Es probable que el aumento de las facultades de los jueces lesione intereses no legítimos"⁷⁷.

Es indiscutible que una vez fijada la materia del proceso, no es posible poner límites al juez en la averiguación de la verdad. Así como el juez no está obligado por el Derecho que invocan las partes, tampoco es posible ponerle cortapisas para averiguar la verdad, porque no solamente en las cuestiones de familia está interesado el poder público: *toda perturbación del derecho, cuando sale de la esfera individual, afecta el orden público del Estado que persigue, fundamentalmente, la paz con justicia*⁷⁸.

En el mismo sentido, el Código de Santa Fe de 1940⁷⁹ y su posterior

⁷⁶ Qué bueno que se descubran los orígenes de las cosas... Se trata del Código de Klein, ¡por supuesto!

⁷⁷ Es increíble cómo y cuánto se bastardea el Derecho en aras de hacer norma vigente una ideología reñida con la Constitución y con la filosofía imperante en un lugar y tiempo dados...

⁷⁸ Esto no tiene desperdicio: ¡resulta en verdad creíble que la simple circunstancia de deberle Pedro a Juan una suma de dinero por mercadería adquirida en su pequeño almacén de barrio, sumada al hecho de que Juan demanda su cobro, afecta seriamente a la sociedad toda y pone en grave riesgo la seguridad jurídica y la paz social!

⁷⁹ El art. 81 decía: "Los jueces pueden disponer en cualquier momento la comparecencia personal de las partes para [...] requerir las explicaciones que estimen necesarias al objeto del pleito". El comentarista de la reforma explicó que la norma se adoptó del art. 141 del Código alemán y la posibilidad de escuchar a las partes sin los abogados

⁷³ ¿Puede creerse que esto haya sido elocuente motivación legal?

⁷⁴ Lamentablemente, ese Partido no ha sido congruente en su accionar político, como se desprende de todas las leyes posteriores que impuso o ayudó a imponer.

⁷⁵ ¿Qué quería decir Lascano con eso, cuando el juez ya era amo y señor del litigio desde el año de 1880, fecha de la primera ley argentina que instauró el sistema inquisitivo disfrazado de *dispositivismo*?

reforma en 1962⁸⁰ y el Código de Mendoza que, por su extensión y particular detalle, inserto en el texto:

Artículo 46. Sin perjuicio de los deberes y facultades conferidos en este código y en las leyes de organización judicial, éstos tienen las siguientes:

...ejercer la dirección del proceso y proveer las medidas necesarias para su normal desarrollo, a pedido de interesado o por propia iniciativa;

1) tomar las medidas autorizadas por la ley, para prevenir, enmendar o sancionar todo acto contrario a la dignidad de la justicia, al respeto que se deben los litigantes, funcionarios y profesionales entre sí y al deber de lealtad y probidad o encaminado a dilatar o entorpecer el trámite del proceso;

2) procurar el avenimiento de los litigantes y la pronta solución de los litigios;

3) sanear el procedimiento, sin necesidad de requerimiento del interesado, para evitar o subsanar nulidades;

4) disponer, en cualquier estado del procedimiento, las medidas idóneas para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, mantener la igualdad de los litigantes, propender a una más rápida y económica tramitación del proceso y asegurar una solución justa. Dentro de esas medidas podrán disponer la comparecencia personal de los litigantes, peritos o terceros para interrogarlos sobre los hechos controvertidos; que se exhiban o agreguen documentos o sus testimonios

presentes responde al propósito de evitar que ellos —por convicción, amor propio, encono o interés— puedan dificultar soluciones amistosas, impidiendo arreglos tal vez convenientes y obligando a sus clientes a mantener una contienda no deseada y a veces inútil. Claro es que los jueces deberán utilizar esta facultad con mucha parsimonia, ya que de lo contrario podría convertirse en abuso”.

Art. 82: “Pueden también, para mejor proveer, ordenar que se practique cualquier diligencia que estime conducente y que no sea prohibida por derecho...”

⁸⁰ El *art. 19* dice: “Los jueces pueden disponer en cualquier momento la comparecencia personal de las partes para intentar conciliación o requerir explicaciones que estimen necesarias al objeto del pleito”.

Si bien se nota, se suprimió la potestad judicial de excluir a los abogados de las audiencias “no sólo porque eso importaba una desconsideración para con ellos, sino que además dejaba a los litigantes sin el consejo necesario respecto de declaraciones o transacciones eventuales. No obstante, esta modificación no significa que los jueces en algunas circunstancias que lo hagan absolutamente necesario, puedan citar sólo a las partes, pues ellos conservan sus poderes respecto del proceso”.

que obren en poder de los litigantes, de terceros o en archivos públicos y que se exhiba cualquier objeto atinente al litigio...”⁸¹

Todas estas citas se señalan al solo fin de mostrar la tendencia comentada.

Cosa similar ocurrió en los demás países de América latina.

Todo esto culminó en Argentina con la ley 17.454⁸² que, promulgada bajo la dictadura del General Onganía durante una de las tantas impunes rupturas del orden constitucional que sufrió el país durante el siglo XX, comenzó siendo norma vigente en la ciudad de Buenos Aires y luego se extendió hacia otras provincias cual cáncer imparable hasta estar hoy vigente en casi todos los Estados argentinos, pocos de los cuales respetan su origen federal.

Afirmar que esta ley dictatorial es de carácter democrático —cual lo ha hecho algún autor— no pasa de ser una simple petición de principios totalmente divorciada de la realidad.

La ley es *autoritaria* y consagra en forma reiterativa soluciones definitivamente ineficaces en orden a procurar un mejor sistema de justicia.

Lo bueno de destacar aquí es que, al tiempo en que esto escribo, ese código ha sido modificado mediante las leyes 17.812, 19.419, 20.497, 21.305, 21.347, 21.708, 22.434, 23.850, 23.216, 23.774, 23.850, 24.432, 24.441, 24.454, 24.573, 24.675, 24.760, 25.453, 25.488, 25.624 y por varios decretos del Poder Ejecutivo y Acordadas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

De ello parece resultar que —con tanta reforma y maguer ella— la ineficacia continúa. En rigor, *continuará y se acrecentará*, pues todos los

⁸¹ En nota a este artículo, el codificador dice que el inciso 5º sigue “la doctrina procesal moderna en cuanto a facultades judiciales, reproduciendo el art. 102 de la ley 50, con modificaciones formales. El procedimiento probatorio debe procurar averiguar la verdad en cuanto a los hechos controvertidos. La circunstancia de que no sea ello siempre posible, debiendo a veces fundarse la sentencia en la verdad formal, ficción o presunción creada por la ley o limitación impuesta por los propios litigantes, no puede dar a una de las etapas fundamentales del proceso una *finalidad mezquina y contraria a los fines del Estado...*”

⁸² Publicada el 7-11-67.

agregados y cambios son, en definitiva, *más de lo mismo*: se restringe el método en orden a una difusa meta...

Pero esto no es exclusivo de la Argentina. Veamos qué ocurre en otros países:

a) Uruguay reemplazó su antigua normativa por el *Código General del Proceso*⁸³, convirtiéndose en el año de 1988 en ley 15.982, y que ahora pretende ingresar a otros países (por ejemplo, Guatemala y Paraguay) al amparo –absurda paradoja de estos tiempos– de los EE. UU., país modelo del sistema acusatorio⁸⁴.

Veamos algo de su normativa:

Artículo 24. *Facultades del Tribunal.*

El Tribunal está facultado:

- 1) para rechazar *in limine* la demanda cuando fuere manifiestamente improponible, cuando carezca de los requisitos formales exigidos por la ley o cuando se ejercite una pretensión especialmente sujeta a término de caducidad y éste haya vencido;
- 2) para relevar de oficio las excepciones que este Código le faculta;
- 3) para dar al proceso el trámite que legalmente corresponda cuando el requerido aparezca equivocado;
- 4) para ordenar las diligencias necesarias al esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes⁸⁵;
- 5) para disponer en cualquier momento la presencia de los testigos, de los peritos y de las partes, para requerirles las explicaciones que estime necesarias al objeto del pleito;
- 6) para rechazar las pruebas inadmisibles, así como las manifiestamente inconducentes e impertinentes;
- 7) para rechazar *in limine* los incidentes que reiteren otros ya propuestos por la misma causa o cuando, a pesar de fundarse en causa distinta, ésta haya podido alegarse al promoverse uno anterior;
- 8) para rechazar *in limine* la intervención de terceros cuando la petición carezca de los requisitos exigidos;

⁸³ Inspirado en el Proyecto de Código Modelo o Código Tipo, elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

⁸⁴ ¿Es que no hay ideólogos allí?

⁸⁵ En serio: ¿cómo se hace para lograr ello?

9) para declarar de oficio y de plano las nulidades absolutas e insubsanables y para disponer las diligencias que persigan evitar dichas nulidades⁸⁶;

10) para imponer a los procuradores y abogados sanciones disciplinarias y multas en los casos previstos legalmente;

11) para dirigir el proceso y aplicar las sanciones que correspondan a quienes obstaculicen indebidamente su desarrollo u observen conducta incompatible con el decoro y dignidad de la justicia.

b) Colombia tiene su Código desde el año de 1970 y en su artículo 37 se establecen, entre otros, los deberes de:

- 1) dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas conducentes para evitar la paralización y procurar la mayor economía procesal *so pena de incurrir en responsabilidad por las demoras que ocurran*⁸⁷;
- 2) hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso usando los poderes que este código le otorga;
- 3) prevenir, remediar y sancionar por los medios que este Código consagra, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, a la lealtad, probidad y buena fe que debe observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal.
- 4) emplear los poderes que este código le concede en materia de pruebas, siempre que lo considere conveniente para verificar los hechos alegados por las partes y evitar nulidades y providencias inhibitorias...

A su turno, el artículo 179 del mismo Código establece:

Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte o de oficio cuando el magistrado o juez las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes.

Sin embargo, para decretar de oficio la declaración de testigos, será necesario que éstos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes.

Las providencias que decreten pruebas de oficio no admiten recurso alguno...⁸⁸

⁸⁶ ¿Aun respecto de las que fueron consentidas por las partes?

⁸⁷ ¿No resulta absurdo endilgarle este deber el juez?

⁸⁸ ¿En nombre de la democracia y de la igualdad de los hombres?

c) Perú acaba de lograr el Código Procesal Civil⁸⁹ más avanzado en la materia: su reciente ley es una hermosa muestra de lo que es un código inquisitivo-nazi-fascista-soviético⁹⁰:

Artículo 188. *Finalidad de la prueba.*

Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los hechos controvertidos y fundamentar sus decisiones.

Artículo 194. *Pruebas de oficio.*

Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción el juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes.

4.1. LA APLICACIÓN DEL MÉTODO EN LO PENAL

Salvo algunas pocas leyes que luego referiré puntualmente al explicar el sistema acusatorio, todas las leyes argentinas vigentes para el enjuiciamiento penal son de neto y absoluto carácter inquisitivo, con todas las miasmas que su concepto puede contener: desde la iniciación oficiosa del proceso hasta la ignorancia de la regla de congruencia en la sentencia...

4.2. LA APLICACIÓN DEL MÉTODO EN LO CIVIL

Cosa parecida ocurre en el campo de lo civil, en el cual los autores persisten en privilegiar *la justicia subjetiva de la meta* por sobre *la legitimidad objetiva del método de procesamiento*. Ya volveré sobre el tema luego de explicar el Capítulo siguiente.

⁸⁹ Decreto legislativo 768 del 4-3-92.

⁹⁰ O, si prefiere, un código hitlerista-mussolinista-stalinista. Si bien se mira, hay un eje común a todos estos sistemas: el *autoritarismo imperial*. No en vano Italia, Alemania y Rusia se igualan en la forma de denominar a quien ejerce el poder: luego de la muerte de Julio César (44 a.C., idus -15- de marzo) le sucede su hijo adoptivo Octavio (Augusto, el *Egregio*) que convierte en *título de honor y dignidad* al apellido de su padre: *César*. Y de allí derivan *Kaiser* (quien impera en Alemania) y *Zar* (quien impera en Rusia).

CAPÍTULO 5

EL SISTEMA ACUSATORIO O DISPOSITIVO

SUMARIO:

1. Antecedentes
2. Influencia de la Carta Magna en la idea de *proceso*
 - 2.1. Constitución de los Estados Unidos de América
 - 2.2. Revolución francesa
 - 2.3. Las ideas de libertad en América
 - 2.4. Constitución argentina
 - 2.5. Legislación argentina
3. Descripción del método
4. Su aplicación en la Argentina
 - 4.1. En lo penal
 - 4.2. En lo civil
5. Anexo
 - 5.1. La Declaración Universal de Derechos Humanos
 - 5.2. La Convención Americana sobre Derechos Humanos

1. ANTECEDENTES¹

Tal cual lo he explicado ya recurrentemente, desde tiempo inmemorial —en rigor, desde la pacificación de los pueblos— existía en los hechos una idea parecida a la que hoy tenemos del proceso civilizado: dos personas (actor y demandado) discutiendo ante otra cuya autoridad personal o moral acataban.

En el orden penal, y superadas las etapas de la venganza privada y de las ordalias, ocurrió otro tanto entre acusador y reo.

Conforme al individualismo imperante en la época antigua, y antes del uso de estrictas fórmulas religiosas (que luego fueron dejadas de

¹ Parte de este Capítulo fue publicada integrando el texto del libro *El debido proceso de la garantía constitucional*, Zeus, Rosario, 2003.

lado), parece ser que eran las propias partes quienes podían *disponer* libremente no sólo del derecho en discusión sino también del método para discutir (exactamente lo que afirmé con anterioridad).

A este sistema de *libre disposición del método de debate* se le asigna desde antaño la denominación de *dispositivo* (en materia civil) o *acusatorio* (en materia penal, pues nace a partir de la *acusación* que se hace contra alguien) y fue el que imperó en Grecia, Roma, etcétera, como se ha visto precedentemente.

Veamos ahora cómo algunos importantes acontecimientos históricos incidieron en la permanencia de este sistema en diversos países del mundo.

2. LA INFLUENCIA DE LA CARTA MAGNA DE INGLATERRA EN LA IDEA DE DEBIDO PROCESO

En el año de 1215², reinaba en Inglaterra Juan Plantagenet³, conocido como *Juan sin Tierra*, que accedió al trono después de la muerte de su hermano mayor Ricardo I, *Corazón de León*⁴.

Dice la historia que llevó una vida guerrera y ejerció un gobierno absolutista sobre ingleses, galeses, irlandeses y escoceses, por lo que terminó sufriendo el odio de sus súbditos, especialmente de los ingleses quienes, haviéndose ya de los impuestos⁵ y las guerras y llenos de repugnancia por los caprichos y costumbres licenciosas del Rey, decidieron *oponer la ley a los caprichos reales*.

Fue así que, con la mira colocada en impuestos justos y ecuanímenes, los barones ingleses exigieron⁶ un tratamiento conforme con el procedimiento legal vigente a la sazón, a raíz de lo cual el rey emitió el

primer *pacto de convivencia* entre el Gobierno y los gobernados que se conoce en el mundo: la *Carta Magna*⁷ de 1215, en fecha muy cercana a la de la realización del Concilio de Letrán en la Europa continental. Allí apareció el *germen legal de la idea de proceso* que venía practicándose desde los tiempos de la civilidad, en expresa garantía que el rey otorgó a sus súbditos al prometerles un juzgamiento de *pares* no sujeto al capricho real.

He aquí su texto:

Juan, por la gracia de Dios Rey de Inglaterra, Señor de Irlanda, Duque de Normandía y Aquitania y Conde de Anjou, a sus Arzobispos, Obispos, Abades, Condes, Barones, Jueces, Gobernadores forestales [*foresters*], Corregidores [*sheriffs*], Mayordomos [*stewards*] y a todos sus bailíos⁸ y vasallos, Salud.

Todos que ante Dios, para bien de nuestra alma y de la de nuestros antepasados y herederos, en loor a Dios y para mayor gloria de la Santa Iglesia y la mejor ordenación de nuestro Reino, por consejo de nuestros reverendos padres Esteban, Arzobispo de Canterbury, Primado de toda Inglaterra y Cardenal de la Santa Iglesia Romana; Enrique, Arzobispo de Dublin; Guillermo, Obispo de Londres; Pe-

² Se trata de la *Carta* de los derechos señoriales que la nobleza feudal logró en junio de 1215 y que no fue propiamente un verdadero texto constitucional, ya que sólo afectó los derechos de los nobles y no los del pueblo en general. No obstante ello, su valor jurídico es indudable por su carácter revolucionario, en cuanto constituyó una severa limitación al poder real impuesta por sus súbditos.

Dadas la obvia dificultad para acceder a la lectura del texto original de la *Carta Magna* (escrito en latín por el Arzobispo de Canterbury, Esteban Langton) y la existencia de diversas traducciones al inglés creo necesario hacer su transcripción en esta obra para que el lector pueda advertir el claro parentesco que hay entre su regulación y la contenida en nuestras constituciones. A este efecto, presento la traducción de una de sus versiones más antiguas que hiciera Gerald Murphy para *The Cleveland Free-Net* y distribuida por la División Servicios de Ciberdistribución (*Cybercasting Services Division*) de la Red Pública Nacional de Telecomputación (*National Public Telecomputing Network [NPTN]*) de los Estados Unidos y que me fuera proporcionada por el Prof. Jorge Alejandro Amaya.

La *Carta* fue reeditada sucesivamente, con algunas enmiendas, en 1216, 1217 y 1225 pero, al final, no solucionó el problema: las dificultades con los barones continuaron y degeneraron en guerra civil (1215-1217) durante la cual el rey murió.

⁸ *Baillo* era quien tenía un *bailiaje*: especie de *encomienda* o *dignidad* en la Orden de San Juan. Consistía en tener un territorio (*bailía*) sometido a su poder.

² Desde allí partí en la explicación del *método inquisitivo*. Ver el Capítulo anterior.

³ Oxford, 1167 - (†) Nottinghamshire, 1216. Fue el hijo tercero de Enrique II de Inglaterra, de ascendencia normanda.

⁴ Trono que ocupó antes e interinamente mientras Ricardo se dedicaba a hacer cruzadas en Tierra Santa.

⁵ Éste es el origen de la leyenda de *Robin Hood*.

⁶ Se dice que el planteo realizado fue similar al que luego se hiciera en Aragón. La frase que se recuerda señala que *cada barón es, en lo personal, igual al rey*. Pero añade que, *en su conjunto, los barones son más que el rey*. Lo que viene a significar que las *baronías* se erigieron como conjunto en autoridad superior al propio rey y que éste debió respetar sus exigencias.

dro, Obispo de Winchester; Jocelino, Obispo de Bath y Glastonbury; Hugo, Obispo de Lincoln; Walter, Obispo de Coventry; Benedicto, Obispo de Rochester; Maestro Pandolfo, subdiácono y miembro de la Casa Papal; Hermano Aimerico, Maestre de los Caballeros Templarios en Inglaterra; Guillermo Marshall, Conde de Pembroke; Guillermo, Conde de Salisbury; Guillermo, Conde de Warren; Guillermo, Conde de Arundel; Alan de Galloway, Condestable de Escocia; Warin Fitz Gerald, Pedro Fitz Herbert, Huberto de Burgh, Senescal del Poitou; Hugo de Neville, Mateo Fitz Herbert, Tomas Basset, Alan Basset, Felipe Daubeny, Roberto de Roppeley, Juan Marshall, Juan Fitz Hugh y otros leales vasallos declaramos:

1) *Primero, que hemos otorgado en el nombre de Dios y por la presente Carta hemos confirmado para Nos y nuestros herederos a perpetuidad que la Iglesia inglesa sea libre, conserve todos sus derechos y no vea menoscabadas sus libertades. Que así queremos que sea observado, resulta del hecho de que por nuestra libre voluntad, antes de surgir la actual disputa entre Nos y nuestros Barones, concedimos y confirmamos por carta la libertad de las elecciones eclesiásticas—un derecho que se reputa como el de mayor necesidad e importancia para la Iglesia— y la hicimos confirmar por el Papa Inocencio III. Esta libertad es la que Nos mismo observaremos y la que deseamos sea observada de buena fe [in good faith] por nuestros herederos para siempre jamás [in perpetuity].*

A todos los hombres libres de nuestro Reino hemos otorgado asimismo, para Nos y para nuestros herederos a título perpetuo, todas las libertades que a continuación se enuncian, para que las tengan y posean de Nos y de nuestros herederos para ellos y los suyos:

2) Si fallece algún Conde, Barón u otra persona que posea tierras directamente de la Corona, con destino al servicio militar, y a su muerte el heredero fuese mayor de edad y debiera un “censo” [o relief], dicho heredero entrará en posesión de la herencia al pagar la antigua tarifa del “censo”, es decir, el o los herederos de un Conde pagaran 100 (cien) libras por toda la baronía del Conde, los herederos de un Caballero [knight] 100 (cien) chelines [shillings] como máximo por todo el feudo [fee] del Caballero, y cualquier hombre que deba menor cantidad pagará menos, con arreglo a la usanza antigua de los feudos.

3) Pero si el heredero de esa persona fuese menor de edad y estuviese bajo tutela, cuando alcance la mayoría de edad entrará en posesión de su herencia sin tener que pagar censo o derecho real.

4) Quien tenga a su cargo la tierra de un heredero menor de edad sólo sacará de ella frutos, las rentas usuales y servicios personales [feudal services], debiéndolo hacer sin destrucción ni daño alguno a los hombres ni a los bienes. En caso de que hayamos confiado la custodia de la tierra a un Corregidor o a cualquier persona responsable ante Nos por el producto de aquella, y perpetrarse una destrucción o daños, le exigiremos compensación y la tierra será encomendada a dos hombres dignos y prudentes del mismo feudo, que responderán ante Nos del producto o ante la persona que les asignemos. En caso de que hayamos conferido o vendido a alguien la custodia de esa tierra y de que esa persona cause destrucción o daños, perderá la custodia y el terreno será entregado a dos hombres dignos y prudentes del mismo feudo, que serán responsables de modo semejante ante Nos.

5) Mientras el tutor tenga la custodia de estas tierras, mantendrá las casas, sotos, cotos de pesca, estanques, molinos y demás pertenencias con cargo al producto de la propia tierra.

Cuando el heredero llegue a la mayoría de edad, el tutor le hará entrega de todo el predio, surtido con los arados y aperos que la estación requiera y acrecido en el producto que la tierra buenamente sea capaz de dar.

6) Los herederos podrán ser dados en matrimonio, pero no a alguien de inferior rango social. Antes de que se celebre el casamiento, se avisará a los parientes más próximos del heredero.

7) A la muerte del marido, toda viuda podrá entrar en posesión de su dote y de su cuota hereditaria inmediatamente y sin impedimento alguno. No tendrá que pagar nada por su dote, por presentes matrimoniales o por cualquier herencia que su marido y ella poseyesen conjuntamente el día de la muerte de aquél, y podrá permanecer en la casa de su marido cuarenta días tras la muerte de éste, asignándosele durante este plazo su dote.

8) Ninguna viuda será obligada a casarse mientras desee permanecer sin marido. Pero deberá dar seguridades de que no contraerá matrimonio sin el consentimiento regio, si posee sus tierras con cargo a la Corona, o sin el consentimiento del señor a quien se las deba.

9) Ni Nos ni nuestros bailíos ocuparemos tierras ni rentas de la tierra en pago de deuda alguna, mientras el deudor tenga bienes muebles suficientes para satisfacer el débito. Los fiadores del deudor no serán apremiados mientras el deudor mismo pueda pagar la deu-

da. Si por falta de medios el deudor fuese incapaz de satisfacerla, saldrán responsables sus fiadores, quienes, si lo desean, podrán incautarse de las tierras y rentas del deudor hasta que obtengan el reembolso del débito que le hayan pagado, a menos que el deudor pueda probar que ha cumplido sus obligaciones frente a ellos.

10) Si alguien que haya tomado prestada una suma de dinero a judíos muriese antes de haberse pagado la deuda, su heredero no pagará interés alguno sobre ésta mientras sea menor de edad, sea quien fuere la persona a la que deba la posesión de sus tierras. Si la deuda viniese a parar a manos de la Corona, ésta no recabará más que la suma principal indicada en el título.

11) Si un hombre muere debiendo dinero a judíos, su mujer podrá entrar en posesión de la dote y no estará obligada a pagar cantidad alguna de la deuda con cargo a aquélla. Si deja hijos menores de edad, se podrá proveer a su sustento en una medida adecuada al tamaño de la tierra poseída por el difunto. La deuda deberá ser satisfecha con cargo al remanente después de ser reservado el tributo debido a los señores del feudo. Del mismo modo se tratarán las deudas que se deban a los no judíos.

12) No se podrá exigir fonsadera⁹ ni auxilio en nuestro Reino sin el consentimiento general, a menos que fuere para el rescate de nuestra persona, para armar caballero a nuestro hijo primogénito y para casar (una sola vez) a nuestra hija mayor. Con este fin sólo se podrá establecer un auxilio razonable; y la misma regla se seguirá con las "ayudas" de la ciudad de Londres.

13) La ciudad de Londres gozará de todas sus libertades antiguas y franquicias tanto por tierra como por mar. Asimismo, queremos y otorgamos que las demás ciudades, burgos, poblaciones y puertos gocen de todas sus libertades y franquicias.

14) Para obtener el consentimiento general al establecimiento de un "auxilio"—salvo en los tres casos arriba indicados—o de una fonsadera, haremos convocar individualmente y por carta a los Arzobispos, Obispos, Abades, Duques y Barones principales. A quienes posean tierras directamente de Nos haremos dirigir una convocatoria general, a través de los Corregidores y otros agentes, para que se reúnan un día determinado (que se anunciará con cuarenta días, por lo menos, de antelación) y en un lugar señalado. Se hará constar la causa

de la convocatoria en todas las cartas de convocación. Cuando se haya enviado una convocatoria, el negocio señalado para el día de la misma se tratará con arreglo a lo que acuerden los presentes, aun cuando no hayan comparecido todos los que hubieren sido convocados.

15) En lo sucesivo no permitiremos que nadie exija "ayuda" a alguno de sus vasallos libres salvo para rescatar su propia persona, para armar caballero a su hijo primogénito y para casar (una vez) a su hija mayor. Con estos fines únicamente se podrá imponer una "ayuda" razonable.

16) Nadie vendrá obligado a prestar más servicios para el "feudo" de un caballero o cualquier otra tierra que posea libremente, que lo que deba por este concepto.

17) *Los litigios ordinarios ante los tribunales no seguirán por doquier a la corte real, sino que se celebrarán en un lugar determinado.*

18) *Sólo podrán efectuarse en el tribunal del Condado respectivo las actuaciones sobre desposesión reciente, muerte de antepasado y última declaración. Nos mismo o, en nuestra ausencia en el extranjero, nuestro Justicia Mayor [Chief Justice], enviaremos dos jueces a cada Condado cuatro veces al año, y dichos jueces, con cuatro caballeros del Condado elegidos por el Condado mismo, celebrarán los juicios en el tribunal del Condado, el día y en el lugar en que se reúna el tribunal.*

19) *Si no pudiese celebrarse audiencia sobre algún caso en la fecha del tribunal de Condado, se quedarán allí tantos caballeros y propietarios de los que hayan asistido al tribunal, como sea suficiente para administrar justicia, atendida la cantidad de asuntos que se hayan de ventilar.*

20) Por simple falta, un hombre libre será multado únicamente en proporción a la gravedad de la infracción y de modo proporcionado por infracciones más graves, pero no de modo tan gravoso que se le prive de su medio de subsistencia. Del mismo modo, no se le confiscará al mercader su mercancía ni al labrador los aperos de labranza, en caso de que queden a merced de un tribunal real. Ninguna de estas multas podrá ser impuesta sin la estimación de hombres buenos de la vecindad.

21) *Los Duques y Barones serán multados únicamente por sus pares y en proporción a la gravedad del delito.*

22) Toda multa impuesta sobre bienes temporales de un clérigo ordenado se calculará con arreglo a los mismos principios, excluido el valor del beneficio eclesiástico.

⁹ Servicio personal en la guerra que se prestaba antiguamente. También, el tributo que se pagaba para atender los gastos bélicos.

23) Ninguna ciudad ni persona será obligada a construir puentes sobre ríos, excepto las que tengan de antiguo la obligación de hacerlo.

24) Ningún Corregidor [sheriff], Capitán [constable] o Alguacil [coroner] o bailío podrá celebrar juicios que competan a los jueces reales.

25) Todos los Condados, partidos, subcondados y aldeas conservarán su renta antigua, sin incremento alguno, excepto las fincas del patrimonio real.

26) Si a la muerte de un hombre que posea un feudo de realengo, un Corregidor o bailío presentase cartas patentes de cobro de deudas a la Corona, será lícita la ocupación e inventario por aquél de los bienes muebles que se encuentren en el feudo de realengo del difunto, hasta el importe de la deuda, según estimación hecha por hombres buenos.

No se podrá retirar bien alguno mientras no se haya pagado la totalidad de la deuda y entregado el remanente a los albaceas (*executors*) para que cumplan la voluntad del difunto. Si no se debiese suma alguna a la Corona, todos los bienes muebles se considerarán como propiedad del finado, excepto las partes razonables de su esposa y sus hijos.

27) Si un hombre libre muere sin haber hecho testamento, sus bienes muebles serán distribuidos a sus parientes más próximos y a sus amigos, bajo la supervisión de la Iglesia, si bien serán salvaguardados los derechos de sus deudores.

28) Ningún Capitán ni bailío nuestro tomará grano u otros bienes muebles de persona alguna sin pagarlos en el acto, a menos que el vendedor ofrezca espontáneamente el aplazamiento del cobro.

29) Ningún Capitán podrá obligar a un Caballero a pagar suma alguna de dinero por la guardia de castillos si el Caballero está dispuesto a hacer la guardia en persona o, dando excusa justificada, a prestar hombres aptos para que la hagan en su lugar. Todo Caballero requerido o enviado a un servicio de armas estará exento de la guardia de castillos durante el periodo del servicio.

30) Ningún Corregidor, bailío u otra persona podrá tomar de un hombre libre caballos o carros para el transporte sin el consentimiento de aquél.

31) Ni Nos ni nuestros bailíos llevaremos leña para nuestro castillo o para otra finalidad sin el consentimiento del dueño.

32) No retendremos en nuestras manos las tierras de personas condenadas por traición [*convicted* o *felony*] más de un año y un día, después de lo cual serán devueltas a los señores del feudo respectivo.

33) Se quitarán todas las empalizadas de pesca del Támesis, del Medway y de toda Inglaterra, excepto las construidas a orillas del mar.

34) No se expedirá en lo sucesivo a nadie requerimiento alguno respecto a la posesión de tierras, cuando la expedición del mismo implique la privación para algún hombre libre del derecho a ser juzgado por el tribunal de su propio señor.

35) Habrá patrones de medida para el vino, la cerveza y el grano (el cuarto londinense) en todo el Reino, y habrá también un patrón para la anchura de las telas teñidas, el pardillo y la cota de malla, concretamente dos varas entre las orlas. Del mismo modo habrán de uniformarse los pesos.

36) En lo sucesivo no se pagará ni se aceptará nada por la expedición de un auto de investigación de vida y bienes, el cual se otorgará gratis y no podrá ser denegado.

37) Si un hombre posee tierras de realengo [*lands of the Crown*] a título de feudo en renta perpetua, de "servicios" [*socage*] o de "renta anual" [*burgage*] y posee asimismo tierras de otra persona en concepto de servicio de caballería, no asumiremos la tutela de su heredero ni de la tierra que pertenezca al feudo de la otra persona en virtud de la "renta perpetua", de los "servicios" o de la "renta anual", a menos que el "feudo en renta perpetua" esté sujeto a servicio de Caballería. No asumiremos la tutela del heredero de un hombre ni la guardia de la tierra que ese hombre poseyera de manos de otro por el hecho de que detente pequeñas propiedades de la Corona a cambio de un servicio de Caballeros o arqueros o de índole análoga.

38) En lo sucesivo, ningún bailío llevará a los tribunales a un hombre en virtud únicamente de acusaciones suyas, sin presentar al mismo tiempo a testigos directos dignos de crédito sobre la veracidad de aquéllas.

39) Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del Reino.

40) No venderemos, denegaremos ni retrasaremos a nadie su derecho ni la justicia.

41) Todos los mercaderes podrán entrar en Inglaterra y salir de ella sin sufrir daño y sin temor, y podrán permanecer en el Reino y viajar dentro de él, por vía terrestre o acuática, para el ejercicio del

comercio, y libres de toda exacción ilegal, con arreglo a los usos antiguos y legítimos. Sin embargo, no se aplicará lo anterior en época de guerra a los mercaderes de un territorio que esté en guerra con Nosotros. Todos los mercaderes de ese territorio hallados en nuestro Reino al comenzar la guerra *serán detenidos, sin que sufran daño en su persona o en sus bienes*, hasta que Nos o nuestro Justicia Mayor hayamos descubierto cómo se trata a nuestros comerciantes en el territorio que esté en guerra con nosotros, y si nuestros comerciantes no han sufrido perjuicio, tampoco lo sufrirán aquéllos.

42) En lo sucesivo, todo hombre podrá dejar nuestro Reino y volver a él sin sufrir daño y sin temor, por tierra o por mar, si bien manteniendo su vínculo de fidelidad con Nos, excepto en época de guerra, por un breve lapso y para el bien común del Reino. Quedarán exceptuadas de esta norma las personas que hayan sido encarceladas o puestas fuera de la ley con arreglo a la ley del Reino, las personas de territorios que estén en guerra con Nos y los mercaderes, que serán tratados del modo indicado anteriormente.

43) Si algún hombre poseyera tierras de reversión [*escheat*], tales como el "honor" de Wallington, Nottingham, Boulogne, Lancaster o de otras reversiones en nuestro poder que sean Baronías, a la muerte de aquél su heredero nos pagará únicamente el derecho de sucesión y el servicio que habría tenido que pagar al Barón en el caso de que la Baronía se hubiese hallado en manos de éste, y Nos retendremos lo revertido del mismo modo que lo tenía el Barón.

44) *Las personas que vivan fuera de los bosques no estarán obligadas en lo sucesivo a comparecer ante los Jueces reales forestales en virtud de requerimientos generales, a menos que se hallen efectivamente implicadas en actuaciones o sean fiadores de alguien que haya sido detenido por un delito forestal.*

45) *No nombraremos Jueces, Capitanes, Corregidores ni bailíos sino a hombres que conozcan las leyes del Reino y tengan el propósito de guardarlas cabalmente.*

46) Todos los Barones que hayan fundado abadías y que tengan cartas patentes de Reyes de Inglaterra o posesión de antiguo en prueba de ellos, podrán ejercer el patronato de aquéllas cuando estén vacantes [*when there is no abbot*], como en derecho les corresponde.

47) Todos los bosques que se hayan plantado durante nuestro reinado serán talados sin demora, y lo mismo se hará con las orillas de los ríos que hayan sido cercadas durante nuestro reinado.

48) Todos los malos usos en materia de bosques y cotos de caza, guardabosques, guardacotos, corregidores y sus bailíos, o de orillas de ríos por guardianes de éstas, *deberán ser inmediatamente objeto de investigación en cada Condado por doce caballeros juramentados del propio condado, y antes de cumplirse los cuarenta días de la investigación esos malos usos deberán ser abolidos total e irrevocablemente, si bien Nos, y de no estar Nos en Inglaterra, nuestro Justicia Mayor, deberemos ser informados primero.*

49) Devolveremos inmediatamente todos los rehenes y cartas que nos han sido entregados por los ingleses como garantía de paz o de lealtad en el servicio.

50) Separaremos completamente de sus cargos a los parientes de Gerardo de Athee, quienes no podrán en lo sucesivo ejercer cargos en Inglaterra. Las personas en cuestión son Engelardo de Cigogne, Pedro Guy y Andres de Chauceaux, Guy de Cigogne, Godofredo de Martigny y sus hermanos, Felipe Marc y sus herederos hermanos, con Godofredo su sobrino, y todos sus seguidores.

51) Tan pronto como se restablezca la paz, expulsaremos del Reino a todos los Caballeros y arqueros extranjeros, a sus servidores y a los mercenarios que hayan entrado con daño para el Reino con sus caballos y sus armas.

52) A quien hayamos privado o desposeído de tierras, castillos, libertades o derechos sin legítimo juicio de sus pares se los devolveremos en el acto. *En casos litigiosos, el asunto será resuelto por el juicio de los veinticinco Barones a que se refiere más adelante la cláusula de garantía de la paz.* En el supuesto, sin embargo, de que algún hombre haya sido privado o desposeído de algo que esté fuera del ámbito legítimo de enjuiciamiento de sus pares por nuestro padre el Rey Enrique o nuestro hermano Ricardo, y que permanezca en nuestras manos o esté en posesión de terceros por concesión nuestra, tendremos una moratoria por el período generalmente concedido a los Cruzados, a menos que estuviese pendiente un litigio judicial o que se hubiese entablado una indagación por orden nuestra, antes de que tomáramos la Cruz en calidad de Cruzados. A nuestro regreso de la Cruzada o, si desistimos de ella, haremos inmediatamente justicia por entero.

53) Tendremos derecho a la misma moratoria en la administración de justicia relacionada con los bosques que hayan de ser talados o permanecer como tales, cuando éstos hayan sido originariamente

plantados por nuestro padre Enrique o nuestro hermano Ricardo; con la guardia de tierras que pertenezcan a “feudo” de un tercero, en el supuesto de que la hayamos ejercido hasta ahora en virtud de algún feudo concedido por Nos a un tercero a cambio de servicios de caballería, y con las abadías fundadas en feudos de terceros en las cuales el señor del feudo reivindique un derecho propio. En estas materias haremos entera justicia a los recursos cuando regresemos de la Cruzada o inmediatamente si desistimos de ella.

54) *Nadie será detenido o encarcelado por denuncia de una mujer por motivo de la muerte de persona alguna, salvo el marido de aquélla.*

55) Todas las multas que se no hayan pagado injustamente y contra la ley del Reino, y todas las multas que hayamos impuesto sin razón, quedan totalmente remitidas o bien serán resueltas por sentencia mayoritaria de los veinticinco Barones a que se refiere más adelante la cláusula de salvaguardia de la paz, así como de Esteban, Arzobispo de Canterbury, si pudiere asistir, y cuantos otros quiera él traer consigo. Si el Arzobispo no puede asistir, continuarán las actuaciones sin él, pero si uno cualquiera de los veinticinco Barones fuere parte en el litigio, no se tendrá en cuenta su juicio y se elegirá y tomará juramento a otro en su lugar, como suplente para la materia en cuestión, por el resto de los veinticinco.

56) En caso de que hayamos privado o desposeído a algún galés de tierras, libertades o cualquier otro bien en Inglaterra o en Gales, sin legítima sentencia de sus pares, aquéllas le serán devueltas sin demora. Todo litigio en la materia será dirimido en las Marcas¹⁰ (*in the Marches*) mediante sentencia de los pares de la parte. Se aplicará la ley inglesa a las tierras que se posean en Inglaterra, la ley galesa a las que posean en Gales y la de las Marcas a las que se posean en las Marcas. Los galeses nos tratarán a Nos y a los nuestros de la misma manera.

57) En caso de que un galés haya sido privado o desposeído de algo, sin haber mediado legítima sentencia de sus pares, por nuestro padre el Rey Enrique o nuestro hermano el Rey Ricardo y el bien en cuestión permanezca en nuestro poder o esté en posesión de terceros por concesión nuestra, tendremos moratoria por el lapso generalmente reconocido a los Cruzados, a menos que estuviese ya pen-

diente algún litigio judicial o se hubiese entablado una indagación por orden nuestra, antes de tomar Nos la Cruz como Cruzado, pero a nuestro regreso de la Cruzada o de modo inmediato si desistimos de ella, haremos plenamente justicia con arreglo a las leyes de Gales y de dichas regiones.

58) Devolveremos en seguida al hijo de Llyvelyn, a todos los rehenes galeses y las cartas que se nos hayan entregado en garantía de la paz.

59) Respecto a la devolución de las hermanas y rehenes de Alejandro, Rey de Escocia, y de los derechos y libertades de éste, le trataremos del mismo modo que a nuestros demás Barones de Inglaterra, a menos que resulte de las cartas que nos concedió su padre Guillermo, anteriormente Rey de Escocia, que deba ser tratado de otro modo. Esta materia será dirimida por el juicio de sus pares en nuestro tribunal.

60) Todas las franquicias y libertades que hemos otorgado serán observadas en nuestro Reino en cuanto se refiera a nuestras relaciones con nuestros súbditos. Que todos los hombres de nuestro Reino, sean clérigos o legos, las observen de modo semejante en sus relaciones con sus propios vasallos.

61) Por cuanto hemos otorgado todo lo que antecede [*“since we have granted all these things”*] por Dios, por la mejor gobernación de nuestro Reino y para aliviar la discordia que ha surgido entre Nos y nuestros Barones, y por cuanto deseamos que esto sea disfrutado en su integridad, con vigor para siempre, damos y otorgamos a los Barones la garantía siguiente:

Los Barones elegirán a veinticinco entre ellos para que guarden y hagan cumplir con todo el poder que tengan, la paz y las libertades otorgadas y confirmadas para ellos por la presente Carta.

Si Nos, nuestro Justicia Mayor, nuestros agentes o cualquiera de nuestros baillíos cometiese algún delito contra un hombre o violase alguno de los artículos de paz o de la presente garantía, y se comunicase el delito a cuatro de los citados veinticinco Barones, los informados vendrán ante Nos o, en ausencia nuestra del Reino, ante el Justicia Mayor, para denunciarlo y solicitar reparación inmediata. Si Nos, o en nuestra ausencia del Reino el Justicia Mayor, no diéramos reparación dentro de los cuarenta días siguientes, contados desde aquel en que el delito haya sido denunciado a Nos o a él, los cuatro Barones darán traslado del caso al resto de los veinticinco, los cuales

¹⁰ Una *marca* es un territorio de frontera de la importancia actual de una provincia, cuya administración (marquesado) se encargaba a un *marqués* (hoy es un título nobiliario entre el de *duque* y el de *conde*).

podrán usar de apremio contra Nos y atacarnos de cualquier modo, con el apoyo de toda la comunidad del Reino, apoderándose de nuestros castillos, tierras, posesiones o cualquier otro bien, excepto de nuestra propia persona y las de la Reina y nuestros hijos, hasta que consigan efectivamente la reparación que hayan decretado. Una vez obtenida satisfacción, podrán volver a someterse a la normal obediencia a Nos.

Todo hombre que lo desee podrá prestar juramento de obedecer, y le daremos moratoria por el lapso generalmente reconocido a los Cruzados, a menos que estuviese ya pendiente algún litigio judicial o se hubiese entablado una indagación por orden nuestra, antes de tomar Nos la Cruz como Cruzado, pero a nuestro regreso de la Cruzada o de modo inmediato si desistimos de ella, haremos plenamente justicia con arreglo a las leyes de Gales y de dichas regiones.

No intentaremos conseguir de nadie, ya por acción nuestra ya por medio de terceros, cosa alguna por la cual una parte de estas concesiones o libertades pueda quedar revocada o mermada. Si se consiguiese semejante cosa, se tendrá por nula y sin efecto y no haremos uso de ella en ningún momento, ni personalmente ni a través de terceros.

62) Hemos condonado y perdonado por completo a todos cualquier intención torticera, daño y agravio que haya podido surgir entre Nos y nuestros súbditos, ya sean clérigos o legos, desde el comienzo de la disputa. Además, hemos remitido totalmente, y por nuestra parte hemos perdonado también, a cualesquiera clérigos y legos todos los delitos cometidos como consecuencia de la citada disputa entre la Pascua del decimosexto año de nuestro reinado y la restauración de la paz.

Hemos ordenado asimismo cursar cartas patentes para los Barones en testimonio de la presente garantía y de las concesiones indicadas anteriormente, con los sellos de Esteban, Arzobispo de Canterbury; Enrique, Arzobispo de Dublin, los demás Obispos arriba mencionados y el Maestro Pandolfo.

63) En consecuencia, es nuestro real deseo y Nuestra Real Orden que la Iglesia de Inglaterra sea libre y que todos los hombres en nuestro Reino tengan y guarden todas estas libertades, derechos y concesiones legítima y pacíficamente en su totalidad e integridad para sí mismos y para sus herederos, en cualesquiera asuntos y lugares y para siempre.

Tanto Nos como los Barones hemos jurado que todo esto se observará de buena fe y sin engaño alguno, de lo cual son testigos las personas antedichas y muchas otras.

Dado de nuestro puño y letra en el prado que se llama Runnymede, entre Windsor y Staines, el día decimoquinto del mes de junio del decimoséptimo año de nuestro reinado.

La idea allí contenida fue reiterada en la *Declaración de derechos* o *Bill of rights* de 1689, donde se repiten ideas expresamente vinculadas con la Carta Magna y contenidas en la *Petición de derechos* o *Petition of rights* del 7 de junio de 1628.

Esa Declaración fue aceptada por Guillermo de Orange¹¹ antes de que subiera al trono de Inglaterra, y se ha convertido en el fundamento de la Constitución de Gran Bretaña como se puede ver en la transcripción que hago seguidamente, remarcando lo que se vincula con la idea de proceso:

Considerando que los Lores espirituales y temporales y los Comunes, reunidos en Westminster, representando legal, plena y libremente a todos los estamentos del pueblo de este Reino, presentaron el 13 de febrero del año de NS [gracia] de 1688, a Sus Majestades, entonces conocidas con los nombres y títulos de Guillermo y María, príncipes de Orange, una declaración escrita redactada por los mencionados Lores y Comunes en los siguientes términos:

Considerando que el fallecido Jacobo II, con la ayuda de malos consejeros, jueces y ministros nombrados por él, se esforzó en subvertir y proscribir la religión protestante, y las leyes y libertades de este Reino:

- usurpando y ejerciendo el poder de dispensar de las leyes y aplazar su entrada en vigor y su cumplimiento, sin el consentimiento del Parlamento;
- encarcelando y procesando a varios prelados que, respetuosamente, le solicitaron que les excusara de prestar su consentimiento a la usurpación de este poder;
- ideando y patrocinando la creación, bajo la autoridad del Gran Sello, de un Tribunal denominado Tribunal de Delegados para las causas eclesiásticas;

¹¹ Guillermo III de Nassau (1650 - † 1702), príncipe de Orange, fue rey de Inglaterra y Escocia desde 1689 hasta 1702.

- cobrando, en beneficio de la Corona, ciertos tributos, bajo la excusa de una supuesta prerrogativa, para otros períodos y en forma distinta de la que habían sido votados por el Parlamento;
- reclutando y manteniendo, dentro de las fronteras del Reino y en tiempo de paz, un ejército permanente, sin consentimiento del Parlamento, y alistando en él a personas declaradas inhabilitadas;
- ordenando que muchos buenos ciudadanos protestantes fueran desarmados, mientras que los papistas eran armados y empleados con finalidades contrarias a la ley;
- violando la libertad de elegir a los miembros del Parlamento;
- acusando ante el Tribunal Real por delitos para cuyo conocimiento era únicamente competente el Parlamento, y celebrando otros procesos ilegales y arbitrarios;
- considerando que en los últimos años personas corrompidas, partidistas e inhabilitadas, han sido elegidas y han formado parte de jurados y que, especialmente, personas que no eran propietarios libres han intervenido como jurados en procesos por alta traición.

Que se han exigido fianzas excesivas a personas sujetas a procedimientos penales, para no conceder los beneficios contenidos en las leyes relativas a la libertad de las personas.

Que se han impuesto multas excesivas.

Que se han aplicado castigos ilegales y crueles.

Y que se han hecho concesiones y promesas del importe de las multas y confiscaciones, *antes de que se hubieran obtenido las pruebas necesarias o la condena de las personas a las que se iban a aplicar estas penas.*

Todo lo cual es total y directamente contrario a las leyes, ordenanzas y libertades de este Reino.

Considerando que habiendo abdicado el difunto Rey Jacobo II, y habiendo quedado por ello vacantes el gobierno y el trono, Su Alteza el Príncipe de Orange (a quien Dios Todopoderoso ha querido convertir en el glorioso instrumento que librara a este Reino del papismo y el poder arbitrario) ha hecho enviar, por consejo de los Lores espirituales y temporales y de varios miembros destacados de los Comunes, cartas a los Lores espirituales y temporales protestantes, y a los diferentes condados, ciudades, universidades, burgos y a los cinco puertos, para que eligieran a las personas que les representarían

en el Parlamento que se debía reunir en Westminster el 22 de enero de 1688 con el objeto de acordar lo necesario para que su religión, leyes y libertades no volvieran, en lo sucesivo, a correr el peligro de ser destruidas, y habiéndose celebrado elecciones de acuerdo con las cartas citadas.

En estas circunstancias, los mencionados Lores espirituales y temporales y los Comunes, hoy reunidos en virtud de sus cartas y elecciones, y constituyendo la plena y libre representación de esta nación, examinando los mejores medios para alcanzar los fines indicados declaran, en primer lugar, como han hecho en casos semejantes sus antepasados, para defender y asegurar sus antiguos derechos y libertades:

1) Que el pretendido poder de suspender las leyes y la aplicación de las mismas, en virtud de la autoridad real y sin el consentimiento del Parlamento, *es ilegal.*

2) Que el pretendido poder de dispensar de las leyes o de su aplicación en virtud de la autoridad real, en la forma en que ha sido usurpado y ejercido en el pasado, *es ilegal.*

3) Que la comisión para erigir el último Tribunal de causas eclesiásticas y las demás comisiones y tribunales de la misma naturaleza *son ilegales y perniciosos.*

4) Que toda cobranza de impuesto en beneficio de la Corona, o para su uso, so pretexto de la prerrogativa real, sin consentimiento del Parlamento, por un período de tiempo más largo o en forma distinta de la que ha sido autorizada, *es ilegal* [de allí nace la máxima inglesa *no taxation without representation*].

5) Que es un derecho de los súbditos *presentar peticiones* al Rey, siendo ilegal toda prisión o procesamiento de los peticionarios.

6) Que el reclutamiento o mantenimiento de un ejército dentro de las fronteras del Reino en tiempo de paz, sin la autorización del Parlamento, *son contrarios a la ley.*

7) Que todos los súbditos protestantes pueden poseer armas para su defensa, de acuerdo con sus circunstancias particulares y en la forma que autorizan las leyes.

8) Que las elecciones de los miembros del Parlamento deben ser libres.

9) Que las libertades de expresión, discusión y actuación en el Parlamento *no pueden ser juzgadas ni investigadas por otro Tribunal que el Parlamento.*

10) Que no se deben exigir fianzas exageradas, ni imponerse multas excesivas ni aplicarse castigos crueles ni desacostumbrados.

11) Que las listas de los jurados deben confeccionarse, y éstos ser elegidos, en buena y debida forma, y aquéllas deben notificarse, y que los jurados que decidan la suerte de las personas en procesos de alta traición deberán ser propietarios.

12) Que todas las condonaciones y promesas sobre multas y confiscaciones hechas a otras personas, antes de la sentencia, son ilegales y nulas.

13) Y que para remediar todas estas quejas, y para conseguir la modificación, aprobación y mantenimiento de las leyes, el Parlamento debe reunirse con frecuencia.

Reclaman, piden e insisten en todas y cada una de las peticiones hechas, como libertades indiscutibles, y solicitan que las declaraciones, juicios, actos o procedimientos, que han sido enumerados y realizados en perjuicio del pueblo, no puedan, en lo sucesivo, servir de precedente o ejemplo.

Hacen esta petición de sus derechos, particularmente animados por la declaración de S. A. R. el príncipe de Orange, que los considera el único medio de obtener completo conocimiento y garantía de los mismos respecto de la situación anteriormente existente.

Por todo ello tienen la completa confianza de que S. A. R. el príncipe de Orange terminará la liberación del Reino, ya tan avanzada gracias a él, y que impedirá, en lo sucesivo, la violación de los derechos y libertades antes enumerados, así como cualquier otro ataque contra la religión, derechos y libertades.

Los mencionados Lores espirituales y temporales y los Comunes, reunidos en Westminster, resuelven que Guillermo y María, príncipe y princesa de Orange, son y sean declarados, respectivamente, Rey y Reina de Inglaterra y Francia.

El procedimiento que deriva de esta promesa real se cumplió con exactitud y esmero por los sucesores de Juan sin Tierra.

Tanto, que el proceso concebido como método de debate entre dos iguales ante un tercero imparcial que asegura jurídicamente esa igualdad rige desde entonces hasta hoy en toda la Gran Bretaña y en la totalidad de los países que en algún momento integraron el Imperio Británico.

Y esto no es casualidad.

Por lo contrario, se debe a que durante el comienzo del siglo XVI –propio del señorío de la Inquisición española– reinó en Inglaterra Enrique VIII¹², que al romper con la Iglesia Católica¹³ no toleró la presencia de inquisidores dominicos en su Reino.

Tan simple cual tangencial razón explica el por qué Inglaterra nunca conoció el método inquisitivo de enjuiciamiento y el por qué del apego al método acusatorio a pesar de ser conocido el autoritarismo real.

Y esto vale hasta hoy: no hay impulso judicial, ni prueba oficiosa, ni intervención de los jueces en la formulación de preguntas a partes y testigos, ni búsqueda denodada de la verdad, etcétera, en todos los países del *common law*¹⁴.

Toda esta historia de Inglaterra sería de enorme trascendencia en:

2.1. LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Esta Constitución data del 17 de septiembre de 1787 y, en su texto original de apenas siete artículos, no hace referencia alguna al tema en cuestión pues, en esencia, se limita a organizar el ejercicio del poder.

Pero es bien sabido que dicha Constitución es de estructura *abierta*, lo que permite su eventual modificación por el simple método de agregar *enmiendas*.

¹² Greenwich, 1547 - (†) Westminster, 1547. Fue rey de Inglaterra y de Irlanda (1509-1547).

¹³ Gran defensor del papado, refutó largamente al credo luterano en el terreno doctrinal, lo que le valió el título de *Defensor de la fe*, hasta su divorcio de Catalina de Aragón, que generó definitiva ruptura con el Papa Clemente VII y el nacimiento de la *Iglesia de Inglaterra*, que lo tuvo como cabeza.

Al tiempo que esto ocurría –circa 1533– dicen algunos historiadores que desembarcaron en el Paso de Dover los inquisidores dominicos para investigar y castigar la herejía real.

Obviamente, fueron expulsados con tanta rapidez que no alcanzaron a salir del puerto de arribo cuando ya estaban regresando hacia Calais...

¹⁴ En los miles de historias y desarrollos de pleitos que desde siempre se han filmado en EE. UU., Inglaterra, Nueva Zelanda, Australia, etcétera, ¿se ha visto alguna vez a un juez –o a un jurado– preguntar algo a un testigo, involucrándose así en el litigio? Si ello ocurriera, todo derivaría hacia una segura nulidad de las actuaciones cumplidas por ese juzgador infiel con la imparcialidad que le debe a su cargo...

Precisamente, fue la *Quinta Enmienda*¹⁵ de fecha 15 de diciembre de 1791¹⁶ la que, al consagrar los derechos de todo ciudadano en las causas penales, establece en su parte pertinente:

no podrá someterse a una persona dos veces, por el mismo delito, al peligro de perder la vida o sufrir daños corporales; tampoco podrá obligársele a testificar contra sí mismo en una causa penal y no se le privará de la vida, de la libertad o de la propiedad *sin el debido procedimiento judicial*¹⁷.

Similar mandato constitucional figura nuevamente en el texto de la *Decimocuarta Enmienda*¹⁸, de fecha 9 de julio de 1868, ahora como restricción al poder de los Estados confederados:

...ningún Estado podrá tampoco privar a persona alguna de la vida, la libertad o la propiedad sin el *debido procedimiento judicial*.

Surge clara así la filiación antiautoritaria de la norma y la originalidad del constituyente americano al establecer la garantía de un *due process*

¹⁵ Su texto original dice así: "No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb, nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use without just compensation".

¹⁶ Atención: en fecha posterior a la de la Revolución francesa y a la de la emisión por la Asamblea francesa de la *Declaración de los derechos del hombre* del 27 de agosto de 1789. De ahí la importancia de tales acontecimientos en la redacción de la original garantía aquí glosada.

¹⁷ Insistiré en el tema en la nota 19, en el sentido de que esta garantía debe ser entendida como lo contrario a un *procedimiento de equidad*, al cual eran y son tan afectos los países del *common law*. De esta forma, nada se dejaba librado al sentir de algún arbitrador sino que se exigía desde el propio texto constitucional un procedimiento vigente en forma previa y al cual debían ajustarse estrictamente todos los sujetos procesales: juez y partes del litigio.

¹⁸ Su texto original dice así: "Amendment XIV. Section 1. All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws..."

*of law*¹⁹ (traducido al castellano como el *debido proceso legal*) que luego sería norma de rango constitucional en todos nuestros países.

2.2. LA REVOLUCIÓN FRANCESA (1789)

Este acontecimiento sin par produjo un importante quiebre histórico en la concepción del mundo civilizado por su carácter total y radical. A tal punto que cambió el *eje del ejercicio del poder*, por lo cual se considera que con esta Revolución finalizó la *Edad Moderna* para dar paso a la *Edad Contemporánea*.

Ya suficientemente enriquecida con largo tiempo de negocios ultramarinos, la burguesía parisina de fines del siglo XVIII pretendió equipararse a los dueños de la tierra, hasta entonces fuente única de poder. Para ello, intentó gozar de idéntico tratamiento impositivo que la nobleza. Al no conseguirlo, azuzó adecuadamente al pueblo de París y al campesinado francés, hartos ya del absolutismo de Luis XVI²⁰, y se logró la *Toma de la Bastilla*²¹ a partir de la cual comenzó a escribirse de nuevo la historia.

Pasó bastante tiempo para que los nuevos estamentos se acomodaran, lográndose finalmente la completa abolición del feudalismo.

Para fundar un nuevo régimen jurídico que diese a la burguesía dominante las garantías que reclamaba insistentemente, el 26 de agosto de 1791 la Asamblea —convertida entonces en máximo órgano de poder—

¹⁹ Creo que el sintagma no ha sido bien comprendido por desconocimiento de las modalidades procedimentales vigentes en ese entonces. A mi juicio, el prometido *process of law* se opone al *process of equity* que se practicaba desde antaño tanto en Inglaterra como en sus colonias por medio de arbitradores que fallan *en conciencia* (de la misma forma que lo hacen los integrantes de un jurado) y que, por tal razón, no se atienen a leyes vigentes con anterioridad al hecho del juzgamiento. De donde resulta la manifiesta importancia de la garantía: aseguró un procedimiento *regulado previamente* por el legislador que, así, evitaba sorpresas a los litigantes producidas por capricho del juzgador durante el curso del debate dialéctico.

²⁰ Versailles, 1754 - (†) París, 1793. Reinó desde 1754 hasta que fue guillotinado.

²¹ El 14 de julio de 1789 las masas parisinas se sublevaron y se apoderaron de la Bastilla, prisión que era el símbolo máximo del absolutismo real. Los insurrectos utilizaron para identificarse durante las escaramuzas una escarapela con tres colores —blanco, rojo y azul— que luego se convirtieron en *símbolo de libertad*. Tanto es así que casi todos los países americanos los utilizaron de una u otra manera para formar sus banderas patrias.

sancionó la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* del 22 de agosto de 1789²², que proclamó las ideas de libertad, igualdad y fraternidad, la inviolabilidad de la propiedad y la legitimidad de la resistencia a la opresión²³.

De ahí que es importante ver cómo influyó todo esto en:

²² Inspirada en la *Declaración de Independencia* estadounidense de 1776 y en el espíritu filosófico del siglo XVIII, marca el fin del antiguo régimen y el principio de una nueva era y es, junto con los decretos del 4 y del 11 de agosto de 1789 sobre la supresión de los derechos feudales, uno de los textos fundamentales votados por la Asamblea Nacional Constituyente formada tras la reunión de los Estados Generales durante la Revolución francesa. El principio de base de la Declaración fue adoptado antes del 14 de julio de 1789 y dio lugar a la elaboración de numerosos proyectos. Tras largos debates, los diputados votaron el texto final el día 26 de agosto. En la Declaración se definen los derechos naturales e imprescriptibles como los de la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. Asimismo, reconoce la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley y la justicia. Por último, afirma el principio de la separación de poderes. El rey Luis XVI la ratificó el 5 de octubre bajo la presión de la Asamblea y del pueblo que había acudido a Versalles. Sirvió de *Preámbulo* a la primera Constitución de la Revolución francesa, aprobada en 1791.

²³ Su texto dice: "...la Asamblea nacional reconoce y declara, en presencia del Ser Supremo y bajo sus auspicios, los siguientes derechos del hombre y del ciudadano: 1) Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común. 2) La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. 3) El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo, ningún individuo, pueden ejercer una autoridad que no emane expresamente de ella. 4) La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro: por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites sólo pueden ser determinados por la ley. 5) La ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la sociedad. Nada que no esté prohibido por la ley puede ser impedido, y nadie puede ser constreñido a hacer algo que ésta no ordene. 6) La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o por medio de sus representantes. Debe ser la misma para todos, ya sea que proteja o que sancione. Como todos los ciudadanos son iguales ante ella, todos son igualmente admisibles en toda dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos. 7) Ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, como no sea en los casos determinados por la ley y con arreglo a las formas que ésta ha prescrito. Quienes soliciten, cursen, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deberán ser castigados; pero todo ciudadano convocado o aprehendido en virtud de la ley debe obedecer de inmediato; es culpable si opone resistencia. 8) La ley sólo debe establecer penas estrictas y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con ante-

2.3. LAS IDEAS DE LIBERTAD EN AMÉRICA

Parece claro que, jurídicamente, la *Revolución francesa* y la *Declaración de los derechos del hombre* influyeron en forma directa en la legislación americana posterior gracias a la enorme trascendencia tangencial de las obras de Montesquieu²⁴, Voltaire²⁵, Rousseau²⁶ y Diderot²⁷ y su *Enciclopedia*²⁸, que se extendieron en forma vertiginosa por todo Occidente y fueron decisivas para la creación del movimiento libertario de América del Sur.

A tal punto ello es cierto que todas las Constituciones que se dictaron en nuestra región durante la primera mitad del siglo XIX fueron fiel

rioridad al delito, y aplicada legalmente. 9) Puesto que todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley. 10) Nadie debe ser incomodado por sus opiniones, inclusive religiosas, a condición de que su manifestación no perturbe el orden público establecido por la ley. 11) La libre comunicación de pensamientos y de opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; en consecuencia, todo ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, a trueque de responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley. 12) La garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita de una fuerza pública; por lo tanto, esta fuerza ha sido instituida en beneficio de todos, y no para el provecho particular de aquellos a quienes ha sido encomendada. 13) Para el mantenimiento de la fuerza pública y para los gastos de administración, resulta indispensable una contribución común; ésta debe repartirse equitativamente entre los ciudadanos, proporcionalmente a su capacidad. 14) Los ciudadanos tienen el derecho de comprobar, por sí mismos o a través de sus representantes, la necesidad de la contribución pública, de aceptarla libremente, de vigilar su empleo y de determinar su prorrata, su base, su recaudación y su duración. 15) La sociedad tiene derecho a pedir cuentas de su gestión a todo agente público. 16) Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución. 17) Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y a condición de una justa y previa indemnización".

²⁴ Carlos de Secondat, barón de Montesquieu (1689 - † 1755), autor de *Cartas persas* y de las *Consideraciones de las causas de la grandeza de los romanos y su decadencia*, brilla hasta ahora con *El espíritu de las leyes*.

²⁵ Francisco María Arouet (1694 - † 1778), poeta y dramaturgo francés, escribió el *Diccionario filosófico*, donde fundó la moral natural en la tolerancia y en la razón.

²⁶ Juan Jacobo Rousseau (1712 - † 1778) es autor del *Contrato social*.

²⁷ Denis Diderot (1713 - † 1784), filósofo francés.

²⁸ Esta magna obra dirigida por Diderot ha pasado a la historia como importante instrumento de lucha ideológica y expresión intelectual de los llamados *filósofos* del siglo XVIII en Francia.

reflejo de ese pensamiento y, en lo judicial, seguidoras de la idea referida al *debido proceso*, aunque casi ninguna se refiere a éste con esa denominación.

Veamos, como ejemplo de ese aserto, qué ocurrió con:

2.4. LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA

La sancionada en el año de 1853 es un ejemplo absoluto de texto constitucional liberal y no autoritario, pues es el reflejo del pensamiento triunfante en larga lucha contra implacable tiranía²⁹.

Su fuente inmediata fue el *Proyecto*³⁰ de Juan Bautista Alberdi, cuyos artículos 19 y 20 transcribo en nota a pie de página para que se vea que el texto final de la Constitución Nacional poco difirió de aquél, ya que lo copió en gran parte.

²⁹ Obviamente, me refiero a la del *Restaurador de las Leyes*, Brigadier General don Juan Manuel de Rosas.

³⁰ Este *Proyecto*, natural consecuencia de las *Bases* que escribiera el mismo autor, es el fiel reflejo de las ideas dominantes en la época, por lo que considero importante presentarlo a continuación toda vez que su contenido normativo no puede ser más liberal. Veamos: estableció en su artículo 19:

- "nadie puede ser condenado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso;
- "ninguno puede ser juzgado por comisiones especiales ni sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa;
- "nadie puede ser obligado a declarar en contra de sí mismo;
- "no es eficaz la orden de arresto que no emane de autoridad revestida del poder de arrestar y se apoye en una ley;
- "el derecho de defensa judicial es inviolable;
- "afianzado el resultado civil de un pleito no puede ser preso el que no es responsable de pena aflictiva;
- "el tormento y los castigos horribles quedan abolidos para siempre;
- "quedan prohibidos los azotes y las ejecuciones por medio del cuchillo, de la lanza y del fuego;
- "las cárceles húmedas, oscuras y mortíferas deben ser destruidas;
- "la infamia del condenado no pasa a su familia".

Y el artículo 20 estableció ejemplarmente:

- "las leyes reglan el uso de estas garantías de derecho público. Pero el Congreso no podrá dar ley que, con ocasión de reglamentar u organizar su ejercicio, las disminuya, restrinja o altere en su esencia".

Veamos ahora su artículo 18, que coincide con el texto correspondiente al cuerpo normativo sancionado en el año de 1994³¹:

Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. 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. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.

En la misma tónica se encuentran otras normas que, por imperativo constitucional, también son leyes vigentes en la Argentina.

A título de ejemplo cito:

a) la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (proclamada el 10 de diciembre de 1948 por la Resolución de la Asamblea General 217 A [III] de las Naciones Unidas), cuya normativa inserto en el *Anexo* de este Capítulo³².

b) la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* conocida como *Pacto de San José de Costa Rica* (del 22 de noviembre de 1969), cuya normativa inserto completa en el *Anexo* por su notable importancia en el tema que aquí se desarrolla³³.

Como se ve, tanto la Constitución como todas las leyes internacionales que se han aceptado como propias consagran un método de enjuiciamiento absoluto y definitivamente liberal y no autoritario como el

³¹ La Constitución fue promulgada mediante ley 24.430 en el Boletín Oficial del 10-1-95.

³² Ver en p. 161 de este capítulo el texto completo de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

³³ Ver en p. 166 de este capítulo el texto completo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

inquisitivo-nazi-fascista-soviético que tanto sigue deslumbrando al procesalismo civil de América Latina.

Veamos ahora qué ha pasado en:

2.5. LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

Creo imprescindible insistir en que cuando la Constitución de 1853 se insertó en el plexo normativo argentino toda la legislación procesal vigente era de *neto corte autoritario* a consecuencia de haber mantenido el país hasta entonces las leyes procedimentales de la Colonia que, obvio es decirlo, repetían acá las vigentes en España.

Parece claro que si ese régimen era inquisitivo —lo contrario al método de juzgamiento consagrado en la Constitución en orden a los precedentes que se tuvieron en cuenta al momento de redactarla— la nueva norma de rango superior debió producir la inmediata abrogación de toda ley procedimental que se le opusiera.

Esto no ocurrió y se ignora el por qué.

Pero lo cierto es que la ley incompatible siguió rigiendo y, peor aún, se hizo más autoritaria a medida que España —que carecía de texto constitucional como el de los vigentes en América— endurecía su sistema de enjuiciamiento, tal como le he explicado en páginas anteriores.

Ya he mencionado en este Capítulo lo que pasó en la Argentina durante el siglo XIX. Resta agregar a ello que la situación es absolutamente incomprensible en un sistema judicial con control de constitucionalidad difuso: cuesta creer que ningún juez argentino haya detectado jamás tan claro divorcio entre la Constitución (libertaria) y la ley procesal (autoritaria) y decidiera declararla inconstitucional...

Cuadra recordar ahora que durante el siglo XX —y, paradójicamente, en la reforma operada en este siglo XXI³⁴— no ha habido en el país cuerpo normativo alguno que adoptara plenamente el sistema dispositivo en el campo de lo civil aunque sí, excepcionalmente, algunas leyes aisladas en el campo penal, a las cuales me referiré luego.

Con todos estos antecedentes es bueno que veamos ahora:

³⁴ Se trata de la ley 25.488, publicada en el Boletín Oficial del 22-11-2001.

3. LA DESCRIPCIÓN DEL MÉTODO ACUSATORIO DE DEBATE

Es un método bilateral en el cual dos sujetos naturalmente desiguales discuten pacíficamente en igualdad jurídica asegurada por un tercero que actúa al efecto en carácter de autoridad, dirigiendo y regulando el debate para, llegado el caso, sentenciar la pretensión discutida.

Es valor entendido por la doctrina mayoritaria que un proceso se enrola en el sistema dispositivo cuando las partes son dueñas absolutas del impulso procesal (por tanto, ellas son quienes deciden cuándo activar o paralizar la marcha del proceso), y son las que fijan los términos exactos del litigio a resolver afirmando y reconociendo o negando los hechos presentados a juzgamiento, las que aportan el material necesario para confirmar las afirmaciones, las que pueden ponerle fin al pleito en la oportunidad y por los medios que deseen.

Tal cual se ve, priva en la especie una filosofía absolutamente liberal que tiene al propio *particular* como centro y destinatario del sistema. Como natural consecuencia de ello, el juez actuante en el litigio carece de todo poder impulsorio, debe aceptar como ciertos los hechos admitidos por las partes así como conformarse con los medios de confirmación que ellas aportan y debe resolver ajustándose estrictamente a lo que es materia de controversia en función de lo que fue afirmado y negado en las etapas respectivas³⁵.

Este antiguo sistema de procesamiento es el único que se adecua cabalmente a la idea lógica que ya se ha dado del *proceso* como fenómeno jurídico irrepetible que une a tres sujetos en una relación dinámica.

Pero no sólo al litigio puramente civil se aplicó este sistema en el pasado remoto: existen noticias que muestran a este fenómeno respecto de la materia penal en las antiguas repúblicas de Grecia y en la misma Roma, en la época de los comicios.

Y es que la primitiva concepción del juicio penal exigía que fuera iniciado por un *acusador* (ya que prevalecía el interés particular del ofendido y sus parientes), quien actuaba contra el reo ante la persona que oficiaba como juzgador.

³⁵ Por tanto: si las partes aceptan de consuno un hecho y, así, tal hecho está fuera del litigio, el juez debe aceptarlo aunque no le guste y le conste que no coincide con lo verdaderamente acaecido en el plano de la realidad social.

Tanto es así que lo que hoy podría llamarse *proceso penal común* fue *acusatorio* desde antes del siglo XII en numerosos países de Europa.

Para la mejor comprensión del tema en estudio, cabe recordar que el sistema *dispositivo* (en lo civil) o *acusatorio* (en lo penal) se presenta históricamente con los siguientes rasgos caracterizadores:

- el proceso sólo puede ser iniciado por el particular interesado. *Nunca por el juez*;
- el impulso procesal sólo es dado por las partes. *Nunca por el juez*.
- el juicio es *público* salvo casos excepcionales;
- existe paridad absoluta de derechos e igualdad de instancias entre actor (o acusador) y demandado (o reo);
- y el juez es un tercero que, como tal, es *imparcial* (no parte)³⁶, *imparcial* (no interesado personalmente en el resultado del litigio) e *independiente* (no recibe órdenes) de cada uno de los contradictores. Por tanto, el juez es persona *distinta* de la del acusador;
- no preocupa ni interesa al juez la búsqueda denodada y a todo trance de la *verdad real* sino que, mucho más modesta pero realísticamente, procura lograr el mantenimiento de la paz social fijando hechos para adecuar a ellos una norma jurídica, tutelando así el cumplimiento del mandato de la ley;
- nadie intenta lograr la *confesión* del demandado o imputado, pues su declaración es un *medio de defensa y no de prueba*, por lo que se prohíbe su provocación (absolución de posiciones);
- correlativamente exige que cuando la parte desea declarar espontáneamente lo haga sin mentir. Por tanto, castiga la falacia³⁷;
- se prohíbe la tortura;
- el imputado sabe siempre de qué se lo acusa;
- y quién lo acusa;

³⁶ Por tanto, lógicamente no debe ni puede hacer las tareas propias y exclusivas de las partes: afirmar, confirmar, alegar, impugnar, etc.

³⁷ No como ocurre en los países de América, en los que la declaración ante el juez muestra una suerte de divertido deporte de las partes procesales, en absurda posición de descarada mentira. Claro está, esto se hace por indebida interpretación de la garantía constitucional que establece que nadie está obligado a declarar en contra de sí mismo... Ya se verá mejor el problema al tratarlo específicamente en el Capítulo 22.

- y quiénes son los testigos de cargo,
- etcétera.

A mi juicio, todo ello muestra en su máximo grado la garantía de la plena libertad civil para el demandado (o reo). Pronto volveré sobre el tema.

4. LA APLICACIÓN DEL MÉTODO ACUSATORIO EN LA ARGENTINA

Poco —en rigor, casi ningún— auge ha tenido este método de enjuiciamiento en el país³⁸.

Veamos:

4.1. EN LO PENAL

Desde siempre todo juzgamiento se hizo con irrestricto apego al sistema inquisitivo, en todas las provincias y respecto de todos los delitos y faltas³⁹.

En fecha relativamente reciente se instrumentó el método acusatorio en algunas Provincias, cual las de Buenos Aires (por ley 11.922, B. O. del 23-1-97) y Córdoba (por ley 8123, B. O. del 16-1-92), donde por muchas razones⁴⁰ peligra su vigencia.

4.2. EN LO CIVIL

En este campo no hay ley argentina que consagre el sistema dispositivo puro.

Dicen los autores que, aquí, el método que se aplica es *predominantemente dispositivo* con algunos leves retoques del *sistema inquisitivo*. Y a esto lo llaman *sistema mixto*, al que me referiré en el Capítulo siguiente.

³⁸ Claro está, no funciona con nuestra vocación autoritaria...

³⁹ Particularmente, me refiero a los delitos que se sancionan con pena privativa de la libertad menor a un cierto número de años (dos o tres, según el lugar) y que competen a la *justicia correccional* y, por supuesto, a las *faltas*, de competencia de la *justicia de faltas*. En ambas, ¡es el mismo juez quien desencadena el proceso, imputa, investiga, prueba y juzga!

⁴⁰ Entre otras, por la ineficacia que muestran en su aplicación los jueces del antiguo sistema inquisitivo, hoy encargados de instrumentarlo sin previa y adecuada formación.

Pero antes creo menester efectuar una comparación paralela entre los sistemas extremos.

A este fin presento el recurso docente de insertar el siguiente cuadro comparativo:

Sistema acusatorio (o dispositivo)	Sistema inquisitivo
1) el proceso se inicia sólo por <i>acción</i> del interesado	el proceso se inicia por <i>acción</i> (acusación), por <i>denuncia</i> o de <i>oficio</i>
2) el impulso procesal lo efectúan los <i>interesados</i> , no el juez	el impulso procesal es <i>efectuado por el juez</i>
3) el acusado (o demandado) <i>sabe</i> desde el comienzo quién lo acusa (o demanda) y por qué	el acusado (o demandado) <i>no sabe</i> desde el comienzo quién lo acusa (o demanda) ni por qué
4) el acusado <i>sabe</i> quién es el juez	el acusado puede <i>no saber</i> quién es el juez
5) el proceso es <i>público</i> , lo que elimina automáticamente la posibilidad de tormento	el proceso es <i>secreto</i> , lo que posibilita el tormento.

Como se ve, la figura central del sistema inquisitivo es el propio Estado (el juez), lo que revela por sí solo su carácter *totalitario*.

En cambio, el eje central del sistema *dispositivo* es el *hombre* actuando en calidad de litigante.

¿Hace falta que insista en la afirmación que he hecho *supra* acerca del irreconciliable divorcio que existe entre la Constitución y la ley?

Tanto es así que, para terminar, debo recordar que *todos* los Gobiernos autoritarios que hubo en la Argentina desde el año de 1930 hasta el de 1983⁴¹ *derogaron la Constitución Nacional o la subordinaron a reglamentos y estatutos revolucionarios*.

Paradójicamente, en cambio, *todos ellos mantuvieron vigentes las leyes procedimentales que toleraban sus actuaciones autoritarias*.

⁴¹ Me refiero a los encabezados por el General Uriburu (1930), por el General Ramírez (1943), por el General Farrell (1944), por el General Aramburu (1955), por el Dr. Guido (tras de quien se escondían varios Generales) (1962), por el General Onganía (1966) y por el General Videla (1976).

¿No se piensa, acaso, que el *secreto del sumario*, la *declaración indagatoria*, la *recurrente actuación oficiosa*, etcétera, concurrieron en alguna medida al genocidio de miles de argentinos..?

¿Hubiera sido todo ello posible en un régimen procesal apegado al texto de la Constitución?

Ruego al lector dar honesta respuesta intelectual y moral a estos interrogantes.

Y si se me contesta –tan sólo– que *pudo ser posible* que el método perverso coadyuvara a tan atroz resultado, me dará por satisfecho con la demorada exposición hasta aquí realizada y me convenceré aún más de que debe legislarse para la *generalidad de los posibles juzgadores* y no sólo para los *buenos que hoy se cuentan por montones...*

5. ANEXO

5.1. LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

Preámbulo: Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana; *Considerando* que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad; y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias; *Considerando* esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión; *Considerando* también esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones; *Considerando* que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad; *Considerando* que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de

las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre; y *Considerando* que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso; *La Asamblea General*: Proclama la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.

Artículo 1º – Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Art. 2º – 1) Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. 2) Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Art. 3º – Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Art. 4º – Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.

Art. 5º – Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Art. 6º – Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Art. 7º – Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección

contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Art. 8º – Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

Art. 9º – Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

Art. 10 – Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Art. 11 – 1) *Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.* 2) *Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.*

Art. 12 – Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Art. 13 – 1) Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2) Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.

Art. 14 – 1) En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo; y a disfrutar de él, en cualquier país. 2) Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

Art. 15 – 1) Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2) A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad.

Art. 16 – 1) Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad

o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2) Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. 3) La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Art. 17 – 1) Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. 2) Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.

Art. 18 – Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

Art. 19 – Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

Art. 20 – 1) Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas. 2) Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.

Art. 21 – 1) Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país directamente o por medio de representantes libremente escogidos. 2) Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país. 3) La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.

Art. 22 – Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Art. 23 – 1) Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. 2) Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. 3) Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. 4) Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

Art. 24 – Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.

Art. 25 – 1) Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2) La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

Art. 26 – 1) Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos. 2) La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz. 3) Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

Art. 27 – 1) Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. 2) Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

Art. 28 – Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.

Art. 29 – 1) Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad. 2) En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática. 3) Estos derechos y libertades no podrán, en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

Art. 30 – Nada en la Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.

5.2. LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Preámbulo: Los Estados Americanos signatarios de la presente Convención, *Reafirmando* su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre; *Reconociendo* que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho

interno de los Estados americanos; *Considerando* que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional; *Reiterando* que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos, y *Considerando* que la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó la incorporación a la propia Carta de la Organización de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales y resolvió que una convención interamericana sobre derechos humanos determinara la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia, Han convenido en lo siguiente:

PARTE I

DEBERES DE LOS ESTADOS Y DERECHOS PROTEGIDOS

CAPÍTULO I

ENUMERACIÓN DE DEBERES

Artículo 1º – *Obligación de Respetar los Derechos*. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Art. 2º – *Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno*. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las

medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

CAPÍTULO II

DERECHOS CIVILES Y POLITICOS

Art. 3º – *Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica.* Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Art. 4º – *Derecho a la Vida.* 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. 2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente. 3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido. 4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos. 5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieran menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez. 6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

Art. 5º – *Derecho a la Integridad Personal.* 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente. 4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas. 5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados,

con la mayor celeridad posible, para su tratamiento. 6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

Art. 6º – *Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre.* 1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas. 2. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzados, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso. 3. No constituyen trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo: a) los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona recluida en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente. Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado; b) el servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél; c) el servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la existencia o el bienestar de la comunidad, y d) el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

Art. 7º – *Derecho a la Libertad Personal.* 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella. 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser

puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona. 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

Art. 8º – *Garantías Judiciales*. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado

a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Art. 9º – *Principio de Legalidad y de Retroactividad*. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Art. 10 – *Derecho a Indemnización*. Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.

Art. 11 – *Protección de la Honra y de la Dignidad*. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Art. 12 – *Libertad de Conciencia y de Religión*. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado. 2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias. 3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás. 4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen

derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Art. 13 – *Libertad de Pensamiento y de Expresión*. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Art. 14 – *Derecho de Rectificación o Respuesta*. 1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agravantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley. 2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido. 3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá

una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

Art. 15 – *Derecho de Reunión*. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.

Art. 16 – *Libertad de Asociación*. 1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole. 2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. 3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

Art. 17 – *Protección a la Familia*. 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

Art. 18 – *Derecho al Nombre*. Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario.

Art. 19 – *Derechos del Niño*. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Art. 20 – *Derecho a la Nacionalidad*. 1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra. 3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

Art. 21 – *Derecho a la Propiedad Privada*. 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

Art. 22 – *Derecho de Circulación y de Residencia*. 1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales. 2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio. 3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás. 4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público. 5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo. 6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumpli-

miento de una decisión adoptada conforme a la ley. 7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales. 8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas. 9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.

Art. 23 – *Derechos Políticos*. 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

Art. 24 – *Igualdad ante la Ley*. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Art. 25 – *Protección Judicial*. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

CAPITULO III

DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Art. 26 – *Desarrollo Progresivo*. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

CAPITULO IV

SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS, INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN

Art. 27 – *Suspensión de Garantías*. 1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. 2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 1 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. 3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

Art. 28 – *Cláusula Federal*. 1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial. 2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención. 3. Cuando dos o más Estados Partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención.

Art. 29 – *Normas de Interpretación*. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Art. 30 – *Alcance de las Restricciones*. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

Art. 31 – *Reconocimiento de Otros Derechos*. Podrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y liber-

tades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77.

CAPÍTULO V

DEBERES DE LAS PERSONAS

Art. 32 – *Correlación entre Deberes y Derechos.* 1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. 2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

PARTE II

MEDIOS DE LA PROTECCIÓN

CAPÍTULO VI

DE LOS ÓRGANOS COMPETENTES

Art. 33 – Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención: a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión, y b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte.

CAPÍTULO VII

LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Sección 1

Organización

Art. 34 – La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se compondrá de siete miembros, que deberán ser personas de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos.

Art. 35 – La Comisión representa a todos los Miembros que integran la Organización de los Estados Americanos.

Art. 36 – 1. Los Miembros de la Comisión serán elegidos a título personal por la Asamblea General de la Organización de una lista de candidatos propuestos por los gobiernos de los Estados miembros. 2. Cada uno de dichos gobiernos puede proponer hasta tres candidatos, nacionales del Estado que los proponga o de cualquier otro Estado miembro

de la Organización de los Estados Americanos. Cuando se proponga una terna, por lo menos uno de los candidatos deberá ser nacional de un Estado distinto del proponente.

Art. 37 – 1. Los miembros de la Comisión serán elegidos por cuatro años y sólo podrán ser reelegidos una vez, pero el mandato de tres de los miembros designados en la primera elección expirará al cabo de dos años. Inmediatamente después de dicha elección se determinarán por sorteo en la Asamblea General los nombres de estos tres miembros. 2. No puede formar parte de la Comisión más de un nacional de un mismo Estado.

Art. 38 – Las vacantes que ocurrieren en la Comisión, que no se deban a expiración normal del mandato, se llenarán por el Consejo Permanente de la Organización de acuerdo con lo que disponga el Estatuto de la Comisión.

Art. 39 – La Comisión preparará su Estatuto, lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, y dictará su propio Reglamento.

Art. 40 – Los servicios de Secretaría de la Comisión deben ser desempeñados por la unidad funcional especializada que forma parte de la Secretaría General de la Organización y debe disponer de los recursos necesarios para cumplir las tareas que le sean encomendadas por la Comisión.

Sección 2

Funciones

Art. 41 – La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones: a) estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América; b) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos; c) preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones; d) solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le propor-

cionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos; e) atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten; f) actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de esta Convención, y g) rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

Art. 42 – Los Estados Partes deben remitir a la Comisión copia de los informes y estudios que en sus respectivos campos someten anualmente a las Comisiones Ejecutivas del Consejo Interamericano Económico y Social y del Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a fin de que aquélla vele porque se promuevan los derechos derivados de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

Art. 43 – Los Estados Partes se obligan a proporcionar a la Comisión las informaciones que ésta les solicite sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de esta Convención.

Sección 3

Competencia

Art. 44 – Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.

Art. 45 – 1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en esta Convención. 2. Las comunicaciones hechas en virtud del presente artículo sólo se pueden

admitir y examinar si son presentadas por un Estado parte que haya hecho una declaración por la cual reconozca la referida competencia de la Comisión. La Comisión no admitirá ninguna comunicación contra un Estado parte que no haya hecho tal declaración. 3. Las declaraciones sobre reconocimiento de competencia pueden hacerse para que ésta rija por tiempo indefinido, por un período determinado o para casos específicos. 4. Las declaraciones se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que transmitirá copia de las mismas a los Estados miembros de dicha Organización.

Art. 46 – 1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá: a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos; b) que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva; c) que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, y d) que en el caso del artículo 44 la petición contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición. 2. Las disposiciones de los incisos 1.a y 1.b del presente artículo no se aplicarán cuando: a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados; b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

Art. 47 – La Comisión declarará inadmisibles toda petición o comunicación presentada de acuerdo con los artículos 44 ó 45 cuando: a) falte alguno de los requisitos indicados en el artículo 46; b) no exponga hechos que caractericen una violación de los derechos garantizados por esta Convención; c) resulte de la exposición del propio peticionario o del Estado manifiestamente infundada la petición o comunicación o sea evidente su total improcedencia, y d) sea sustancialmente la reproducción de petición o comunicación anterior ya examinada por la Comisión u otro organismo internacional.

Sección 4

Procedimiento

Art. 48 – 1. La Comisión, al recibir una petición o comunicación en la que se alegue la violación de cualquiera de los derechos que consagra esta Convención, procederá en los siguientes términos:

a) si reconoce la admisibilidad de la petición o comunicación solicitará informaciones al Gobierno del Estado al cual pertenezca la autoridad señalada como responsable de la violación alegada, transcribiendo las partes pertinentes de la petición o comunicación. Dichas informaciones deben ser enviadas dentro de un plazo razonable, fijado por la Comisión al considerar las circunstancias de cada caso; b) recibidas las informaciones o transcurrido el plazo fijado sin que sean recibidas, verificará si existen o subsisten los motivos de la petición o comunicación. De no existir o subsistir, mandará archivar el expediente; c) podrá también declarar la inadmisibilidad o la improcedencia de la petición o comunicación, sobre la base de una información o prueba sobrevenientes; d) si el expediente no se ha archivado y con el fin de comprobar los hechos, la Comisión realizará, con conocimiento de las partes, un examen del asunto planteado en la petición o comunicación. Si fuere necesario y conveniente, la Comisión realizará una investigación para cuyo eficaz cumplimiento solicitará, y los Estados interesados le proporcionarán, todas las facilidades necesarias; e) podrá pedir a los Estados interesados cualquier información pertinente y recibirá, si así se le solicita, las exposiciones verbales o escritas que presenten los interesados; f) se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Convención. 2. Sin embargo, en casos graves y urgentes, puede realizarse una investigación previo consentimiento del Estado en cuyo territorio se alegue haberse cometido la violación, tan sólo con la presentación de una petición o comunicación que reúna todos los requisitos formales de admisibilidad.

Art. 49 – Si se ha llegado a una solución amistosa con arreglo a las disposiciones del inciso 1.f del artículo 48 la Comisión redactará un informe que será transmitido al peticionario y a los Estados Partes en

esta Convención y comunicado después, para su publicación, al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos. Este informe contendrá una breve exposición de los hechos y de la solución lograda. Si cualquiera de las partes en el caso lo solicitan, se les suministrará la más amplia información posible.

Art. 50 – 1. De no llegarse a una solución, y dentro del plazo que fije el Estatuto de la Comisión, ésta redactará un informe en el que expondrá los hechos y sus conclusiones. Si el informe no representa, en todo o en parte, la opinión unánime de los miembros de la Comisión, cualquiera de ellos podrá agregar a dicho informe su opinión por separado. También se agregarán al informe las exposiciones verbales o escritas que hayan hecho los interesados en virtud del inciso 1.e del artículo 48. 2. El informe será transmitido a los Estados interesados, quienes no estarán facultados para publicarlo. 3. Al transmitir el informe, la Comisión puede formular las proposiciones y recomendaciones que juzgue adecuadas.

Art. 51 – 1. Si en el plazo de tres meses, a partir de la remisión a los Estados interesados del informe de la Comisión, el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte por la Comisión o por el Estado interesado, aceptando su competencia, la Comisión podrá emitir, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración. 2. La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada. 3. Transcurrido el período fijado, la Comisión decidirá, por la mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe.

CAPÍTULO VIII

LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Sección 1

Organización

Art. 52 – 1. La Corte se compondrá de siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la Organización, elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas

para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos. 2. No debe haber dos jueces de la misma nacionalidad.

Art. 53 – 1. Los jueces de la Corte serán elegidos, en votación secreta y por mayoría absoluta de votos de los Estados Partes en la Convención, en la Asamblea General de la Organización, de una lista de candidatos propuestos por esos mismos Estados. 2. Cada uno de los Estados Partes puede proponer hasta tres candidatos, nacionales del Estado que los propone o de cualquier otro Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos. Cuando se proponga una terna, por lo menos uno de los candidatos deberá ser nacional de un Estado distinto del proponente.

Art. 54 – 1. Los jueces de la Corte serán elegidos para un período de seis años y sólo podrán ser reelegidos una vez. El mandato de tres de los jueces designados en la primera elección, expirará al cabo de tres años. Inmediatamente después de dicha elección, se determinarán por sorteo en la Asamblea General los nombres de estos tres jueces. 2. El juez elegido para reemplazar a otro cuyo mandato no ha expirado, completará el período de éste. 3. Los jueces permanecerán en funciones hasta el término de su mandato. Sin embargo, seguirán conociendo de los casos a que ya se hubieran abocado y que se encuentren en estado de sentencia, a cuyos efectos no serán sustituidos por los nuevos jueces elegidos.

Art. 55 – 1. El juez que sea nacional de alguno de los Estados Partes en el caso sometido a la Corte, conservará su derecho a conocer del mismo. 2. Si uno de los jueces llamados a conocer del caso fuere de la nacionalidad de uno de los Estados Partes, otro Estado Parte en el caso podrá designar a una persona de su elección para que integre la Corte en calidad de juez ad hoc. 3. Si entre los jueces llamados a conocer del caso ninguno fuere de la nacionalidad de los Estados Partes, cada uno de éstos podrá designar un juez ad hoc. 4. El juez ad hoc debe reunir las calidades señaladas en el artículo 52. 5. Si varios Estados Partes en la Convención tuvieran un mismo interés en el caso, se considerarán como una sola parte para los fines de las disposiciones precedentes. En caso de duda, la Corte decidirá.

Art. 56 – El quórum para las deliberaciones de la Corte es de cinco jueces.

Art. 57 – La Comisión comparecerá en todos los casos ante la Corte.

Art. 58 – 1. La Corte tendrá su sede en el lugar que determinen, en la Asamblea General de la Organización, los Estados Partes en la Convención, pero podrá celebrar reuniones en el territorio de cualquier Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos en que lo considere conveniente por mayoría de sus miembros y previa aquiescencia del Estado respectivo. Los Estados Partes en la Convención pueden, en la Asamblea General por dos tercios de sus votos, cambiar la sede de la Corte. 2. La Corte designará a su Secretario. 3. El Secretario residirá en la sede de la Corte y deberá asistir a las reuniones que ella celebre fuera de la misma.

Art. 59 – La Secretaría de la Corte será establecida por ésta y funcionará bajo la dirección del Secretario de la Corte, de acuerdo con las normas administrativas de la Secretaría General de la Organización en todo lo que no sea incompatible con la independencia de la Corte. Sus funcionarios serán nombrados por el Secretario General de la Organización, en consulta con el Secretario de la Corte.

Art. 60 – La Corte preparará su Estatuto y lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, y dictará su Reglamento.

Sección 2

Competencia y funciones

Art. 61 – 1. Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte. 2. Para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50.

Art. 62 – 1. Todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención. 2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados miem-

bros de la Organización y al Secretario de la Corte. 3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

Art. 63 – 1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. 2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

Art. 64 – 1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

Art. 65 – La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos.

Sección 3

Procedimiento

Art. 66 – 1. El fallo de la Corte será motivado. 2. Si el fallo no expresare

en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, cualquiera de éstos tendrá derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente o individual.

Art. 67 – El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo.

Art. 68 – 1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. 2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

Art. 69 – El fallo de la Corte será notificado a las partes en el caso y transmitido a los Estados Partes en la Convención.

CAPÍTULO IX

DISPOSICIONES COMUNES

Art. 70 – 1. Los jueces de la Corte y los miembros de la Comisión gozan, desde el momento de su elección y mientras dure su mandato, de las inmunidades reconocidas a los agentes diplomáticos por el Derecho Internacional. Durante el ejercicio de sus cargos gozan, además, de los privilegios diplomáticos necesarios para el desempeño de sus funciones. 2. No podrá exigirse responsabilidad en ningún tiempo a los jueces de la Corte ni a los miembros de la Comisión por votos y opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones.

Art. 71 – Son incompatibles los cargos de juez de la Corte o miembros de la Comisión con otras actividades que pudieren afectar su independencia o imparcialidad conforme a lo que se determine en los respectivos Estatutos.

Art. 72 – Los jueces de la Corte y los miembros de la Comisión percibirán emolumentos y gastos de viaje en la forma y condiciones que determinen sus Estatutos, teniendo en cuenta la importancia e independencia de sus funciones. Tales emolumentos y gastos de viaje serán fijados en el programa-presupuesto de la Organización de los Estados

Americanos, el que debe incluir, además, los gastos de la Corte y de su Secretaría. A estos efectos, la Corte elaborará su propio proyecto de presupuesto y lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, por conducto de la Secretaría General. Esta última no podrá introducirle modificaciones.

Art. 73 – Solamente a solicitud de la Comisión o de la Corte, según el caso, corresponde a la Asamblea General de la Organización resolver sobre las sanciones aplicables a los miembros de la Comisión o jueces de la Corte que hubiesen incurrido en las causales previstas en los respectivos Estatutos. Para dictar una resolución se requerirá una mayoría de los dos tercios de los votos de los Estados miembros de la Organización en el caso de los miembros de la Comisión y, además, de los dos tercios de los votos de los Estados Partes en la Convención, si se tratare de jueces de la Corte.

PARTE III

DISPOSICIONES GENERALES Y TRANSITORIAS

CAPÍTULO X

FIRMA, RATIFICACIÓN, RESERVA, ENMIENDA, PROTOCOLO Y DENUNCIA

Art. 74 – 1. Esta Convención queda abierta a la firma y a la ratificación o adhesión de todo Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos. 2. La ratificación de esta Convención o la adhesión a la misma se efectuará mediante el depósito de un instrumento de ratificación o de adhesión en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Tan pronto como once Estados hayan depositado sus respectivos instrumentos de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor. Respecto a todo otro Estado que la ratifique o adhiera a ella ulteriormente, la Convención entrará en vigor en la fecha del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión. 3. El Secretario General informará a todos los Estados miembros de la Organización de la entrada en vigor de la Convención.

Art. 75 – Esta Convención sólo puede ser objeto de reservas conforme a las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969.

Art. 76 – 1. Cualquier Estado Parte directamente y la Comisión o la Corte por conducto del Secretario General, pueden someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, una propuesta de enmienda a esta Convención. 2. Las enmiendas entrarán en vigor para los Estados ratificantes de las mismas en la fecha en que se haya depositado el respectivo instrumento de ratificación que corresponda al número de los dos tercios de los Estados Partes en esta Convención. En cuanto al resto de los Estados Partes, entrarán

Art. 77 – 1. De acuerdo con la facultad establecida en el artículo 31, cualquier Estado Parte y la Comisión podrán someter a la consideración de los Estados Partes reunidos con ocasión de la Asamblea General, proyectos de protocolos adicionales a esta Convención, con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades. 2. Cada protocolo debe fijar las modalidades de su entrada en vigor, y se aplicará sólo entre los Estados Partes en el mismo.

Art. 78 – 1. Los Estados Partes podrán denunciar esta Convención después de la expiración de un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de la misma y mediante un preaviso de un año, notificando al Secretario General de la Organización, quien debe informar a las otras partes. 2. Dicha denuncia no tendrá por efecto desligar al Estado Parte interesado de las obligaciones contenidas en esta Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto.

CAPÍTULO XI

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Sección I

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Art. 79 – Al entrar en vigor esta Convención, el Secretario General pedirá por escrito a cada Estado Miembro de la Organización que presente, dentro de un plazo de noventa días, sus candidatos para miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El Secretario General preparará una lista por orden alfabético de los candidatos

presentados y la comunicará a los Estados Miembros de la Organización al menos treinta días antes de la próxima Asamblea General.

Art. 80 – La elección de miembros de la Comisión se hará de entre los candidatos que figuren en la lista a que se refiere el artículo 79, por votación secreta de la Asamblea General y se declararán elegidos los candidatos que obtengan mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados Miembros. Si para elegir a todos los miembros de la Comisión resultare necesario efectuar varias votaciones, se eliminará sucesivamente, en la forma que determine la Asamblea General, a los candidatos que reciban menor número de votos.

Sección 2

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Art. 81 – Al entrar en vigor esta Convención, el Secretario General pedirá por escrito a cada Estado Parte que presente, dentro de un plazo de noventa días, sus candidatos para jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Secretario General preparará una lista por orden alfabético de los candidatos presentados y la comunicará a los Estados Partes por lo menos treinta días antes de la próxima Asamblea General.

Art. 82 – La elección de jueces de la Corte se hará de entre los candidatos que figuren en la lista a que se refiere el artículo 81, por votación secreta de los Estados Partes en la Asamblea General y se declararán elegidos los candidatos que obtengan mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados Partes. Si para elegir a todos los jueces de la Corte resultare necesario efectuar varias votaciones, se eliminarán sucesivamente, en la forma que determinen los Estados Partes, a los candidatos que reciban menor número de votos.

En fe de lo cual, los Plenipotenciarios infrascritos, cuyos plenos poderes fueron hallados de buena y debida forma, firman esta Convención, que se llamará “Pacto de San José de Costa Rica”, en la ciudad de San José, Costa Rica, el veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve.

CAPÍTULO 6

EL SISTEMA MIXTO

SUMARIO:

1. El sistema mixto
2. Conclusiones

1. EL SISTEMA MIXTO¹

Comparando los sistemas descritos en los Capítulos anteriores, puede colegirse con facilidad que los sistemas dispositivo e inquisitivo son franca y absolutamente antagónicos y que, por razones obvias, no puede hablarse seriamente de una suerte de *convivencia* entre ellos, aunque resulte aceptable que puedan alternarse en el tiempo conforme a distintas filosofías políticas imperantes en un lugar dado.

Así es como *disposición* e *inquisición* aparecen siempre en la historia judicial, a la manera de poderosos partidos políticos, como bandos contrapuestos que ganan más o menos adeptos según las circunstancias, que gobiernan alternadamente, que se soportan de manera recíproca, que simulan no pocas veces que hasta pueden llegar a convivir pacíficamente.

Tanto es así, que al escuchar el comentario de los autores acerca de cualquier código, es habitual que indiquen que es *predominantemente dispositivo con algunas pautas inquisitivas* o, por lo contrario, que es *fundamentalmente inquisitivo, con algunos rasgos dispositivos*.

¹ Parte de este Capítulo fue publicado integrando el texto del libro *El debido proceso de la garantía constitucional*, Zeus, Rosario, 2003.

Si se me dispensa el seguir con la metáfora política, es sencillo afirmar que, tal como acontece en esa área, se considera habitualmente –por autores y legisladores– que *disposición e inquisición* son posiciones *extremas* que, como tales, resultan negativas y disvaliosas.

De allí que, desde antaño, abunden los *centristas*, embarcados en la tarea de lograr un adecuado equilibrio entre las posiciones antagónicas. No resulta difícil advertir que la tenacidad de estos predicadores ha fecundado prolíficamente en el pensamiento de los más eximios procesalistas americanos²: a fuerza de una empeñada reiteración, esa idea de *equilibrio*, de *saludable medio* entre los dos extremos, se ha convertido en una especie de *dogma* que hoy adoptan casi todos los ordenamientos del continente.

Para constatarlo, basta con leer la *Exposición de Motivos* de la mayoría de los códigos procesales: como máxima virtud, se señala habitualmente que el respectivo cuerpo legal: “a la par que mantiene valiosas pautas dispositivas, no deja de recoger los no menos valiosos aportes del sistema inquisitivo...”

Con ello nace lo que se conoce como *sistema mixto*, que ostenta caracteres propios de cada uno de los ya mencionados.

Por supuesto –y surge sólo de la simple lectura de los anteriores párrafos– no son exactas las afirmaciones de la doctrina, pues *disposición e inquisición* son posiciones que generan sistemas de procesamiento *incompatibles* en su esencia.

Por eso es que *no resulta factible concebir racionalmente el sistema mixto*. No ocurre otro tanto con las *reglas técnicas* (ver Capítulo 12) que indican cómo procesar, que pueden llegar a combinarse en el tiempo. Y hago la advertencia, pues lo que vengo explicando hasta ahora no es una simple regla para instrumentar el método de debate; más que ello, es la representación en el proceso de filosofías políticas antagónicas que no pueden coexistir sino a riesgo de una simple y deplorable *incoherencia sistémica*.

Para persuadir sobre la exactitud de esta afirmación –que algunos autores pueden considerar extravagante– recurro a un ejemplo cualquiera:

² Si bien se mira la cuestión, se presenta en la especie una suerte de *síndrome de Estocolmo*.

piénsese en un cuerpo legal que contenga normas claramente dispositivas en materia de confirmación de afirmaciones.

Supóngase que, al mismo tiempo, tal normativa consagre una sola norma que, bajo el inocente título de *medidas para mejor proveer o resolver* otorgue al juez amplísimas facultades para ordenar de oficio cualquiera diligencia conducente a la investigación de la *verdad real* acerca de los hechos litigiosos, con prescindencia de su aceptación por las partes.

En este caso, no dudo de que abundarían los más elogiosos comentarios: se hablaría del adecuado equilibrio de la norma pues, al estatuir conforme a las pautas tradicionales en materia de confirmación, recoge las ideas más avanzadas, que concuerdan en entregarle al juez una mayor cantidad de poderes en orden al mejor y más auténtico conocimiento de los hechos..., etcétera.

Afirmo que tal comentario es incoherente.

Baste una sencilla reflexión para justificar este aserto: la norma que le confiere al juez la facultad de acreditar por sí mismo un hecho litigioso, ¿no tiene la virtualidad de tirar por la borda toda la regulación dispositiva referente a *cargas*, *plazos*, *negligencia*, *caducidad*, etcétera, en materia de confirmación?³

El problema no es novedoso: en la década de los '40, dos ilustres tratadistas italianos –Allorio y Satta– sostuvieron ardorosos coloquios respecto de él.

Si quiere extractarse en una sola frase el fondo político de la polémica, hay que imaginar que cualquier hombre común ha de interpretar las posiciones antagónicas a base de este pensamiento: mientras uno de los autores nombrados piensa que

los tribunales están instituidos para que Pedro pueda obtener la condena de Juan al pago de lo que le debe,

³ Advuértase que si en un vaso de agua pura y cristalina se echa una sola gota de tinta azul, todo el contenido se tiñe de ese color. Y nunca será más lo que era hasta momentos antes. Igual cosa ocurre en el proceso: puede afirmar el legislador que norma a base de un sistema puramente acusatorio. Pero si en el respectivo contexto inserta una sola norma que tolere la prueba oficiosa del juzgador, tiñó todo el cuerpo legal del más puro inquisitismo...

el otro cree que

Pedro debe accionar ante los jueces del Estado para que éste pueda alcanzar su fin de condenar a Juan al pago de lo que debe.

Sobre esta idea se ha advertido con agudeza que

los litigios no son tales o no interesan al Estado sino en cuanto trascienden al público por la manifestación de uno de los interesados, por lo menos, al pretender que sea resuelto por el juez...

La demanda judicial es el medio por el cual se exterioriza la existencia del conflicto, pues sin ella no hay caso justiciable.

Porque ¿cómo y hasta dónde podría el órgano estatal apreciar la necesidad o conveniencia de hacer desaparecer las diferencias que separan a las partes?

¿Se concibe al juez obligando a Juan a devolver el dinero que le debe a Pedro sin que éste lo exija?

Admitir esa posibilidad, además de que tiraría por la borda a instituciones tales como la donación y la prescripción que el Código Civil regula, importaría trastocar el ordenamiento jurídico que considera al individuo como un ser libre y capaz de conocer sus conveniencias y necesidades.

¿Por qué se ha llegado en la historia al sistema mixto?

A mi juicio, son varias las razones determinantes de la actual coexistencia de sistemas antagónicos: la secular tradición del Santo Oficio y la abundante literatura jurídica que fundamentó y justificó la actuación de la *Inquisición española* durante casi *seiscientos años*, así como la fascinación que el sistema provoca en regímenes totalitarios que, al normar para el proceso, dejan de lado al hombre común para erigir al propio Estado como centro y eje del sistema (recuérdese que nuestra asignatura es actualmente denominada en muchas partes como *derecho jurisdiccional*).

2. CONCLUSIONES

En la generalidad de la Argentina de hoy se cuenta con normativas procesales fuertemente inquisitivas, tanto en lo penal como en lo civil.

A riesgo de predicar en el vacío, mantengo la esperanza de revertir este estado de cosas y, para eso, esta obra.

Y ello por simples y obvias razones: los constituyentes de 1853 normaron en función de la dolorosa historia vivida en el país hasta entonces, tratando de evitar desde la propia Constitución la reiteración de los errores y las aberraciones del pasado. Buena prueba de ello se encuentra en los artículos 29⁴ y 109⁵.

Acorde con textos constitucionales vigentes en la época, vuelvo a iterar que la idea que tuvieron de la actividad de procesar no puede ser más clara, más pura, ni puede concebirse más liberal: acordaron la *igualdad ante la ley*, remarcaron la *inviolabilidad de la defensa en juicio*, establecieron el principio del *juez natural* y el del *estado de inocencia*, prohibieron la *condena sin juicio previo* fundado en *ley anterior* al hecho que motivó el proceso, etcétera.

Dentro del espíritu que exhibe la Constitución, todo ello muestra que su meta era —y es— un proceso regulado con las modalidades explicadas hasta ahora: fenómeno jurídico que enlaza a tres sujetos, dos de ellos ubicados en situación de *igualdad* y el otro en la de *imparcialidad* (lo cual ocurre *exclusivamente* en el sistema dispositivo o acusatorio).

De ninguna manera creo que pueda afirmarse, al menos congruente y fundadamente, que todas las garantías constitucionales recién enunciadas rijan dentro del sistema inquisitivo (propio de nuestro proceso penal) pues al posibilitar que sea el propio juez quien inicie de oficio una investigación imputando a alguien la comisión de un delito, por ejemplo, y al mismo tiempo permitir que dicho juez resuelva por sí acerca de su propia imputación, viene a resultar algo obvio: el juez es juez y parte al mismo tiempo.

⁴ CN, art. 29: "El Congreso no puede conceder al Ejecutivo Nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, *facultades extraordinarias*, ni la *suma del poder público*, ni *otorgarles sumisiones* o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria".

⁵ CN, art. 109: "En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas".

Y hasta el menos avisado puede advertir que lo que ello genera no es un proceso (de tres) sino un simple procedimiento que une sólo a dos sujetos: el juez-acusador y el reo.

Insisto reiterativamente y a riesgo de producir hartazgo en el lector: no obstante tal afirmación, que no puede ser desvirtuada con razonamiento lógico jurídico (aunque sí con argumentación política y caprichosa), la antigua vocación por el totalitarismo que tan persistentemente ha mostrado el legislador argentino, lo ha llevado a dictar regulaciones normativas que, al permitir la coexistencia incoherente de sistemas antagónicos, descartan *per se* la vigencia del *debido proceso* al establecer para un sinnúmero de casos simples procedimientos judiciales a los cuales se les adjudica –indebidamente– la denominación de *procesos*.

Pero como las cosas son lo que realmente son, sin que importe al efecto cómo se las llame, no creo que ello sea suficiente para que se acepte con alegría y buena voluntad un sistema filosóficamente erróneo, políticamente nefasto y jurídicamente inconstitucional.

A esta altura de la exposición, ya habrá advertido el lector el porqué del método de esta obra, cuyo eje central es la *acción procesal* y no la *jurisdicción*.

Aunque continuaré en esta tónica, mostrando lo que el proceso *es lógicamente –y debe ser jurídicamente–* me ocuparé también, llegado el caso, de explicar lo que *es normativamente en la actualidad*.

Como corolario de lo desarrollado en los tres últimos Capítulos, donde me he detenido en demasía al describir los sistemas que regulan los diferentes métodos de enjuiciamiento que coexisten en el mundo, quiero concluir diciendo que descarto por completo que en los países de la región pueda –o deba– aplicarse el sistema inquisitivo y, por ende, el sistema mixto.

Pero detrás de esta conclusión –que ya parece obvia en esta obra– existe una verdadera elección personal que, desde ya, afirmo que se mantendrá incólume aun en la hipótesis de no contar eventualmente y algún día con una Constitución libertaria.

Y es que en el trance de tener que elegir un método de juzgamiento –no como autoridad, en calidad de juzgador (y conste que lo he sido

durante casi toda mi vida), sino de simple particular que anda de a pie por los caminos de la vida– me enfrento con una alternativa inexorable:

- a) o elijo un proceso que sirva como *medio de control social* (con resultados al mejor estilo kafkiano), o
- b) opto por un método que se presente en sí mismo como *último bastión de la libertad*.

De ahí que, tomando partido por la *Constitución* y no por la *ley* en esta lucha ideológica que hoy enfrenta absurdamente a los procesalistas de América, elijo proclamar

- la libertad;
- la garantía del debido proceso
- y el goce irrestricto del día de audiencia previa en la Corte de Justicia,
- donde todo ciudadano tiene derecho a ser juzgado imparcialmente por un juez
- y colocado por él en pie de perfecta igualdad frente a su contradictor,
- con absoluta bilateralidad de la audiencia
- y sin la asunción por el juez de actitudes paternalistas con las partes o de tareas que no le incumben conforme con lo normado por la Constitución.

Esto es –a la postre– lo que hoy se conoce en la sociología judicial con la denominación de *garantismo procesal*⁶ y que se enfrenta a la actitud *solidarista* que sostienen quienes prefieren el mantenimiento del régimen autoritario.

⁶ Para conocer qué es el *garantismo procesal*, ver mi libro *El debido proceso de la garantía constitucional*, Zeus, Rosario, 2003.

CAPÍTULO 7

LA ACCIÓN PROCESAL DEL PRETENDIENTE Y LA REACCIÓN PROCESAL DEL RESISTENTE

SUMARIO:

1. Introducción al tema: la defensa en juicio
2. Concepto de *acción procesal*
3. Requisitos de la acción procesal
 - 3.1. Existencia de posibilidad de accionar
 - 3.2. Ausencia de caducidad del derecho de accionar
 - 3.3. Capacidad jurídica del actor
 - 3.4. Adecuada investidura de la autoridad
4. Concepto de *reacción procesal*
 - 4.1. Reacción del demandado civil
 - 4.1.1. Abstención
 - 4.1.2. Sumisión
 - 4.1.3. Oposición
 - 4.1.3.1. Contradicción
 - 4.1.3.2. Excepción
 - 4.2. Reacción del reo penal
5. Requisitos de la reacción procesal
 - 5.1. Juicio civil
 - 5.2. Juicio penal
6. La llamada *acción penal*

1. INTRODUCCIÓN AL TEMA: LA DEFENSA EN JUICIO

Siendo el proceso un método de *debate y dialéctico*, ya parece obvio señalar aquí que constituye un *medio* para que se desarrolle un *diálogo argumentativo* entre las partes *actora y demandada*¹ o *acusadora y*

¹ De quienes se supone que ya se encuentran en situación de conflicto dentro del plano de la realidad social.

*acusada*², durante cuyo desarrollo uno afirma (*tesis*) y el otro niega (*antítesis*) para que el tercero que lo dirige pueda hacer oportunamente la síntesis final (*sentencia*)³.

Como hace a la idea lógica de proceso el que las partes se hallen en pie de perfecta igualdad —pues a sus efectos no basta la afirmación del pretendiente ni puede influir para nada su posición social, política, cultural, etcétera— es menester que todo lo que una parte afirme o confirme respecto de la otra sea conocido por ésta a fin de poder controvertir la afirmación o confirmación (por eso es *diálogo* y no *monólogo*)⁴.

Este derecho es tan elemental (sin su existencia no habría proceso) e importante, que se halla expresa o implícitamente establecido en todas las constituciones antiguas y modernas que, en términos más o menos similares, garantizan la *inviolabilidad de la defensa en juicio*⁵.

Desde siempre, los publicistas del proceso han interpretado las cláusulas que instrumentan tal garantía desde la óptica del demandado y, muy especialmente, de la del reo penal, olvidando que el derecho de defensa en juicio cubre también por igual al actor o al acusador⁶.

Al definir a la acción procesal (partiendo desde la actividad que se cumple en el plano jurídico) como una particular instancia que es *necesariamente bilateral*, ocurre que el concepto sirve por igual para las dos partes contendientes en un proceso: *ambas instan bilateralmente*, de modo que la afirmación del actor, por ejemplo, debe ser conocida por el demandado a efecto de que pueda controvertirla, al igual que la eventual afirmación del demandado (ya se verá que esto es en esencia

su actividad de *excepcionar*) debe ser conocida por el actor a fin de que pueda discutirla, etcétera⁷.

De allí que ambas actividades —la del actor y la del demandado— se diferencien sólo por el tiempo *sucesivo* en el cual se realizan: una es necesariamente anterior a la otra.

Por eso es que, reflejando esa circunstancia, la más moderna concepción del tema lo menciona utilizando los vocablos *acción* y *reacción* (en idioma castellano significa “acción que resiste o se opone a otra acción, obrando en sentido contrario a ella”).

Pero la definición castiza no revela de modo exacto lo que técnicamente ocurre en el plano procesal, ya que por razones obvias el demandado no está obligado *siempre* a contradecir: ya se verá en el número siguiente cuáles son las posibles actitudes que puede adoptar una vez incoado el proceso.

Para lograr coherencia sistémica en todo lo que aquí diga respecto del *proceso*, y habida cuenta de que en el Capítulo anterior lo he presentado como el *objeto* de la *acción procesal*, parece claro que debo comenzar toda explicación a partir de su completa tipificación.

Con ello, a más de aceptar como buena la presentación del tema que se hacía en la legislación del lejano pasado⁸, asumo una posición filosófica que coloca a la libertad personal por encima de todo otro valor y, consiguientemente, considera que el Estado se halla al servicio del individuo y no a la inversa, cual lo ha imaginado el mundo totalitario que inicia toda explicación desde el concepto de jurisdicción⁹ y no del de acción¹⁰.

⁷ Esto no ocurre, por ejemplo, en el Paraguay, donde el actor no tiene oportunidad procesal de contestar las excepciones perentorias del demandado. De esta situación, producto de la falta de comprensión del fenómeno procesal antes que del capricho judicial, resulta una triste parodia de proceso en la cual no puede saberse jamás quién ha de confirmar ni qué debe ser confirmado y, así, se dilatan indebidamente los pleitos y se consagran verdaderas injusticias...

⁸ Los códigos antiguos comenzaban normando en primer término lo relativo a la actividad de las partes y no, cual ocurre en la actualidad, a partir de la figura del juez, de sus potestades y competencias. Ya ha visto el lector que algo ha ocurrido en el mundo jurídico para que cambien así las cosas.

⁹ Luego de la lectura del Capítulo 4, creo que el lector aceptará lo que aquí se dice, pues ya ha visto que la idea de *proceso* fue concebida por la Inquisición como método de investigación a fin de utilizarlo como efectiva vía de control social.

¹⁰ De la misma forma, luego de la lectura del Capítulo 5 se ha visto ya que existe otra

² Refiero acá a la pretensión punitiva que el fiscal o el querellante hacen valer contra quien consideran reo de delito penal.

³ Esto es lo que hace que el método dialogal sea precisamente *dialéctico*.

⁴ Es la consecuencia de la naturaleza bilateral de la instancia denominada *acción* —y *reacción*— *procesal*.

⁵ Hay Constituciones que colocan al *derecho a la defensa en juicio* inmediatamente después del *derecho a la libertad* y por encima de todo otro derecho constitucional: propiedad, intimidad, circulación, domicilio, correspondencia, etcétera.

⁶ No hace falta remarcar la obviedad de la afirmación, muy especialmente cuando se trata de un querellante particular. Sin embargo, la doctrina generalizada no ve así el problema y deja fuera de toda consideración en el tema a los demandantes y acusadores.

Todo lo que aquí se diga alcanzará no sólo a la actividad del actor civil y del acusador penal sino también a las que cumplen el demandado¹¹ y el reo¹².

2. EL CONCEPTO DE ACCIÓN PROCESAL

Ya he afirmado en Capítulos anteriores que la palabra *acción* es uno de los vocablos que mayor número de acepciones tiene en el campo del Derecho.

Dentro de esta materia el problema se agrava: en la historia del proceso, la voz *acción* se ha entendido como *actividad* y como sinónimo de *pretensión* y de *derecho*, lo cual ha generado notable confusión que persiste hasta el día de hoy.

Para evitar ello y precisar adecuadamente los conceptos, atendiendo a que todo lenguaje es puramente convencional (y, por tanto, que la convención debe ser clara e inequívoca respecto del contenido que se asigna a un vocablo cualquiera) es que he adoptado en esta obra un método no habitual para explicar el fenómeno del proceso y que consiste en observar con atención la actividad material (y, llegado el caso, la intelectual) que se cumple en el terreno de la realidad social: se trata de estudiar qué hace un individuo en conflicto para solucionarlo dentro de una sociedad civilizada.

De tal modo –y por ahora– se prescinde por completo de toda noción inherente a la normativa vigente.

Abundando en esta idea y a riesgo de ser reiterativo, no elaboro un concepto *a partir de la ley* sino que lo hago colocándome en la hipótesis de su *total inexistencia*: sólo así se puede advertir la notable trascendencia del principio extrajurídico de la *alternatividad*, del cual surgen la propia posibilidad normativa y la forma concreta de legislar acerca de un fenómeno de la realidad en orden a las diferentes opciones que brindan las filosofías políticas antagónicas que lo contemplan (por

posición que mira al proceso como último bastión de la libertad y, por ende, lo concibe como método de debate argumental y no de investigación.

¹¹ De aquí en más, este vocablo se empleará para referir exclusivamente al resistente de pretensión no penal.

¹² De aquí en más, este vocablo se empleará para referir exclusivamente al resistente de pretensión penal.

ejemplo, la tierra puede ser de propiedad privada en un régimen político capitalista y no en un régimen comunista)¹³.

Desde la óptica de la pura actividad, creo haber mostrado ya un concepto inequívoco de la *acción procesal*: es la única instancia necesariamente bilateral (ver Capítulo 2). Y así está todo dicho, pues con tal conceptualización se muestra el fenómeno de un modo inconfundible por ser irreplicable en el mundo jurídico.

Frente a ello, la doctrina procesal que analiza el problema con un método diferente –definir a partir de la ley y no desde la propia realidad– ha producido durante el curso de un siglo las más variadas explicaciones que, por la notable disimilitud de óptica de los autores, no han logrado hasta hoy un resultado auténticamente positivo.

Tanto es así, que hay quienes han preferido abandonar el concepto de acción por estimar –erróneamente– que resulta por completo inútil e intrascendente para tipificar la idea del proceso y, por ello, lo han sustituido por el de *pretensión*.

Toda esta inmensa tarea de construcción doctrinal ha sido posible porque el tema en estudio no es baladí ni mero capricho académico: se trata, nada menos, que de conocer cabalmente cuál es la esencia de la acción procesal como instancia que origina un proceso.

Y la respuesta que se dé a este interrogante servirá para constituir la base misma del sistema de procesamiento que se adopte legislativamente: y se verán luego los antagonismos que surgen de filosofías po-

¹³ Reiterando la idea y con otras palabras: es habitual en los libros de derecho que los autores se concreten a explicar el contenido de una normativa jurídica dada y, a partir de ella, interpretarla, imaginar situaciones a las cuales aplicarla, sistematizar efectos, etcétera.

No es eso lo que se hará en esta obra, pues aquí no se intenta mirar hacia la norma vigente sino, yendo más allá de ella, contemplar las situaciones de conflicto que se presentan diariamente en la vida de toda sociedad y que necesariamente emergen de la convivencia a raíz de las posibles interacciones de los hombres.

Así, y en lo que toca a esta asignatura, se procura ver a un actor demandando, a un acusado defendiéndose, a un juez juzgando, etcétera. Enfocado así el tema, se buscarán ahora soluciones eficaces y eficientes para las hipótesis imaginables y, caso de hallarlas, se las comparará –recién– con las que ya brinda la normativa vigente, a fin de poder hacer luego un eventual juicio de valor de ella y, en su caso, propiciar las reformas que sean menester.

líticas que muestran diferentes enfoques del Estado frente al individuo y viceversa en la eterna lucha entre la libertad y el autoritarismo.

A los fines que interesan a esta explicación, no considero necesario hacer un inventario cronológico de todas las teorías que se han esbozado sobre el tema, sino tan sólo de las que marcaron un verdadero hito en la historia del pensamiento procesal:

a) en un principio, y en lo que puede denominarse teoría *clásica*, los autores vieron a la acción como *un simple elemento del derecho subjetivo material violado o desconocido*.

En otras palabras: se estima aquí que la acción procesal es el mismo derecho material “puesto en movimiento y armado en pie de guerra”.

Sobre la base de este pensamiento –antiguo y universal– es que algunos códigos (por ejemplo, el anterior al hoy vigente en Costa Rica) establecen como norma inicial que “para *entablar una acción* ante los tribunales de justicia se requiere: 1) *derecho real o personal que sirva de fundamento a su acción*; 2) interés actual en ejercitarla, y 3) capacidad para gestionar judicialmente”.

De tal modo, si se intenta explicar el fenómeno de la acción procesal a base de esta teoría, habrá de sostenerse que *accionar es ejercer el derecho subjetivo violado*.

A fin de que esta definición sea congruente con ella misma, es de imaginar que para *accionar* la ley exigirá siempre la demostración *inicial* y cabal de la existencia del derecho violado en el plano de la realidad (caso contrario, y en esta terminología, *no habrá acción*).

Ya se ha visto que esto no es exacto, pues la vida jurídica de todo tiempo y lugar enseña que en el terreno de la pura actividad pueden demandar tanto el que tiene razón (o derecho) como el que carece de ella.

Precisamente para diferenciar ambas hipótesis es que he propiciado la distinción entre *conflicto* y *litigio*.

Y es que al no existir diferencia esencial alguna entre el derecho material violado (derecho subjetivo) y el derecho de acción (uno de los elementos de aquél), resulta imposible explicar adecuadamente qué es lo que ejercita un particular que, aun careciendo de todo derecho material

violado, acciona y origina un proceso a cuyo término el juez rechaza la demanda por no tener derecho (subjetivo) el actor.

En otras palabras: si para accionar es menester tener derecho y ello se descubre recién en la sentencia, ¿qué estuvo haciendo durante todo el proceso el actor que carece de razón y, por tanto, se rechaza su demanda? Otro tanto ocurre en el caso de ser demandada una obligación natural.

Las conclusiones de esta concepción surgen obvias: no hay acción sin derecho y viceversa; por tanto, la naturaleza de la acción procesal depende de la naturaleza del derecho (personalísimo, personal, real, etc.) que le da vida.

Se muestra así un evidente error conceptual que aún permanece plagando de equívocos a la doctrina y, lo que es más grave, a la propia legislación: así es cómo se habla hasta el día de hoy de la existencia de *diversas acciones* con nombres diferentes, de *clasificación* de las acciones, de *prescripción* de las acciones, de las excepciones que demuestran la *falta de acción* (*sine actione agit*), etcétera, en terminología que debe ser desterrada de plano para no entorpecer definitivamente la comprensión del fenómeno.

Y ello porque los requisitos que enumera la norma ya mencionada del código de Costa Rica, por ejemplo, no se exigen para determinar la *viabilidad del ejercicio de la acción* sino para lograr la emisión de una sentencia favorable después de recorrido todo el periplo procesal.

Así es como surge claro que la acción procesal puede y debe funcionar –y de hecho funciona– con total independencia del derecho subjetivo material violado.

Cuando se acepta generalizadamente esta afirmación se produce el segundo hito en el camino doctrinal que estoy reseñando.

Así,

b) ya no se dice más que el derecho de accionar nace de la violación de un derecho subjetivo material, pues esto origina en rigor una *pretensión* que puede permanecer –y ser satisfecha– en el puro plano de la realidad social. Sólo cuando ella pasa al plano jurídico del proceso, el movimiento respectivo recibe el nombre de *acción*.

Y ello genera notable descubrimiento: la acción procesal es un derecho *distinto* y, por ende, *autónomo* del derecho subjetivo material violado.

Así, se la considera –también ahora– como un derecho subjetivo pero de carácter público (comienza a intervenir el Estado en la formulación del concepto), pues es el que la sociedad reconoce a los particulares para obtener la tutela del derecho material violado, por medio de una sentencia favorable a la pretensión que la acompaña (más sencillamente, se trata de trasladar la pretensión vigente en el plano de la realidad social al plano jurídico del proceso). De ahí que se haya dicho que no es otra cosa que la pretensión (material) deducida en juicio.

De aquí en más la teoría se complica y tardará tiempo en avanzar hacia la lucidez total: en un primer momento se afirma que el derecho de acción corresponde concretamente a quien tiene de modo efectivo el derecho material violado o, más aún, la necesidad de la declaración judicial de un derecho (recuérdense las exigencias que para accionar establecía el código de Costa Rica, antes citado) (teoría de la *acción concreta*).

Con ello se cae en un nuevo y manifiesto error conceptual que ha perdurado en el tiempo: se mantiene vigente un íntimo e indestructible parentesco entre el derecho material y el derecho autónomo de acción, toda vez que al ser éste *concreto* queda sin desvincularse idealmente de aquél y subsisten los mismos interrogantes que dieron vida al planteo del problema.

Frente a esta concepción nació, en un segundo momento, la teoría de la *acción abstracta*, según la cual el derecho de acción se acuerda a todo quien quiera dirigirse a un juez en demanda de una sentencia favorable a su pretensión, sin importar al efecto si está o no asistido del derecho material que invoca.

De tal modo, se otorga *autónomamente* (como derecho distinto del subjetivo material y no como un elemento de éste) y con total *abstracción* del fundamento fáctico y/o jurídico de la demanda.

De donde resulta que se puede demandar aun sabiendo el actor que carece de derecho; en otras palabras: quien carece de razón puede pedir al juez que declare si la tiene o no.

c) Un tercer hito en el camino de la tipificación conceptual del derecho de acción se cumple cuando se considera que el derecho autónomo y

abstracto de obrar cuenta con directo respaldo constitucional, por estar comprendido genéricamente en el *derecho de petición* a la autoridad.

Ahora bien: un permanente trasfondo ideológico-político se advierte claro en el desarrollo de las distintas teorías esbozadas: se trata, simplemente, de otorgar primacía al individuo frente al Estado o a éste frente a aquél.

Y en este último sentido se apoya la teoría cumbre del derecho procesal, que ve a la acción como *un poder jurídico propio de la categoría de los derechos potestativos*: aquellos a los cuales no corresponde una prestación de otro, quien –sin embargo– sufre la influencia directa de una manifestación de voluntad ajena que lo afecta: por ejemplo, la revocación de una donación o de un mandato, etcétera.

De tal modo, mediante el ejercicio del derecho de acción por parte del actor (que ingresa al mundo del proceso por su propia voluntad), quien es demandado queda sujeto al proceso (actuación de la ley) aun contra su propia voluntad.

Pero esta teoría adolece –entre otros– de un defecto capital: sigue haciendo depender la existencia misma del derecho de acción de la violación de un derecho material, con lo cual se enrola en la de los sostenedores de la *acción concreta*, tesis que ya se ha visto como superada.

En la tarea doctrinal de explicar qué es la acción procesal, se han sostenido otras muchas variantes, que rápidamente enuncio:

- es un derecho justiciario de carácter material;
- es el instrumento jurídico para la solución de un litigio;
- es un poder de provocar la actividad de la sociedad jurídicamente organizada;
- es el derecho que corresponde a toda persona para provocar el ejercicio de la actividad jurisdiccional del Estado;
- es un deber jurídicamente necesario de ejercer por quien se pretende titular de un crédito;
- es un poder puramente político que debe ser sustituido como concepto por el de pretensión;
- es la facultad de señorío con la cual se inicia un proceso;

— es un derecho público subjetivo mediante el cual se requiere la intervención de la jurisdicción del Estado para la protección de una pretensión jurídica, etcétera.

Si bien se mira esta sucinta reseña del pensamiento procesal, habrá que concluir que —aun cuando todas estas concepciones muestran positivamente una cierta razón desde la óptica en la cual se colocan los autores— ninguna de ellas logra mostrar a la acción como lo que *realmente es* y, mucho menos, cual un concepto único e inconfundible en el mundo jurídico.

Si se analizan adecuadamente las más completas de las definiciones que se han dado acerca de la acción, se verá que en rigor *no definen* sino que se limitan a *fotografiar* el fenómeno con cámara de alta velocidad de obturación en un momento y desde un ángulo dado, con lo cual se detiene una imagen que, por ello, resulta exacta parcial pero no totalmente.

En la tesitura de explicar el problema a partir de la ley y no con prescindencia de ella, desde la óptica de la pura actividad cumplida, véase la vigencia de la afirmación recién hecha.

Si se dice, como lo hace la mayoría autoral, que *la acción es un derecho subjetivo, público y autónomo, mediante el cual se requiere la necesaria intervención del Estado para la protección de una pretensión jurídica o para lograr la tutela del derecho objetivo*, parece claro que el fenómeno descrito *está fotografiado y no definido*.

En efecto:

a) es cierto que la acción es un *derecho subjetivo* (pero no el único), de *carácter público* (pero no el único) y de *naturaleza autónoma* de otro derecho (pero no el único): el derecho de votar, por ejemplo, también es subjetivo, público y autónomo y nada tiene que ver con la acción procesal.

De tal modo, se emplean en la “definición” tres adjetivaciones que, por sí mismas, no definen inconfundiblemente el derecho de acción; para intentar lograr ello, habrá que continuar el análisis de la fórmula propuesta;

b) es cierto que mediante la acción se requiere la *intervención del Estado*; pero ello no es ni remotamente necesario: ya se ha visto que los litigios pueden autocomponerse y, aún más, heterocomponerse por la vía del arbitraje privado.

Y en el desarrollo de todo ello nada tiene que ver el Estado, lo cual hace que la definición tampoco muestre inconfundiblemente a la acción procesal;

c) es cierto que mediante la acción se intenta *lograr la protección de una pretensión jurídica o de obtener la tutela del derecho objetivo*; pero esto tampoco muestra inconfundiblemente el fenómeno, pues en la mayoría de los casos el derecho opera espontáneamente por consenso tácito de los coasociados, quienes, además y llegado el caso, pueden autotutelarlos (recuérdense los casos de fuerza legitimada vistos en el Capítulo 1) o autocomponer el conflicto por las vías conciliatorias que se muestran como resultado y como medio.

Insisto en lo ya dicho: si se analiza bien esta *definición*, nada ha sido definido en términos unívocos e inequívocos de inconfundibilidad total. Por ello es que me ha parecido inconveniente realizar esta obra con el método explicativo que intenta definir un fenómeno de la realidad de la vida con términos jurídicos que no condicen con ella y que, a la postre, resultan confusos y polivalentes.

Esto muestra la razón de aplicar el método de observación de la actividad que se cumple todos los días en un orden social que no permite solucionar los conflictos de intereses mediante el uso de la fuerza individual, esencialmente ilegítima.

De ahí que insista en la formulación del concepto ya dado en el Capítulo 2: la acción procesal es la única instancia que se presenta uniendo necesariamente a tres sujetos en una relación dinámica.

Y con esto se muestra un cercano parentesco con antigua teoría: se trata simplemente de trasladar la pretensión desde el plano de la realidad al plano jurídico, pues como consecuencia de su deducción se logrará de inmediato el objeto de formar un proceso.

Reitero la importancia del tema: por ser el de la acción un concepto *elemental* (que no significa *fácil* o *sencillo* sino que, como tal, no admite ser dividido en partículas menores) no es susceptible de *clasificación* alguna¹⁴.

¹⁴ Quienes clasifican “acciones”, en rigor toman equivocadamente el vocablo asignándole el contenido de otro: *pretensión*; así, no hay *acciones reales*, ni *acción de divorcio*, etcétera, sino pretensión basada en derecho real, pretensión de divorcio, etcétera.

Y considerada jurídicamente la acción como un derecho autónomo de todo otro derecho, en una sociedad que *garantiza* su ejercicio en carácter de contrapartida de la prohibición de ejercer violencia por mano propia, resta ver quién, ante quién, por qué y para qué se insta por esta vía.

a) Los *sujetos* (quién y ante quién) de la instancia son todas las personas jurídicamente capaces que deseen instar y la autoridad que la recibe: en el ordenamiento constitucional argentino, sólo un juez perteneciente al Poder Judicial, un árbitro cuando se permite su actuación, y la Cámara de Senadores en el exclusivo caso del *juicio político* que puede instar la Cámara de Diputados.

De modo similar operan también los *Jurys* o Jurados de Enjuiciamiento para magistrados.

b) La *causa* (por qué) del ejercicio de la acción es el mantenimiento de la paz social mediante la erradicación de la fuerza ilegítima de la sociedad;

c) el *objeto* (para qué) del ejercicio de la acción es lograr la apertura y posterior desarrollo de un proceso que, eventualmente derivará hacia su propio objeto: la sentencia.

3. LOS REQUISITOS¹⁵ PARA EL EJERCICIO VÁLIDO DE LA ACCIÓN PROCESAL¹⁶

Son las condiciones *actuales* o *coincidentes con el momento del ejercicio* de la acción por parte del actor y que el juez debe valorar en su eficacia a fin de conceder o no su objeto: admitir la formación de un proceso. Siempre muestran carácter *extrínseco*¹⁷ y son cuatro:

- 1) que el Estado permita que el interesado accione en orden a la pretensión que intenta demandar (*existencia de posibilidad de accionar*);
- 2) que hallándose permitido el accionar, la presentación de la instancia a la autoridad no esté sujeta por la ley a un plazo de caducidad ya cumplido (*caducidad del derecho de accionar*);

¹⁵ En mi *Introducción...* titulé el tema con la denominación de *presupuestos*. Ya se verá luego la razón del cambio efectuado en esta obra.

¹⁶ El tema es parte de otro de mayor contenido que explicaré con detenimiento en el Capítulo 11. Por ahora el lector puede comprender el tema sin mayores cavilaciones al respecto.

¹⁷ Recuerdo que es *extrínseca* la cualidad o circunstancia que no se vincula con la esencia misma de la acción.

3) que quien insta sea jurídicamente capaz para hacerlo (*capacidad jurídica del actor*);

4) que la autoridad que recibe la instancia ostente la investidura necesaria para poder originar un proceso (*adecuada investidura de la autoridad*).

Explico ahora cada uno de ellos.

3.1. EL REQUISITO DE EXISTENCIA DE POSIBILIDAD DE ACCIONAR

Para que el ejercicio de la acción pueda lograr su objeto de obtener el desarrollo de un proceso que sea tal, debe efectuarse a base de una pretensión susceptible de ser procesada y sometida luego a la decisión de un tercero (juez o árbitro)¹⁸.

En general, queda comprendida en este concepto la absoluta mayoría de pretensiones que es factible imaginar. Pero existen otras respecto de las cuales la ley no autoriza instancia alguna: ello ocurre esporádicamente cuando se presenta una colisión de distintos intereses jurídicos por cuya virtud el legislador debe privilegiar a uno en detrimento y sacrificio del otro.

Un ejemplo ayudará a comprender la idea: el Código Civil argentino establecía en su hoy derogado artículo 326 que "la indagación de la maternidad no tendrá lugar cuando sea con objeto de atribuir el hijo a una mujer casada", en norma reiterada luego en el artículo 3 de la ley 14.367 (menciono ambas porque constituyen cabal ejemplo de lo que deseo señalar).

Adviértase bien que lo que allí se prohíbe es *indagar* la maternidad; por tanto, la prohibición no alcanza sólo al juzgamiento sino, mucho más allá, a la investigación misma mediante el proceso.

En otras palabras y reiterando: *no es que se prohíba sentenciar; se prohíbe procesar*.

¹⁸ Ésta es la principal razón por la cual los autores han privilegiado el estudio de la *pretensión* por sobre el de la *acción procesal*. Es cierta la afirmación del texto: la posibilidad de accionar depende del tipo de pretensión a esgrimir. Pero no es menos cierto que, al ser menester diferenciar el *acto de pedir* de la *cosa que se pide*, esta asignatura debe preocuparse por el primero y no por la segunda, que encuentra siempre su origen en la legislación de fondo.

En este ejemplo se sacrifica la posibilidad que tiene todo hijo de obtener la filiación materna en aras de no causar escándalo familiar y social cuando tal filiación se atribuye a una mujer casada. Por eso es que se prohíbe *accionar*, toda vez que la promoción de la respectiva instancia originará un proceso en el cual se presentará seguramente el escándalo que desea evitarse.

Cuando se incoa una demanda en tales condiciones (con cualquier otro ejemplo vigente), el juez actuante debe negar liminarmente la posibilidad misma de accionar; por tanto, y obviando la formación del proceso, habrá de ordenar el inmediato archivo de la respectiva demanda. Como resultado de lo cual se observa que la "acción" no es tal, por no poder lograr de modo alguno la obtención de su objeto.

Por sus consecuencias, al ejemplo dado se equiparan otros tres supuestos susceptibles de presentarse en la vida forense:

- cuando resulta manifiesta la carencia total de *contenido jurídico* de la pretensión (basada exclusivamente en un interés moral, religioso, social, no protegido por el derecho);
- cuando surge evidentemente de la pretensión que ella no se vincula con un supuesto efectivo de colisión de intereses, por lo cual no existe litigio (ni conflicto) susceptible de ser resuelto (*caso abstracto*), y
- cuando la pretensión no puede sujetarse al conocimiento de los jueces por decisión de la ley, por vincularse con una cuestión de naturaleza política y no jurídica: ciertos *actos de gobierno* que sólo están sujetos a responsabilidad política y que, por tanto, escapan a todo control judicial (por ejemplo, declaración de estado de sitio, intervención federal a una provincia, declaración de guerra, fijación del valor de la moneda, etcétera) (*caso no justiciable*).

Resulta así que si un particular acciona ante el juez pretendiendo en su demanda que, verbigracia, se declare luego de un proceso la nulidad de la resolución que ordena la intervención federal a una provincia, el juzgador tiene el *deber de negar in limine* la propia instancia en razón de su contenido pretensional, que excede el marco de su autoridad.

De tal modo se originará un simple *procedimiento* entre dos sujetos (el actor y el juez que rechazará su posibilidad de accionar).

Sin advertir la esencia misma de este supuesto, la doctrina ha elaborado desde antaño una compleja teoría cuyo contenido cae totalmente dentro del supuesto en estudio: la de la *improponibilidad objetiva de la demanda*, que autoriza al juez a rechazar oficiosa y liminarmente una acción cuya pretensión carece de contenido o de amparo jurídico (por ejemplo: la de divorcio vincular en sistema no divorcista).

Oportunamente se comprenderá mejor el tema. Baste decir por ahora que el tema así resuelto es incongruente sistémicamente.

Por supuesto, si el juez actuante no rechaza liminarmente la acción por no advertir la carencia del derecho respectivo, podrá hacerlo luego en cualquier momento del procedimiento: así lo establecen ciertos códigos que desde antiguo denominan a este supuesto como *defecto absoluto en la potestad de juzgar*.

De cualquier forma: si nadie advierte que todos los ejemplos presentados no constituyen casos justiciables y, a consecuencia de ellos, se decide la ilegal formación de un "proceso" (en rigor, procedimiento) y, por ende, se cita al demandado (bilateralizándose indebidamente la acción), éste podrá *siempre y en todo momento* deducir la excepción de *carencia de acción*.

Esta denominación es la que corresponde efectivamente al caso y no debe ser confundida con la que refiere a otra excepción de antigua raigambre en el derecho procesal (y que se explica a base de la aceptación de la teoría clásica de la acción): la *excepción de falta de acción* (*sine actione agit*) mediante la cual se pone de manifiesto otro fenómeno diferente del aquí explicado.

En suma: con este presupuesto se intenta analizar si existe o no derecho de accionar en ciertos y determinados casos especificados en la ley; cuando ella no autoriza esta instancia en función de la pretensión que la acompaña, técnicamente *no hay posibilidad de accionar*: Por tanto, mediante su ejercicio *no habrá proceso*.

3.2. EL REQUISITO DE AUSENCIA DE CADUCIDAD DEL DERECHO DE ACCIONAR

Se ha visto recién que en algunas ocasiones y por virtud de ciertas conveniencias sociales, el Estado no permite instar, negando terminan-

temente el derecho de accionar. En otras, en cambio, autoriza el ejercicio de la instancia pero lo sujeta a un plazo breve a cuyo simple vencimiento la acción deja de ser admisible por haberse operado su *caducidad*.

Esta palabra es una más de las muchas que se usan de modo equívoco en el lenguaje jurídico: técnicamente significa pérdida del derecho por el simple transcurso del tiempo sin ejercerlo.

Pero contenido similar ostenta la voz *prescripción* (liberatoria): como ello puede originar seria confusión respecto de lo aquí expuesto, creo conveniente detenerme para distinguir entre *prescripción* y *caducidad*, pues ambos vocablos indican la misma idea de fenecimiento o perecimiento.

El Código Civil argentino refiere de modo expreso a la *prescripción de las acciones*, estableciendo al efecto el plazo correspondiente a cada una de ellas (repárese en que la terminología usada por dicho código es anterior al descubrimiento de la autonomía del derecho de acción; por ello, el codificador es congruente con su época: ve en la acción sólo un elemento del derecho material violado) cuando, en rigor de verdad, lo que prescribe es el derecho.

Del mismo modo, la ley refiere a la *caducidad de los derechos* cuando lo que *caduca* es la acción.

Esas afirmaciones son fácilmente compartibles si se tiene presente que la prescripción no opera de modo automático: antes bien, requiere de *alegación expresa y tempestiva* del propio interesado¹⁹.

Además, el propio código citado prohíbe terminantemente que el juez actuante en un proceso declare de oficio una prescripción evidentemente cumplida.

Surge de esto que una "acción" (en rigor, un derecho) prescrita puede ser intentada en la realidad jurídica; que como el juez nada puede decir *ex officio* al respecto, debe originar un proceso; surge también que si el demandado no opone en tiempo útil la excepción de pres-

cripción el juez debe sentenciar acogiendo la pretensión, si ella se acreditó de acuerdo con las reglas respectivas.

¿Puede decirse que *perció el derecho de acción*? Si así es, ¿qué fue entonces lo que ocurrió durante todo el proceso? ¿Una simple ficción?

A la inversa: supóngase que incoada una "acción" prescrita el demandado opone tempestivamente la correspondiente excepción, que el juez acoge en su sentencia: ¿hubo real y efectiva actividad del actor (acción)?

Como la respuesta afirmativa es obvia, habrá que concluir que al ser rechazada la pretensión en la sentencia, el fundamento de ello radica en que ha fenecido el derecho (no la acción), que es lo que se niega al actor luego de toda la actividad de procesar.

Ésta es la razón por la cual empleo la voz *caducidad* (y no *prescripción*) para denominar a este presupuesto.

Y es que ciertos supuestos específicamente detallados en la ley niegan no el derecho sino la posibilidad misma de accionar por el solo transcurso del tiempo.

Otros ejemplos de esto se encuentran en los hoy derogados artículos 254²⁰ y 258²¹ del Código Civil argentino. Los ejemplos se multiplican en las diversas legislaciones.

Ahondando las diferencias cabe afirmar que, en general,

- los plazos de caducidad son siempre harto breves (y prolongados los de la prescripción),
- se establecen por razones de orden público (en interés de los particulares los de la prescripción),
- y, especialmente en la esfera de los derechos de familia (la prescripción es extensiva a todos los derechos patrimoniales);

²⁰ Cód. Civil, art. 254 (en su texto derogado): "Toda reclamación del marido contra la legitimidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio, deberá hacerse dentro de sesenta días contados desde que tuvo conocimiento del parto".

²¹ Cód. Civil, art. 258 (en su texto derogado): "Los herederos del marido no podrán contradecir la legitimidad de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, cuando él no hubiera comenzado la demanda. En los demás casos, si el marido ha muerto sin hacer reclamación contra la legitimidad del hijo, sus herederos y cualquiera persona que tenga interés actual en ello, tendrán dos meses para interponer la demanda..."

¹⁹ Cód. Civil, art. 3962: "La prescripción debe oponerse al contestar la demanda o en la primera presentación en el juicio que haga quien intente oponerla".

- por tanto, son irrenunciables (son renunciables los plazos prescriptivos)
- y no pueden ser objeto de suspensión (sí pueden serlo los de prescripción).
- Además, el comienzo de un plazo de caducidad es casi siempre incierto, pues nace de un hecho *eventual*: en el ejemplo, a partir de la toma de conocimiento del parto, no desde la fecha de éste.

Al igual que en el tema anterior, se trata aquí de privilegiar un derecho (en el caso, el de la legitimidad del hijo) con sacrificio de otro (el del padre que desconoce el carácter matrimonial del hijo): pero aquí no se niega el derecho de acción (el caso no es tan grave como el contemplado en el art. 326 *supra* citado) sino que se lo limita temporalmente (vencido el plazo legal se pierde el derecho de accionar).

El presupuesto de marras, entonces, indica que la acción –para obtener del juez un proceso– no debe haber caducado por el simple transcurso del tiempo (en los casos en los cuales la ley condiciona su ejercicio).

Para ver cómo opera todo esto en el plano jurídico, imagínese que en el supuesto del artículo 254 ya citado, si el padre demandaba contra su hijo a los noventa días de acaecido el parto. Inicialmente, el juez no debía admitir la demanda, pues *prima facie* había transcurrido con exceso el plazo de 60 días, sin perjuicio de abrir un *procedimiento* (no un proceso) para que dicho padre pudiera demostrar en él la fecha en la cual tomó conocimiento del parto (piénsese en un marino ausente que llega al país luego de ocurrido aquél): de allí surgía si el derecho había caducado (en cuyo caso se archivaba el procedimiento cumplido) o no (en este supuesto se originaba el proceso bilateralizándose la instancia).

El problema de interpretación que el tema presenta a todo jurista radica en que la ley no utiliza con puridad los términos caducidad y prescripción, haciendo fungir indebidamente uno con otro.

De allí que en cada caso habrá que determinar la esencia verdadera del instituto utilizado por el legislador para aplicar o no este presupuesto. Puede ocurrir, por fin, que el juez actuante no advierta oportu-

tunamente la caducidad del derecho de acción: podrá declararlo así en cualquier momento.

Más aún: si nadie advierte dicha caducidad y se origina el proceso, el demandado podrá alegar en todo tiempo la excepción de *caducidad de la acción*.

3.3. EL REQUISITO DE CAPACIDAD JURÍDICA DEL ACTOR

Se dice habitualmente que el problema de la *capacidad* no es particular de una rama del derecho sino que pertenece a la teoría general de la ciencia jurídica.

Si bien tal afirmación parece inicialmente exacta, deja de serlo a poco que se advierte que la genérica capacidad civil se halla notoriamente *aumentada* en el campo del proceso, toda vez que en él pueden actuar como *partes* todos los *incapaces civiles* e, inclusive, *entes que no son personas*.

Para mejor comprender esta idea, debe tenerse presente que pueden ser partes procesales *todas las personas* (gente o ente) en tanto sean susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones.

Surge de ello que, aunque conforme con la ley civil carezcan de absoluta capacidad civil las personas por nacer, los menores impúberes, los dementes y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito, pueden ser *partes del proceso* (aunque, claro está, deban actuar por medio de sus representantes legales) y, por tanto, accionar.

Algo similar ocurre con las *simples asociaciones civiles o religiosas* (que no tienen existencia legal como personas jurídicas, por carecer de autorización de la ley o del gobierno) y con ciertos *patrimonios autónomos* que, sin ser personas ni constituir simples asociaciones civiles (no son sujetos de derecho en el campo del derecho sustancial), son considerados como entes unitarios a efectos de poder participar en un proceso (la masa del concurso, que actúa en juicio por medio del síndico; la herencia vacante, que lo hace por medio del curador; los comités de beneficencia o promotores de obras públicas, monumentos, muestras, exposiciones, festejos, etcétera).

De acuerdo con esta explicación, parece obvio que el presupuesto juega negativamente, pues sólo los muertos (personas físicas fallecidas y personas jurídicas extinguidas) carecen de esta capacidad.

El problema resulta claro cuando se trata de persona jurídica extinguida: no puede accionar y la persona física que eventualmente intente hacerlo logrará abrir el proceso sólo en su propio nombre. Pero parece absurdo imaginar igual hipótesis respecto de persona física: nadie piensa en un muerto iniciando el proceso.

Sin embargo, debe tenerse presente que *acción es actividad* y que ella no se concreta a la iniciación del proceso sino que se despliega durante todo su curso, tanto por el actor como por el demandado.

De ahí que sea factible imaginar a una parte que fallece durante el curso del proceso: a partir de ese momento el proceso dejará de ser tal a menos que se instrumente el medio adecuado para integrarlo (por ejemplo, con los sucesores universales).

La ausencia del presupuesto de marras se pone siempre de manifiesto mediante la excepción de *falta de capacidad jurídica*, proponible —como todas las relativas a la acción— en cualquier momento y suplible por el juez.

3.4. EL REQUISITO DE ADECUADA INVESTIDURA DE LA AUTORIDAD

El último requisito de la acción exige que la persona que recibe el instar deba tener una calidad funcional suficiente para poder generar un proceso.

Caso contrario, quien insta obtendrá la promoción de un simple procedimiento que no logrará adquirir la jerarquía (y los efectos) del proceso.

En nuestro derecho poseen esa investidura:

- todos los jueces que integran el Poder Judicial,
- los árbitros designados en cláusula compromisoria o en compromiso arbitral, y
- el Senado de la Nación en el exclusivo caso de *juicio político* previsto por la Constitución para ciertos funcionarios.

Equiparados a este último se hallan los *Jurados* (o *Jurys*) de enjuiciamiento a magistrados judiciales, que han venido a suplantar al juicio político en algunas constituciones.

En un sistema jurídico de cogobierno, con absoluta separación de funciones y recíproco intercontrol de poderes, resulta inaceptable la ampliación

de esta nómina. En este sentido, es lapidaria y definitiva la terminante prohibición contenida en el artículo 109 de la Constitución Nacional²².

Obviamente, la prohibición alcanza a todos los funcionarios dependientes del Poder Ejecutivo: por eso es que ni racional ni constitucionalmente se concibe la idea de un “proceso” administrativo (volveré luego sobre el tema).

Así presentado, este presupuesto configura una condición de tipo académico, pues no puede dejar de ser cumplida toda vez que se presente una demanda en sede judicial o arbitral.

Sin embargo, tiene capital importancia porque opera negativamente: no importa ejercicio de la acción procesal —y, de consiguiente, no genera un proceso— lo que sirve para instar ante un órgano de la Administración.

De tal forma, lo allí actuado será petición, reacertamiento, queja o denuncia, pero no acción procesal. Por lo cual, al no haber proceso, no se lograrán los efectos que le son propios: por ejemplo, el fenómeno del caso juzgado.

En el orden penal, y dentro de un régimen acusatorio puro —que configura el *debido proceso* constitucional— todos estos presupuestos son susceptibles de existir en un régimen jurídico particular.

Una salvedad se impone: en nuestro derecho, la acción procesal recibe el nombre de *querella* cuando la efectúa un particular con un contenido pretensional de carácter exclusivamente punitivo. Por eso es que no se ha incluido a la querella como una instancia diferente de las otras, cosa que puede hacerse en otros regímenes jurídicos.

Cuando se insta por medio de ella, el juez penal —al igual que el juez de lo civil— debe efectuar un juicio de admisibilidad antes de bilateralizar la instancia; y en tal juicio analizará la eventual justiciabilidad del caso presentado a su conocimiento.

4. EL CONCEPTO DE REACCIÓN PROCESAL

Ya se ha dicho que, al definir a la acción procesal (partiendo desde la

²² “En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas”.

actividad que se cumple en el plano jurídico) como una particular instancia que es *necesariamente bilateral*, ocurre que el concepto sirve por igual para las dos partes contendientes en un proceso: *ambas instancias bilateralmente*, de modo que la afirmación del actor, por ejemplo, debe ser conocida por el demandado a efecto de que pueda controvertirla, al igual que la eventual afirmación del demandado (ya se verá que esto es en esencia su actividad de *excepcionar*) debe ser conocida por el actor a fin de que pueda discutirla, etcétera²³.

De allí que ambas actividades —la del actor y la del demandado— se diferencien sólo por el tiempo *sucesivo* en el cual se realizan: una es necesariamente anterior a la otra.

Por eso es que, reflejando esa circunstancia, la más moderna concepción del tema lo menciona utilizando los vocablos *acción* y *reacción* (insisto en que, en idioma castellano, significa “acción que resiste o se opone a otra acción, obrando en sentido contrario a ella”).

Pero la definición castiza no revela de modo exacto lo que técnicamente ocurre en el plano procesal, ya que por razones obvias el demandado no está obligado *siempre* a contradecir: ya se verá en el número siguiente cuáles son las posibles actitudes que puede adoptar una vez incoado el proceso.

4.1. LA REACCIÓN DEL DEMANDADO CIVIL

En el Capítulo 2 expliqué que el proceso comienza con una fase de necesaria *afirmación*: exteriorizando el ejercicio de la *acción*, el actor presenta ante la autoridad (juez o árbitro) una *demanda* conteniendo una *pretensión* respecto del demandado.

La fase siguiente está concebida como de *eventual negación* y, como tal, es apta para que el demandado *resista* dicha pretensión, oponiéndose a ella.

Destaco que la fase es de carácter *eventual*, pues, al momento de poder hacerlo, es factible que el demandado no oponga resistencia sino que, por lo contrario, acepte someterse a la voluntad del actor²⁴.

Del mismo modo, puede suceder que el demandado se desinterese por completo del debate, aun sabiendo que corre el riesgo de ser condenado en la sentencia²⁵.

Por último, es factible de acaecer que el demandado utilice el mismo procedimiento ya incoado por el actor para hacer valer en él una propia pretensión (*reconvención*).

Resulta así que, siempre desde la óptica de la actividad (o inactividad) que se cumple en el proceso, el demandado puede adoptar alguna de cuatro posibles actitudes: de *abstención*, de *sumisión*, de *oposición* y de *reconvención*.

Las veremos separadamente a continuación

4.1.1. LA ABSTENCIÓN DEL DEMANDADO

Puede suceder que el demandado no concurra al proceso, porque no ha conocido su iniciación (lo que dará lugar luego a ciertas impugnaciones, ver el Capítulo 30) o, más sencillamente, porque no le interesa sostener la discusión propuesta por el actor²⁶.

Puede ocurrir también que, luego de concurrir al proceso cuando el juez lo cita a *comparecer* ante él, guarde silencio en la *fase de negación*, durante la cual debe expresarse so pena de surgir algún efecto contrario a su posición en el litigio (las consecuencias de este supuesto son similares a las del anterior).

De ahí que las leyes procesales, al regular los efectos de la *inactividad* de alguna de las partes, deban establecer cuál es el valor del *silencio* en el campo del proceso²⁷.

²⁵ Aunque parezca increíble, esta actitud es muy común. En mi ciudad, por ejemplo, las estadísticas me permiten referir porcentajes que hoy traigo a colación: cerca del 40% de los pleitos termina *sin la presencia del demandado*. La causa es desconocida; por mi parte, creo que muchos deudores que *saben que deben y que no pueden pagar ahora*, dejan que el proceso avance sin generarse mayores costes, sabiendo que habrán de hacerlo inexorablemente más adelante, cuando sea el tiempo de ejecutarse lo sentenciado. Igual actitud exhiben los insolventes de solemnidad...

²⁶ Adviértase, por ejemplo, que el silencio puede esconder una donación que no quiere hacerse abiertamente.

²⁷ Lamentablemente, no todos los códigos otorgan valor al silencio, en incomprensible actitud legislativa. Ello ha motivado la aparición de enormes problemas procedi-

²³ Doy por reproducida aquí la nota 7 de este Capítulo.

²⁴ Ya se ha visto en el Capítulo 1 que esto es el *allanamiento*.

En el derecho privado, generalmente, rige norma similar a la contenida en el artículo 919 del Código Civil argentino²⁸. Ejemplos claros de ello los da el propio Codificador en la nota respectiva²⁹.

En el campo procesal debe suceder otro tanto, precisamente porque allí es donde *interrogan los jueces*³⁰.

En el Capítulo 11 se verá que, en la tarea de procesar, el juez se concreta a *conectar* las instancias de las partes, a cuyo efecto les genera *cargas* cuyo incumplimiento debe revertir necesariamente en contra del interés del incumpliente.

En este sentido –el de *carga*– es que tiene que ser comprendido el vocablo *obligación* utilizado en la norma recién mencionada.

Por tanto, el guardar silencio cuando el juez coloca al demandado en la *carga de contestar* (fase de negación), es obvio que debe producir algún efecto contrario al interés de éste porque, caso contrario, el proceso sería absolutamente inútil como medio de debate.

Los códigos más modernos legislan que, en tal supuesto, el demandado acepta implícitamente la existencia y exactitud de los *hechos* afirmados por el actor, a consecuencia de lo cual éste queda automáticamente relevado de confirmarlos³¹. En otras palabras: el silencio genera una

mentales que, entre otras razones, ha generado la asombrosa morosidad judicial que hoy se sufre en todo el Continente.

²⁸ La norma dice así: “El silencio opuesto a actos, o a una interrogación, no es considerado como una manifestación de voluntad, conforme al acto o a la interrogación, sino en los casos en que haya una obligación de explicarse por la ley o por las relaciones de familia, o a causa de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes”.

²⁹ “Cuando una mujer separada de su marido le denuncia su embarazo, el silencio de éste es una confesión de paternidad [...] Cuando los trabajos efectuados sobre un terreno exponen al vecino a un perjuicio resultante de las aguas pluviales, y éste los ve sin reclamar, se juzga que consiente tácitamente en sufrir el perjuicio [...] Cuando un hijo menor, estando presente su padre, asegura a su futura esposa que tiene el consentimiento de su padre para contraer matrimonio, y éste se calla, su silencio se reputa como un consentimiento prestado [...] Cuando se guarda silencio a las interrogaciones de los jueces, el silencio se tiene por confesión del hecho sobre que se pregunta”.

³⁰ Por supuesto, esta afirmación no implica aceptar bondad alguna en el sistema inquisitivo, ya largamente denostado en el Capítulo 4. Sólo significa dar valor jurídico al silencio cuando la parte ha sido colocada en la carga de contestar y no lo hace, tal como se señala en el texto.

³¹ Por ejemplo, el art. 143 del CPC de Santa Fe dice así: “La falta de contestación a la demanda, aun en el juicio en rebeldía, o a la reconvenición, implica el reconocimiento

presunción establecida por la ley, que siempre es de carácter *relativo* y, por ende, admite prueba en contrario por parte del demandado³².”

Esta posición –que otorga papel relevante al silencio– es congruente con el concepto de *proceso* como *método de diálogo*.

Y es que toda conversación está siempre plagada de silencios, al igual que la música³³, pues a veces un determinado silencio dice mucho más que cualquier afirmación.

Adviértase que la aceptación refiere sólo a los hechos, nunca al *derecho*, toda vez que éste debe ser aplicado por el juez con prescindencia de la voluntad de las partes (ver la regla *jura novit curiae* en el Capítulo 12 y los problemas que genera su aplicación lisa y llana).

Reitero: los métodos pueden ser varios y contingentes; de ahí que sea imprescindible legislar un exacto valor del silencio en un proceso que se desarrolle conforme con un verdadero sistema, más allá de lo que puedan decir al respecto las eventuales leyes que rigen actualmente el problema.

Pero debe quedar en claro que si un cuerpo legal no le otorga efectos estrictamente determinados, el método así consagrado es indudablemente ineficaz.

Y ello por una razón elemental: si en los términos generalizados de las leyes sólo deben ser materia de confirmación los *hechos controvertidos* o *contradichos* (es decir, los afirmados en la demanda y negados en la contestación) resulta que si el demandado se abstiene –no responde– y su silencio carece de efectos adversos a su propio interés, *el actor deberá confirmar todo lo que afirmó*.

Esto es lo que sucede en algunos códigos (cual el *Procesal de la Nación Argentina*) que establece que en caso de falta de contestación a la demanda por parte del demandado, *el juez podrá tenerlo –al momento de sentenciar– por conforme con las cuestiones de hecho debatidas*.

de los hechos articulados por el actor o reconviente, sin perjuicio de la prueba en contrario que produjere el demandado o reconvenido. Omitida la contestación, se llamarán los autos para sentencia, si correspondiere; decreto que se revocará si aquéllos solicitaren la apertura a prueba”.

³² Otras legislaciones, en cambio, consagran efectos menores: dan al silencio el simple valor de un *indicio* en contra del demandado.

³³ Tanto es así que resulta inconcebible una partitura musical que tenga sólo notas y ningún silencio...

Con lo cual el silente se coloca procesalmente en mejor situación que el que acató el cumplimiento de la carga de responder toda vez que, por el temor de que en oportunidad de dictar sentencia el juez entienda³⁴ que algo debió ser confirmado y no lo fue, el actor termine perdiendo el pleito que litiga contra nadie³⁵. Y recuerde el lector que ¡siempre hay alguien que es más papista que el propio Papa!

4.1.2. LA SUMISIÓN DEL DEMANDADO

Puede suceder también que, incoado un proceso, el demandado decida someterse a la pretensión del actor, efectuando la prestación reclamada por éste en la demanda.

Esta actitud implica no oponer resistencia alguna en el litigio, aunque cabe suponer que ella existió en el plano de la realidad, pues de otra forma no puede ser explicada la existencia del conflicto.

La sumisión debe ser considerada sólo como eso: por tanto, no implica reconocimiento del derecho invocado por el actor (advuértase que puede constituir una donación encubierta) y cuando se presenta en el proceso éste debe terminar de inmediato, *toda vez que nada hay para discutir en lo que sólo es un medio de debate*. Se llega así a una de las soluciones *autocompositivas* estudiadas en el Capítulo 1.

Sin embargo, algunas legislaciones —también aquí el tema es contingente— no exigen la efectiva dación de la prestación reclamada sino que se contentan con pedir del demandado la mera expresión o promesa de su sumisión.

Cuando esto ocurre es menester llegar, sin más trámites, a la emisión de la sentencia por el juzgador.

Resulta así que, en las leyes que esto consagran, el proceso termina realmente por la vía heterocompositiva de la sentencia.

Procesalmente, la sumisión del demandado se designa con la denominación de *allanamiento* que, como tal, es realizable en cualquier momento del proceso.

Pero para que éste pueda operar es menester que la relación jurídica litigiosa verse acerca de un derecho que sea *disponible* (transigible) para las partes.

De ahí que no pueda aceptarse judicialmente —y por ende, carece de todo efecto— el allanamiento recaído respecto de pretensión fundada en derecho indisponible. Por ejemplo, si el actor pretende la declaración de nulidad de un matrimonio, poco importa que el cónyuge demandado se allane o no, pues siempre deberá el actor acreditar ante el juez los hechos que fundamentan la pretensión (ver el Capítulo 22).

Como en cualquier sistema la actitud de sumisión importa la voluntad de no litigar, las leyes procesales en general la estimulan mediante una suerte de compensación que premia el espontáneo aquietamiento de las pasiones.

Y así, cuando el allanamiento es

- *oportuno*: debe presentarse sólo en la fase de la negación, al tiempo de estar vigente el plazo para contestar la demanda;
- *real*: debe surgir inequívocamente de la actuación respectiva la voluntad de no litigar;
- *incondicionado*: debe ser puro y simple, no formulado subsidiariamente o con reservas o condiciones;
- *total*: debe comprender la totalidad de la pretensión actora, y
- *efectivo*: debe cumplir la prestación reclamada cuando se trata de pretensiones de condena, el demandado se exime de cargar con el pago de las costas devengadas en el proceso (si es que no se dan otros supuestos que puede prever la ley para casos concretos).

Sin que medie allanamiento puede ocurrir, finalmente, que el demandado admita los hechos invocados por el actor (pero no el derecho) o, a la inversa, admita el derecho pero no los hechos: esto se conoce con las denominaciones respectivas de *confesión* y de *reconocimiento*.

4.1.3. LA OPOSICIÓN DEL DEMANDADO

Puede suceder también que el demandado oponga una *resistencia* a la pretensión demandada (lo cual supone la exclusión de las actitudes de abstención y de sumisión), oponiéndose en el proceso a aceptarla.

³⁴ Recuérdese el uso del verbo *podrá* referido a lo que el juez hará en la sentencia, luego de haber finalizado la etapa confirmatoria.

³⁵ Esto ocurre a cada rato en la Argentina, que practica el autoritarismo judicial.

Esto es lo que origina el desarrollo de toda la serie procedimental y, de no mediar una solución autocompositiva durante su curso, desembocará en la sentencia (objeto del proceso) que resolverá el litigio.

La contradicción debe operar en la fase de negación del proceso y puede presentarse de dos maneras:

1) contradiciendo los argumentos fundantes de la pretensión, mediante la simple *negativa* acerca de la existencia del hecho constitutivo de la obligación cuya prestación pretende el actor o del derecho en la cual la fundamenta (esto es la *contestación de demanda* que se verá en el Capítulo 21), y

2) mediante la *afirmación de un hecho* extintivo, impeditivo, invalidativo o convalidativo (ver sus conceptos en el Capítulo 22) del hecho constitutivo, invalidativo o convalidativo (*idem*) invocado por el actor en su demanda (esto es, la *oposición de excepciones* que se verá en el Capítulo 21). Un ejemplo ayudará a comprender la distinción: si Juan demanda a Pedro pretendiendo cobrar una suma de dinero que dice que le prestó y no le devolvió, Pedro puede oponerse a la pretensión diciendo simplemente a Juan que *no le debe* (contradiciendo) o, también, que *ya le pagó* (excepcionando).

En el lenguaje corriente ambas respuestas parecen tener idéntico significado: Pedro no se considera deudor. Sin embargo, en el tecnicismo procesal existe enorme diferencia entre ellas: decir que *no se debe* implica negar la existencia misma del hecho constitutivo de la obligación (a consecuencia de lo cual y conforme con las reglas que gobiernan el diálogo procesal, Juan tendrá que *confirmar* su afirmación inicial, negada por Pedro; y si no logra efectuarla, perderá el litigio. Como se ve, nada tiene que hacer Pedro luego de emitir su simple negativa); por lo contrario, decir que *ya se pagó* significa cosa diferente: que en algún momento se debió pero que se canceló la obligación por medio del pago (a consecuencia de lo cual, y conforme con las mismas reglas ya citadas, nada tendrá que confirmar Juan toda vez que el hecho constitutivo de la obligación demandada fue aceptado implícitamente por Pedro; en cambio, éste tendrá que acreditar el hecho del pago y, si no lo hace, perderá el pleito)³⁶.

³⁶ Todo esto será minuciosamente explicado en el Capítulo 22.

Esta diferencia en la actividad que puede cumplir el demandado al contradecir la pretensión del actor permite dividir el tema para estudiarlo desde una doble óptica: *contradicción* y *excepción*.

Ambas actitudes deben ser adoptadas en la *contestación de la demanda* que, como acto inicial de la fase procesal de negación, tiene *presupuestos* propios que explicaré *infra* en el Capítulo 21.

4.1.3.1. LA CONTRADICCIÓN DEL DEMANDADO

Esta actitud de la oposición tiene lugar cuando el demandado, mostrando resistencia a acatar la pretensión del actor, se limita a negar la existencia de su fundamento fáctico o de su encuadre jurídico³⁷.

Debe efectuarse necesariamente en lo que he llamado *fase procesal de negación* que se abre, por un plazo siempre determinado en la ley, luego de que el juez coloca al demandado en la *carga de contestar* (confiriéndole *traslado de la demanda*).

Los requisitos exigidos por las leyes procesales para efectuar la contestación serán explicados en el Capítulo 21.

4.1.3.2. LA EXCEPCIÓN DEL DEMANDADO

Esta actitud de la oposición tiene lugar cuando el demandado, mostrando al igual que antes una resistencia a acatar la pretensión del actor, afirma en su contestación la existencia de un hecho de carácter *extintivo* o *invalidativo* o *convalidativo* respecto del hecho constitutivo afirmado por el actor en su demanda³⁸ o *impeditivo* de la formación o continuación de la serie procesal.

Esta conceptualización halla su base, como el resto de la explicación dada en esta obra, en la actividad que realmente cumple el demandado en el proceso.

Doctrinalmente, se ha dado al vocablo *excepción* un significado aun mayor, al designar con él al *derecho de contradecir del demandado*³⁹,

³⁷ En el responde así concebido, el demandado dice simplemente: *no o no le debo*.

³⁸ En el responde así concebido, el demandado —ahora *excepcionante*— dice: *no le debo porque... o le debía, pero...* Del mismo modo puede responder el actor a las afirmaciones del demandado que sirven de sustento a la interposición de su excepción.

³⁹ Así lo denominó el inolvidable maestro colombiano Hernando Devis Echandía y,

hablándose así de *acción y excepción* como formas específicas del derecho de petición a la autoridad que está consagrado en todas las constituciones modernas⁴⁰.

En otras palabras, se le da al término *excepción* el significado de *derecho de réplica* al contenido de la acción.

Desde la óptica jurídica –y no de la actividad cumplida– la doctrina autoral clasifica a las excepciones desde diversos ángulos diferentes:

- 1) según su origen, en
 - *materiales* (tienen su origen en la legislación de fondo) y
 - *procesales* (lo hallan en la propia legislación procesal);
- 2) según sus efectos, en
 - *perentorias* (o perpetuas): constituyen defensas contra el derecho alegado por el actor;
 - *dilatorias* (o temporales): son defensas que versan sobre el proceso y no sobre el derecho que fundamenta la pretensión, y
 - *mixtas*: son aquellas que operan procedimentalmente en modo similar a las dilatorias pero que provocan, en caso de ser acogidas, los efectos propios de las perentorias.

A su turno, las dilatorias (y, a veces, las mixtas) se relacionan con lo que la doctrina denomina *impedimentos procesales* o *cuestiones de procedibilidad*, a su vez íntimamente emparentadas con los *presupuestos procesales*.

Otra vez se ve aquí la existencia de una anarquía terminológica que necesariamente conduce a un caos interpretativo, cosa que el lector puede comprobar con facilidad leyendo sólo algunas pocas obras de diferentes autores.

Personalmente –y no desde la óptica que parte del texto legal o de los efectos que producen las defensas esgrimidas, sino de la actividad que real y efectivamente cumple el demandado en el proceso– creo que a los fines sistémicos y docentes propios de esta exposición corresponde

por muchos años, sirvió para la explicación puntual del tema en casi todas las Universidades de América.

⁴⁰ La idea pertenece al notable procesalista argentino Jorge Clariá Olmedo, a quien tanto le debe el procesalismo americano.

distinguir entre los posibles *objetos* de las respectivas excepciones (consagradas o no en las leyes procesales).

Y así, partiendo siempre de la alegación por el demandado de un hecho impeditivo, extintivo o invalidativo del hecho constitutivo afirmado por el actor en su demanda, clasificaré las distintas excepciones según que:

- 1) *ataquen a la acción*, con el objeto de lograr su *extinción* o su *paralización temporal*;
- 2) *ataquen a la pretensión*, con el objeto de que ella sea desestimada en la sentencia;
- 3) *ataquen a la oportunidad en la cual el juez debe sentenciar* con el objeto de evitar la creación de caos jurídico.

En el Capítulo 21 desarrollaré todo el tema relativo a las excepciones, en oportunidad de referir qué puede hacer el demandado cuando se le genera la carga de contestar la demanda.

4.2. LA REACCIÓN DEL REO PENAL

Por obvias razones derivadas del interés jurídico tutelado por la ley penal y de la naturaleza sancionatoria de sus normas, así como de expresos derechos fundamentales acordados en todas las constituciones modernas a quien se halle imputado por la comisión de un delito (reo), su reacción en el respectivo proceso no debe ni puede ser similar a la del demandado civil.

Por lo pronto, y como lo reiteraré como requisito específico de esta reacción, para la generalidad de las leyes y de los autores no cabe aceptar razonablemente la posibilidad de un procesamiento *en ausencia del imputado*⁴¹ ni, mucho menos, la de un juzgamiento que puede derivar a una sentencia de condena.

En esta tónica, si el reo no comparece ante la citación judicial, habrá de ordenarse su detención⁴² y hasta tanto no sea habida, el juicio quedará suspendido⁴³.

⁴¹ Existen constituciones que consagran expresamente este principio fundamental, cual la de Albania, art. 55.

⁴² Referiré el tema en el Capítulo 31, al dar opinión acerca de la prisión preventiva.

⁴³ Hay autores, en cambio, que bregan por consagrar el juzgamiento en ausencia (o *en rebeldía*) sosteniendo que, muchas veces, el ausente mejora su situación procesal a

De ahí que no quepa hablar en el caso de una *actitud de abstención* como en el juicio civil, al cual el demandado comparece sólo *voluntariamente*, sabiendo que el incumplimiento de la carga respectiva y su silencio pueden generar efectos contrarios a su interés.

Inversamente, el silencio del imputado carece de todo efecto en el procesamiento penal⁴⁴: según cláusula constitucional de vigencia universal, *nadie está obligado a declarar en contra de sí mismo*⁴⁵.

Tampoco cabe hablar de una *actitud de sumisión*, pues resulta inaceptable que el juzgamiento del reo se efectúe sobre la exclusiva base del reconocimiento de la imputación⁴⁶⁻⁴⁷.

Tanto es así que la moderna doctrina procesal acepta que la confesión del imputado es un *medio de defensa* y no de *confirmación de los hechos* (con lo cual se evita que un sujeto —un padre, por ejemplo— asuma la responsabilidad penal de otro —un hijo, por ejemplo—).

Obviamente, la *actitud de oposición* aparece automáticamente de modo pleno y, dentro de ella, la con la *simple negativa* y aun con el *silencio* del imputado.

partir, precisamente, de la ausencia. Y esto no es moral ni deseable. De ahí que, para poder instrumentar legalmente esta posibilidad, hay que asegurar tan sólo una cosa: la *adecuada citación in persona del imputado*. A partir de allí, nacen las respectivas cargas procesales para él y es dueño de hacer lo que desee con su destino.

⁴⁴ Adelanto concepto sobre el cual insistiré particularmente en esta obra: el imputado penal *no tiene carga procesal alguna*, ni de presentar coartadas explicativas de su inocencia ni, mucho menos, de confirmar hechos para descartar la acusación.

⁴⁵ En el Capítulo 22, al estudiar los medios de confirmación, se verá claramente que la absolución de posiciones —medio para provocar la confesión de la contraparte civil— es inconstitucional, pues no respeta esa precisa garantía.

⁴⁶ Esta frase es opinable y se acepta o no según el sistema de juzgamiento que se emplee al efecto. En el *common law*, por ejemplo, es corriente adoptar esta actitud de sumisión en orden a lograr, por ejemplo, una condena menor u obtener —mediante alguna suerte de avenimiento— un mejor trato procesal (en rigor, el problema no es procesal sino de política criminal). Ello tiene que ver, claro está, con la adopción de la regla de la *oportunidad* (significa que el acusador público acusa sólo si desea hacerlo y en orden a los medios de confirmación que haya conseguido el efecto. Caso contrario, se abstiene de acusar y el orden jurídico permanece incólume) y no con la de la *legalidad* (significa que el acusador público debe acusar aunque no desee hacerlo por su carencia de medios confirmatorios. En este caso, si no acusa, incumple un deber elemental y es sancionable).

⁴⁷ En la actualidad argentina, esto es lo que sucede precisamente en el llamado *juicio abreviado*.

A su turno, la *excepción* puede ser configurada en forma similar a la ya descrita respecto del campo civil: el imputado afirma la existencia de un hecho que es extintivo o invalidativo de la acción o de la pretensión punitiva o impeditivo de la formación útil del proceso⁴⁸. Cuando se presenta esta actitud resulta obvia la carga de confirmar los hechos fundantes de ella; empero, nótese bien, la ausencia confirmatoria en el caso no genera presunción de autoría sino, a lo sumo, de no existencia del hecho propio de la excepción.

Pero aún más: la peculiar naturaleza de los intereses en juego hace que, ya condenado por sentencia firme, el reo todavía pueda excepcionar afirmando ahora la existencia de un hecho extintivo de la pena impuesta, además de tener abierta en muchos ordenamientos la posibilidad de interponer un *recurso de revisión* (ver el Capítulo 30).

En el Capítulo 21 enumeraré las posibles excepciones que el reo puede deducir en el juicio penal.

5. LOS REQUISITOS GENERALES PARA EL EJERCICIO VÁLIDO DE LA REACCIÓN PROCESAL

Explicaré ahora el tema en orden a los diferentes enjuiciamientos: civil y penal.

5.1. EL REQUISITO GENERAL PARA EL EJERCICIO VÁLIDO DE LA REACCIÓN DEL DEMANDADO CIVIL

Habida cuenta de la exacta similitud que existe en la esencia misma de las actividades de accionar y de reaccionar procesalmente, tal como ya han sido presentadas en este Capítulo y, además, la diferencia exclusivamente temporal que muestran ambas, parece obvio que el único requisito de la reacción debe ser la *capacidad jurídica del demandado*⁴⁹.

A lo ya explicado acerca del mismo tema relativo a la acción procesal, corresponde agregar ahora que cuando la demanda se dirige contra una persona fallecida o cuando el ya demandado fallece durante el

⁴⁸ En el Capítulo 21 presentaré las excepciones propias del reo penal.

⁴⁹ En mi *Introducción...* empleé otro método explicativo, refiriendo en este tema algunos presupuestos que mencionaré luego y oportunamente entre los que integran el elenco de requisitos propios de la contestación de la demanda (ver el Capítulo 21).

curso de la serie procedimental, queda obviamente impedida la formación válida del proceso por falta de capacidad jurídica de aquél.

Para descartar el problema y lograr un proceso útil en el cual exista un adecuado contradictorio, corresponde citar a los herederos del causante para que ellos tomen su participación en el proceso.

La generalidad de las leyes que adoptan expresamente esta solución prevén que la citación debe ser efectuada mediante *edictos*; además, establecen que si los interesados no comparecen cabe la designación de un *curador* que habitualmente cumple una doble función: la de *curador ad hoc de la herencia* y la de *defensor de los herederos rebeldes*, carácter en el cual actúa durante el curso faltante de la serie procedimental.

5.2. LOS REQUISITOS GENERALES PARA EL EJERCICIO VÁLIDO DE LA REACCIÓN DEL REO PENAL

Aunque la lógica indica que no puede decirse en este punto lo mismo que se adelantó precedentemente respecto de que quien ejerce la reacción debe ser una persona con capacidad jurídica al efecto, lo incluyo deliberadamente en este tópico como requisito específico de la reacción del reo penal al sólo efecto de eliminar todo posible regreso al ignominioso pasado medieval, en el cual la ya no tan santa Inquisición juzgaba, sentenciaba y ejecutaba a muertos y a animales⁵⁰.

Pero además y sin perjuicio de ello, creo que es requisito específico de la reacción penal el que la acción con pretensión punitiva se haga valer ante el propio reo en persona y no en su ausencia. Con ello descarto la posibilidad de juzgar penalmente en rebeldía.

Sé que esta afirmación es opinable y que existe muy seria doctrina que rebate inteligentemente esta posibilidad⁵¹.

Creo que el tema merece ser reflexionado y que ya es tiempo oportuno para hacer todo un replanteo respecto de su vigencia.

Mientras tanto ello no se discuta, ratifico la opinión vertida *supra*, pues creo que aun cuando contingentemente en un tiempo y lugar dados pueda ser conveniente para el reo en virtud de una normativa que así lo establezca, el problema es político y no jurídico. Y la historia muestra hasta el hartazgo cuán grande es el peligro de permitir la persecución penal en ausencia y rebeldía, ya dejada de lado gracias a una gran conquista de la civilidad.

6. LA LLAMADA ACCIÓN PENAL

A partir del concepto unitario y elemental de la acción procesal considerada como instancia necesariamente bilateral, no puede insistirse ni doctrinal ni legislativamente en la existencia de una *acción penal* diferente de otras *acciones*: ya se ha visto que el concepto es insusceptible de toda suerte de clasificación.

⁵⁰ Quien hace un prolijo análisis del tema es Paul Tabori en su preciosa *Historia de la estupidez humana* (Ediciones Siglo, Buenos Aires, 1987), También Henry Kamen, en su muy documentada *La Inquisición Española*, Ed. Crítica, Barcelona, 1967, al recordar cómo se juzgaba en efígie a los herejes ya muertos, la que finalmente era quemada públicamente: con esto se daba escarmiento a los demás, haciendo ver que la herejía era pecado nefasto que no podía ser perdonado.

⁵¹ Ver SUPERTI, Héctor, *Derecho Procesal Penal: temas conflictivos*, Juris, Rosario, 1998.

CAPÍTULO 8

LA PRETENSIÓN PROCESAL

SUMARIO:

1. Concepto de *pretensión procesal*
2. Clasificación de las pretensiones procesales
 - 2.1. Declarativas de derechos
 - 2.1.1. Simplemente declarativas
 - 2.1.2. De condena
 - 2.1.3. Constitutivas
 - 2.2. Ejecutivas
 - 2.3. Cautelares
 - 2.4. Coexistentes
3. Elementos de la pretensión procesal
4. Comparación de pretensiones procesales y sus efectos
 - 4.1. Indiferencia o independencia
 - 4.2. Identidad
 - 4.3. Conexidad simple
 - 4.3.1. Simple subjetiva
 - 4.3.2. Simple objetiva
 - 4.3.3. Simple causal
 - 4.3.4. Mixta objetivo-causal
 - 4.3.5. Mixta subjetivo-causal
 - 4.4. Afinidad

1. EL CONCEPTO DE PRETENSIÓN PROCESAL

Al igual que algunos de los conceptos anteriormente presentados, el de *pretensión* ha generado una evolución doctrinal plagada de ideas y puntos de vista antagónicos, demasiado extensos para enumerar en esta obra, y que –sin intentar rebatir– van desde considerarla como un *acto* hasta ver en ella el *objeto del proceso*.

Desde la óptica que mira hacia la actividad que se cumple en la vida jurídica, parece claro que la pretensión es una *declaración de voluntad hecha en el plano de la realidad social mediante la cual se intenta subordinar a la propia una voluntad ajena* (devuélveme lo que te presté, págame lo que me debes); la insatisfacción de la pretensión, por la aparición contemporánea de una resistencia a ella, es lo que origina el conflicto intersubjetivo de intereses¹.

El traslado de esa *pretensión* al plano jurídico del proceso (único suceso que interesa ahora) se efectúa mediante el ejercicio del derecho autónomo y abstracto de *acción* que, no obstante tales calificaciones, no puede ser materialmente ejercido sin estar acompañado de modo ineludible por aquella.

A su turno, tal ejercicio del derecho de acción se efectúa exclusivamente mediante la presentación a la autoridad de un documento: la *demanda*. De tal modo, los conceptos de *acción*, *pretensión* y *demanda* son idealmente correlativos y se apoyan en forma recíproca para explicar el fenómeno, que no puede ser entendido de modo integral sino con la conjunción de tales conceptos: adviértase que la *demanda* consiste materialmente en un documento cuya presentación al juez (o al árbitro) exterioriza el ejercicio de la *acción* (instar a la autoridad) y que resulta ser el continente de un contenido necesario: la *pretensión*².

Ya se ha visto que, a los efectos de accionar, no importa que el conflicto exista o no en el plano de la realidad: *basta que se afirme su existencia* (regla básica de procesamiento: la demanda *debe* afirmar la existencia del conflicto; caso contrario la pretensión se muestra *abstracta* y ello impide la obtención de un proceso). Este fenómeno recibe la denominación de *litigio*.

Para hacer más sencilla la idea y posibilitar la recíproca correlación de conceptos: imagínese a alguien que, en la calle, nos tiende su mano con la palma extendida hacia arriba: nadie podrá ignorar que éste es el símbolo universal del pedir. ¿Pero, qué pide? ¿Pan? ¿Dinero?

Que se presenta en la realidad con total prescindencia del efectivo derecho o razón que el pretendiente y el resistente tengan para fundar sus respectivas posiciones antagónicas.

Tales ideas se reiterarán en el Capítulo 20, al presentar a la demanda como el acto iniciador del desarrollo del proceso.

En razón de que la actitud de pedir no puede ser vista sino con relación al objeto que se pide (no es racionalmente imaginable la situación de *pedir nada*), es que la acción (el simple hecho de instar) no puede escindirse de la pretensión (la cosa concreta respecto de la cual se insta).

Por tanto, *pretensión procesal* es la declaración de voluntad hecha en una *demanda* (plano jurídico) mediante la cual el actor (pretendiente) aspira a que el juez emita —después de un proceso— una sentencia que resuelva efectiva y favorablemente el litigio que le presenta a su conocimiento.

No creo que en la formulación del concepto deba incluirse necesariamente la exigencia de *tutela jurídica*³, pues ello está implícito en la aspiración de resolución del litigio; y tampoco que deba afirmarse imprescindiblemente la *efectiva vigencia de una norma* respecto de dicho litigio, pues el juez ha de decidir incluso en caso de ausencia de ella, interpretando o integrando al efecto el orden jurídico.

Tanta importancia tiene este concepto en el derecho procesal, que es en concreta función de él que el legislador norma la cadena procedimental⁴.

Así es como existe un procedimiento *ordinario* (como plena garantía de total discusión) frente a otro *sumario* (más breve que el anterior, con merma de plazos, medios de confirmación, impugnaciones, etcétera).

Similarmente, a partir del concepto de pretensión es que se determina la *competencia* y el número de grados de conocimiento judicial, etcétera, pues la *pretensión* es el motivo de la *controversia* y ésta, el *tema* sobre el cual ha de versar necesariamente la *sentencia*.

³ Como lo hace importante y abundante doctrina.

⁴ En general, la duración del trámite procedimental y el otorgamiento de un mayor o menor ejercicio de la defensa en juicio se establecen conforme a la importancia de la pretensión deducida en la demanda (por ejemplo, al mayor valor discutido se le imprime trámite de juicio ordinario y no de juicio sumario) o en el requerimiento de pena (la competencia judicial no es la misma para delitos mayores que para los menores y es diferente el trámite que debe ser cumplido respecto de cada uno de ellos).

2. LA CLASIFICACIÓN DE LAS PRETENSIONES PROCESALES

Si se intenta efectuar una clasificación de las posibles pretensiones —en orden a lo que materialmente se pide al juez que declare en su sentencia— los criterios clasificatorios pueden ser muchísimos e inciertos: así es como se habla de pretensiones *personalísimas* y *patrimoniales*, *reales* y *personales*, *civiles* y *penales*, etcétera.

En rigor, la doctrina generalizada llama indebidamente a esto *acciones personalísimas*, *acciones patrimoniales*, *acciones reales*, etcétera, sin advertir que al ser unitario y elemental el concepto de acción procesal, no es susceptible de clasificación alguna.

Pero si el criterio clasificador parte del método seguido en esta obra y, de consiguiente, tiene exclusivamente en cuenta la *esencia de la tarea* que debe cumplir el juzgador al sentenciar, las pretensiones (al igual que los procesos y las sentencias, todo en recíproca correspondencia) pueden ser: declarativas de derechos, ejecutivas de prestaciones y cautelares de hechos y de derechos.

2.1. LAS PRETENSIONES DECLARATIVAS DE DERECHOS

En general, son aquellas mediante las cuales se intenta obtener la declaración o la determinación del derecho a aplicar en un litigio sobre la base de los hechos que lo configuran. Ellas admiten una triple clasificación:

2.1.1. LAS PRETENSIONES SIMPLEMENTE DECLARATIVAS O DE MERA DECLARACIÓN

Son aquellas mediante las cuales se intenta —exclusivamente— lograr que el juez la simple declaración de la existencia o inexistencia de un derecho, satisfaciendo ello integralmente el interés del pretendiente (por ejemplo, la que tiende a establecer la falsedad de un documento o la inexistencia de una obligación, etcétera).

La característica primordial de este tipo de pretensión es que puede basarse en un litigio *eventual* (por daño potencial) y no *actual* o *real*, aunque exige la presencia de un interés jurídico *actual* para poder ser promovida con eficiencia (utilidad).

Sólo los códigos más modernos admiten la promoción de estas pretensiones *mere declarativas*, que han sido reconocidas por la doctrina como la *quintaesencia* de la actividad jurisdiccional.

2.1.2. LAS PRETENSIONES DECLARATIVAS DE CONDENA

Son aquellas mediante las cuales se intenta obtener no sólo la declaración de la existencia de un derecho sino que también incluyen la aspiración de que el juzgador emita un mandato individualizado de condena a dar, hacer o no hacer una prestación (por ejemplo, la que tiende a lograr el pago del precio de la cosa comprada y no abonada, o que el demandado construya o no una pared, etcétera).

Este tipo de pretensión es la que se presenta en mayor proporción en la vida jurídica y es habitual referir a ellas toda suerte de explicación acerca del fenómeno procesal.

2.1.3. LAS PRETENSIONES DECLARATIVAS DE CONSTITUCIÓN (PRETENSIONES CONSTITUTIVAS)

Son aquellas mediante las cuales se intenta lograr no sólo la declaración de la existencia de un derecho sino que también incluyen la aspiración de que, como consecuencia de ella, se cree, modifique o extinga un estado jurídico. Por ejemplo, la declaración de divorcio de los cónyuges constituye el estado jurídico de *divorciado* para cada uno de ellos, o la declaración de existencia de un hecho ilícito constituye un *acreedor* y un *deudor* por los daños ocasionados a su consecuencia, etcétera.

2.2. LAS PRETENSIONES EJECUTIVAS DE PRESTACIONES

Son aquellas mediante las cuales se intenta lograr la ejecución coactiva de un derecho que ya está reconocido o declarado en una sentencia (título *ejecutorio*) o en un instrumento al cual la ley otorga carácter fehaciente (título *ejecutivo*). Por ejemplo, la pretensión de percibir del deudor la suma de dinero a cuyo pago fue demandado judicialmente y que no abonó luego de ser dictada la correspondiente sentencia de condena; la de percibir el importe de una deuda cuya existencia fue reconocida en un instrumento público, etcétera.

3. LAS PRETENSIONES CAUTELARES DE PRUEBA DE HECHOS Y DE DERECHOS

on aquellas mediante las cuales se intenta lograr no la declaración de un derecho ni la ejecución de una prestación sino el *aseguramiento* anticipado de:

la *prueba de un hecho* (por ejemplo, la comprobación judicial del *estado de alguna cosa* en cierto lugar y tiempo) o el de

la *vigencia de un derecho* (por ejemplo, la garantía para el acreedor de que su deudor no perderá sus bienes como consecuencia de caer en estado de insolvencia que imposibilitará cobrar la acreencia luego de ser declarado el derecho a hacerlo, etcétera).

tema se comprenderá cabalmente luego de la lectura del Capítulo 31.

4. LAS PRETENSIONES COEXISTENTES

en perjuicio de las clasificaciones precedentes, y al lado de ellas, cuando coexisten dos pretensiones en una misma demanda (casos de acumulación procesal) ellas pueden ser:

Eventuales.

segunda pretensión se presenta para que el juez la considere y falle lo en caso de ser desestimada la primera; verbigracia, las pretensiones de cumplimiento y resolución de contrato y viceversa;

Sucesivas.

segunda pretensión se presenta condicionada a que sea estimada la primera; verbigracia, las pretensiones de percepción de capital e intereses; a este tipo procesal se da el nombre de *eventualidad impropia* o *subsidiariedad*;

Alternativas.

segunda pretensión se presenta también en forma principal a fin de que sea estimada ella o la primera, indistintamente; verbigracia, las pretensiones de reducción de precio y redhibitoria.

LOS ELEMENTOS DE LA PRETENSIÓN PROCESAL

da pretensión procesal implica la afirmación de la existencia de una relación jurídica, entendida aquí como vínculo que surge entre

dos sujetos —ni más, ni menos— con motivo de un acaecimiento de trascendencia para el Derecho.

De tal modo, toda pretensión —al igual que toda *relación*— admite ser descompuesta para su estudio en los distintos elementos que la integran: los *sujetos*, el *objeto* y la *causa* (eficiente).

Con el análisis de ellos pueden ser contestadas las preguntas: ¿entre quiénes?, ¿para qué?, y ¿por qué? se deduce la pretensión en la demanda, lo cual resulta de la mayor importancia para comprender el fenómeno de la *acumulación procesal*, que se describirá más adelante.

Veamos ahora el tema en detalle:

1) Los sujetos de la pretensión:

He sostenido recién el carácter *bipolar* de toda pretensión (o relación), al afirmar que *siempre son dos* los sujetos que la componen.

Si se toma como ejemplo de la realidad una relación de crédito, se advertirá que está conformada por un acreedor y un deudor, cada uno de los cuales no puede mantenerse integrando tal relación sin la presencia contemporánea del otro, toda vez que no es posible concebir racionalmente la figura de un acreedor sin el correlativo deudor y viceversa.

Cabe poner de resalto que, a los efectos de este estudio, no basta la presencia de un sujeto como integrante de la relación, sino que también es menester determinar en cuál de las dos posibles posiciones se halla ubicado: o es deudor o es acreedor (cosa que habrá de tomarse en cuenta en el número siguiente, al efectuar la comparación de diversas relaciones).

Además, la referencia a un sujeto cualquiera de la relación no está vinculada exclusivamente con la persona física determinada que inviste ese carácter sino, de modo especial, con la *calidad jurídica* que ella exhibe.

De tal modo, la idea de *persona del acreedor*, por ejemplo, comprende la de sus *sucesores* a título singular y universal y, eventualmente, a su *sustituto*.

De la misma forma, en razón de que cabe atender a la *calidad* y no a la *personalidad* del sujeto, siempre que cambie aquélla variará la com-

posición subjetiva de la relación, aunque la persona física mantenga su identidad. Por ejemplo, si en la relación N° 1 el vendedor actúa por sí mismo en tanto que en la relación N° 2 el mismo vendedor no actúa como tal sino en representación de un incapaz, parece obvio que el sujeto es diferente en ambos supuestos.

Sobre esta base, ya puede decirse que los sujetos de la pretensión son el *actor* (pretendiente) y el *demandado* (aquel respecto de quien se pretende). Por ejemplo, quien se afirma vendedor y aquel de quien se afirma que es el comprador que no pagó el precio de la cosa adquirida.

b) El objeto de la pretensión:

Es obtener de la autoridad (juez o árbitro) una resolución con contenido favorable a la petición hecha en la demanda (y, eventualmente, la conculcante y consecuente conducta del demandado). Por ejemplo, la declaración de la existencia real de la compraventa afirmada en la demanda y la condena al comprador a pagar al vendedor el precio adeudado.

c) La causa de la pretensión:

Este elemento es el único que presenta una clara variación respecto de las dos ideas que se analizan conjuntamente: pretensión y relación.

Se entiende por *causa de la relación* la concreta interferencia intersubjetiva que la ocasiona.

Esta concepción unitaria debe descomponerse necesariamente en dos subelementos cuando se la analiza respecto de la *pretensión procesal*:

a) el primer subelemento está constituido por el *hecho* invocado en la demanda y al que el actor asigna trascendencia jurídica, razón por la cual se convierte en la base o fuente del derecho pretendido;

b) el segundo es la *imputación jurídica* que el actor efectúa al demandado con motivo de aquel hecho. Por ejemplo, Juan sufre un daño al ser chocado por un taxi conducido por un dependiente de su propietario. Si pretende lograr la reparación, puede demandar al conductor imputándole culpa en la producción del hecho y al propietario por su simple carácter de tal: un mismo hecho puede producir imputaciones jurídicas diferentes.

En este último ejemplo se advierte la importancia de efectuar la descomposición de la causa en dos subelementos: *hecho e imputación jurídica*, ya que no puede decirse con plena corrección que la causa de la pretensión de Juan contra el conductor es idéntica a la causa de la pretensión del mismo Juan contra el propietario del taxi, toda vez que en caso de tener que responder, ambos lo harán por diferentes calidades jurídicas.

La distinción que propicio conduce a soluciones diversas de las que adopta autorizada doctrina que sostiene que la causa *es sólo el hecho y no la imputación jurídica* (argumentos de imputación o remisión a normas legales que contemplan distintos supuestos de responsabilidad). Así es como se afirma en el derecho argentino que, por ejemplo, "si en la pretensión por indemnización de daños y perjuicios se ha invocado la culpa aquiliana (Cód. Civil argentino, art. 1109)⁵, la sentencia que la acoja podrá fundarse en el régimen de la responsabilidad contractual (Cód. Comercio argentino, art. 184)⁶ porque, en tal hipótesis, la causa de la pretensión está representada por el hecho dañoso y no por la calificación jurídica dada por el actor"⁷.

No comparto esta interpretación que conduce directamente a la violación de la regla procesal de *congruencia* y, además, a la merma del derecho de defensa de por lo menos una de las partes en litigio.

Para aceptar esta afirmación, adviértase que la posibilidad defensiva del demandado cambia fundamentalmente de acuerdo con las diferentes imputaciones que puede hacer el actor en su demanda: quien sufre un daño en ocasión de ser transportado por un conductor que actúa con negligencia culpable, puede pretender el resarcimiento por dos

⁵ La norma del art. 1109 dice: "Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil".

⁶ La norma del art. 184 dice: "En caso de muerte o lesión de un viajero, acaecida durante el transporte en ferrocarril, la empresa estará obligada al pleno resarcimiento de los daños y perjuicios, no obstante cualquier pacto en contrario, a menos que pruebe que el accidente provino de fuerza mayor o sucedió por culpa de la víctima o de un tercero por quien la empresa no sea civilmente responsable".

⁷ Así lo refiere Lino E. Palacio en su *Manual de Derecho Procesal Civil*, 6ª ed. actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986, t. II, p. 122.

vías diferentes: la primera, imputando *culpa* al conductor (Cód. Civil, art. 1109); la segunda, sin llegar a ese extremo, alegando simplemente el incumplimiento del contrato de transporte (Cód. Comercio, art. 184).

Las defensas argüibles en uno y otro caso son diferentes: por ejemplo, el régimen de la prescripción liberatoria en el primer caso es de dos años, en tanto que es de uno en el segundo.

Además, en el primero incumbe al actor acreditar la culpa del demandado (caso contrario, pierde el pleito) mientras que en el segundo debe acreditar sólo la existencia del transporte contratado, corriendo por cuenta del demandado afirmar y confirmar la culpa de la víctima o de un tercero.

En estos supuestos, además, existen códigos que regulan diferentes competencias materiales para las pretensiones con base contractual y extracontractual, lo que ahonda aún más la diferencia que respecto de la causa existe entre hecho e imputación jurídica⁸.

Véanse ahora las consecuencias prácticas de la interpretación criticada. Para hacer más sencillo el ejemplo, invierto deliberadamente el supuesto de la cita de marras: si la víctima del daño demanda antes de cumplirse los dos años del hecho (con exclusiva imputación en el incumplimiento del contrato de transporte) y éste opone la única defensa de prescripción posible (un año), no creo que el juez pueda obviar el litigio operado arguyendo en su sentencia que al importar sólo el hecho dañoso y no la imputación efectuada a base de él, debe aplicarse una prescripción mayor (la de dos años) pues, no obstante la imputación de incumplimiento contractual, existió en la especie *culpa* del conductor (no invocada como fundamento de la pretensión) que permite al actor demandar útilmente dentro de los dos años de caecido el hecho...

El ejemplo puede multiplicarse: un accidente de trabajo permite varias posibilidades de imputación, al igual que una letra de cambio entregada para abonar el precio de una compraventa, etcétera.

⁸ El art. 855 del Cód. de Comercio argentino dice: "Las acciones que derivan del contrato de transporte de personas o cosas y que no tengan fijado en este Código un plazo menor de prescripción, se prescriben: 1) por un año, en los transportes realizados en el interior de la República..."

De ahí la importancia que asigno a no confundir dos cosas que son claramente diferentes.

Y esta distinción es la que permitirá en el número siguiente —al efectuar la tarea de comparar diversas pretensiones que coexisten o se suceden en el tiempo— realizar una adecuada conceptualización de las distintas categorías lógicas que pueden resultar de esa comparación.

Sin perjuicio de lo expuesto, y sobre la base de ello, puede determinarse ya claramente cuáles son las diferencias entre *acción* y *pretensión* mediante la simple comparación paralela de las respuestas que a su respecto corresponden a las preguntas entre quiénes, por qué y para qué se presentan.

A este efecto inserto el siguiente cuadro sinóptico:

Preguntas	Acción	Pretensión
¿entre quiénes? (<i>sujetos</i>)	actor y juez	actor y demandado
¿para qué? (<i>objeto</i>)	lograr la apertura y posterior desarrollo de un proceso	lograr la emisión de una sentencia (objeto del proceso) favorable al interés del pretendiente
¿por qué? (<i>causa</i>)	mantenimiento de la paz social y de la armónica convivencia mediante la erradicación del uso de la fuerza ilegítima	hecho que origina el conflicto en el plano de la realidad cuya existencia se afirma en la demanda (plano jurídico del proceso) más la <i>imputación jurídica</i> que el pretendiente hace contra aquel respecto de quien pretende, a base del hecho con trascendencia en el derecho

4. LA COMPARACIÓN DE PRETENSIONES PROCESALES Y SUS EFECTOS

Este tema es de la mayor importancia para lograr la comprensión cabal del verdadero fundamento y cercano parentesco de ciertos institutos procesales que se analizarán más adelante: la *acumulación*, la *inserción*, la *sustitución*, la *reconvención*, la *litispendencia* y el fenómeno del *caso juzgado*.

El método que utilizo para la explicación es inédito: se trata de adoptar el tema en cuestión como *exclusivo punto de partida* para efectuar el estudio de la esencia y razón de ser de tales instituciones.

Cuatro premisas básicas corresponde afirmar antes que todo:

- a) por obvias razones que hacen a la convivencia pacífica y armoniosa de los integrantes de una comunidad dada, *es menester* que una vez resuelta por la autoridad una pretensión litigiosa, su decisión sea *definitiva*, impidiéndose así reabrir útilmente la discusión que la originó;
- b) del mismo modo, no resulta bueno para el mantenimiento de la paz social la *coexistencia* de dos demandas con base en la misma *exacta pretensión*, pues podría ocurrir eventualmente que ellas obtuvieren sendas decisiones contradictorias, con la consiguiente creación de un verdadero caos jurídico;
- c) por similares razones, siempre que una misma *causa petendi* sea el sustento de dos o más pretensiones (concurrentes o antagónicas), deben ser *necesariamente* tramitadas y decididas en un solo procedimiento;
- d) finalmente, en otras ocasiones y aunque no de modo necesario, resulta *conveniente* tramitar en un mismo y único procedimiento varios procesos originados por pretensiones que se encuentran estrechamente vinculadas entre sí.

Las tres primeras premisas son el fundamento de un principio legislativo superior y metaprocesal: la *seguridad jurídica*. La última de ellas constituye el basamento de otros principios de naturaleza obviamente procesal: la *economía* y la *celeridad en los trámites*.

Del principio de *seguridad* se sigue que no puede admitirse la existencia contemporánea o sucesiva de dos litigios con la misma exacta pretensión y que no pueden emitirse decisiones diferentes acerca de una misma exacta pretensión o de pretensiones antagónicas.

A este efecto, no interesa el eventual apartamiento de las reglas de economía y celeridad, pues por sobre ellas debe privar la seguridad jurídica.

De los principios de *economía* y *celeridad* se extrae la conveniencia de tramitar simultáneamente diversas pretensiones, sin interesar al efecto el principio de seguridad, ya que no es rozado por éstos.

Para su aplicación a un caso determinado y con la finalidad de evitar la *duplicidad* de procesos sobre la misma pretensión así como la *coexistencia de decisiones contradictorias*, puede ser necesario efectuar una tarea de comparación de distintas pretensiones entre sí.

A efecto de saber cómo se corresponden la una con la otra, lo más práctico será enfrentarlas con la finalidad de que —cual una figura ante un espejo— se logre ver de qué manera coinciden sus tres elementos ya conocidos: sujetos, objeto y causa (con sus dos subelementos vistos en el número anterior).

Véanse ahora los diferentes casos.

4.1. LA INDIFERENCIA O INDEPENDENCIA DE PRETENSIONES

Supóngase que Pedro reclama a Diego la restitución de un dinero entregado en mutuo. Si se compara esta pretensión con otra en la cual Juan pretende que Pablo le devuelva la finca que le entregara en comodato, cabe concluir que entre ambas pretensiones no existe elemento alguno en común: son distintos los sujetos (Pedro y Diego por un lado; Juan y Pablo por el otro), los objetos pretendidos y la causa (los hechos y las imputaciones jurídicas).

Estas dos pretensiones son *indiferentes* o *independientes* y para nada sirven a los efectos de esta explicación; sin embargo, las menciono aquí al sólo efecto de mostrar las diferencias que se advertirán en los supuestos que siguen.

4.2. LA IDENTIDAD DE PRETENSIONES

Supóngase ahora que Pedro reclama a Diego la restitución de un dinero dado en mutuo y que, al mismo tiempo, y por razones diversas que no interesa indagar, el mismo Pedro reclama del mismo Diego la restitución del mismo dinero dado en el mismo mutuo.

Esta simple compulsa por virtud de la cual se advierte que coinciden perfecta y acabadamente todos y cada uno de los elementos conocidos, permite decir que las pretensiones comparadas son *idénticas*.

4.3. LA CONEXIDAD DE PRETENSIONES

Toda vez que al comparar pretensiones litigiosas coincidan por lo menos *uno* y como máximo *dos* de los elementos tradicionales, se dice que media entre ellas una relación de *conexidad* que puede ser simple: *subjetiva*, *objetiva* y *causal*, y mixta: *subjetivo-causal* y *objetivo-causal*.

3.1. LA CONEXIDAD SIMPLE SUBJETIVA

Supóngase que Pedro reclama a Diego la restitución de un dinero dado en mutuo y que, contemporáneamente, el mismo Pedro reclama al mismo Diego la devolución de una cosa entregada en comodato.

Confrontando una pretensión con la otra, se advierte que coinciden exactamente los sujetos (actor y demandado, cada uno en la misma posición en ambas pretensiones), en tanto que difieren los restantes elementos: objeto y causa.

Este fenómeno en el cual coinciden sólo dos sujetos *ubicados en la misma posición* y no los restantes elementos, recibe la denominación de *conexidad subjetiva*.

3.2. LA CONEXIDAD SIMPLE OBJETIVA

Supóngase que Pedro reclama a Diego la restitución de la posesión de una finca usurpada y que, al mismo tiempo, Juan reclama al mismo Diego la misma finca, que le compró.

Colocando nuevamente una pretensión frente a otra, se puede ver que coinciden los sujetos (aunque haya un mismo demandado son distintos los actores) ni la causa (en cuanto hecho más *imputación jurídica*) pero sí el objeto pretendido: la misma finca.

Este fenómeno en el cual coincide exactamente el objeto pretendido y no los sujetos ni la causa, recibe la denominación de *conexidad objetiva*.

Este tipo de conexidad puede presentarse por

identidad del objeto: caso de un propietario que intenta el desalojo de un locatario y de un usurpador, que ocupan cada uno parcialmente el total de un mismo predio. Y por

incompatibilidad de las distintas pretensiones sobre el mismo objeto: caso de un propietario que intenta reivindicar una finca contra su poseedor actual quien, a su turno, es demandado por quien le compró sus derechos posesorios y le reclama la entrega de la misma finca.

3.3. LA CONEXIDAD SIMPLE CAUSAL

Supóngase que en un mismo acto, Juan y Diego obtienen de Pedro un préstamo en dinero, comprometiéndose ambos a devolverlo por partes

iguales. Sobre la base de ello, y por falta de pago, Pedro reclama a Juan la restitución de su parte y, al mismo tiempo, el mismo Pedro reclama a Diego la restitución de la suya.

Comparando ambas pretensiones se advierte que Pedro está en la posición actora en ambas pretensiones, en tanto que son distintos los demandados: Juan y Diego, por lo que no es idéntico el elemento subjetivo; que los objetos pretendidos son diferentes y que es idéntica la causa obligacional, toda vez que ambas pretensiones tienen fundamento en idéntico acto jurídico y ostentan idéntica imputación.

Este fenómeno en el cual coincide sólo la causa, y no los sujetos ni el objeto, recibe el nombre de *conexidad causal*.

4.3.4. LA CONEXIDAD MIXTA OBJETIVO-CAUSAL

Supóngase que Pedro reclama ser considerado hijo del matrimonio formado por Diego y María, por haber sido concebido y nacido luego del casamiento de ellos; para esto, deduce sendas pretensiones por separado.

En razón de que se pretende filiación matrimonial y no otra, la relación jurídica afirmada en las respectivas demandas es *inescindible*: debe darse *necesariamente* respecto de Diego y de María, y no respecto de alguno cualquiera de ellos en forma individual. Repárese en que Pedro no puede ser declarado *hijo matrimonial* de Diego y no de María, o viceversa: será hijo de los dos o de ninguno.

Sí se comparan ambas pretensiones, se puede ver que el elemento subjetivo no es idéntico: aunque el actor sea el mismo en las dos pretensiones, son distintos los demandados. Pero también se ve que el objeto y la causa de ambas pretensiones son idénticos.

Este fenómeno muestra una *conexidad mixta objetivo-causal* y se presenta en *todo supuesto de relación jurídica inescindible*.

4.3.5. LA CONEXIDAD MIXTA SUBJETIVO-CAUSAL

Supóngase que Pedro reclama a Diego el cumplimiento de un contrato; contemporáneamente, el mismo Diego pretende respecto del mismo Pedro que se declare la nulidad del mismo contrato.

Comparando ambas pretensiones se ve que los sujetos son las mismas exactas personas, pero que se hallan en *posiciones procesales invertidas* (Pedro es actor y Diego demandado en la primera pretensión, en tanto que Diego es actor y Pedro demandado en la segunda), que los objetos son diferentes (cumplimiento y declaración de nulidad) pero que la causa es la misma (el contrato).

Este fenómeno muestra una *conexidad mixta subjetivo-causal*.

4.4. LA AFINIDAD DE PRETENSIONES

Supóngase que Pedro, dependiente de Diego, ocasiona un daño a Juan en un accidente de tránsito. Por tal razón, Juan pretende que Pedro le indemnice los gastos efectivamente abonados para lograr su curación y, contemporáneamente, que Diego le indemnice el daño moral sufrido. Comparando ambas pretensiones, se advierte que los sujetos no son idénticos (Juan y Pedro por un lado; Juan y Diego por el otro) y que los objetos pretendidos son diferentes (resarcimiento de daño material e indemnización por daño moral).

Pero también se ve que *si el hecho causante del daño es el mismo, no lo es la imputación jurídica que sustenta cada pretensión*: a Pedro sólo se le puede imputar ser el culpable del hecho dañoso; a Diego sólo ser el patrón de Pedro.

Se comprenderá ya que éste es un fenómeno completamente distinto de los anteriores: aunque los sujetos no son idénticos, *siempre hay un sujeto en común* en las diferentes pretensiones. Además, *es idéntico el hecho que fundamenta la pretensión, pero es distinta la imputación jurídica que se hace a cada uno de los demandados*.

Esta figura recibe la denominación de *afinidad*.

Reiterando estas ideas, y viendo el cuadro sinóptico siguiente que permite una rápida comprensión de los distintos ejemplos, se tiene el siguiente esquema⁹:

⁹ Para la mejor comprensión del cuadro esquemático que sigue, explico brevemente su contenido: a) la primera columna muestra los *posibles casos* de existir y que ya se han explicado en el texto; b) las dos columnas siguientes ponen nombre a los *sujetos intervinientes* en los diferentes casos, a fin de que se advierta que, por ejemplo, la persona llamada V —en la primera fila de la segunda columna— no es la misma persona

Caso	Sujetos		Objeto	Causa		Origina
	actor	demandado		hecho	imputación	
1	V	W	X	Y	Z	indiferencia
2	A	B	C	D	E	
3	A	B	C	D	E	identidad
4	A	B	F	G	H	conexidad subjetiva
5	A	J	F	K	L	conexidad objetiva
6	A	M	N	K	L	conexidad causal
7	A	O	N	K	L	
8	O	A	P	K	L	conexidad mixta objetivo-causal
9	R	A	S	K	T	conexidad mixta subjetivo-causal
						Afinidad

que A —en la segunda fila de la misma columna—. De tal forma, toda comparación deberá hacerse de aquí en más entre una fila superior cualquiera y su inmediata inferior; c) la siguiente columna denomina el *objeto pretendido*, que debe ser comparado siempre con el que se encuentra en la fila inmediatamente inferior a efectos de saber si los casos coinciden o no; d) en las dos columnas siguientes se encuentran la *denominación del hecho* y de la *imputación jurídica* que el pretendiente hace al resistente en su demanda, constituyendo todo la *causa* de la prestación exigida; e) finalmente, la columna de la derecha establece el *fenómeno procesal* que origina la comparación del caso contenido en una fila cualquiera con el que se halla en la fila de abajo. De tal modo se ve que, comparado el caso 1 con el 2, se obtiene el resultado de la *indiferencia*; si se hace lo mismo entre los casos 2 y el 3, se obtiene *identidad*. Y así sucesivamente.

¿Para qué sirve todo esto? ¿Qué efectos se logran?

Teniendo en cuenta: 1) las reglas de política procesal mencionadas al comenzar este número, y 2) la posibilidad de que dos pretensiones vinculen por igual a más de dos sujetos, sin perjuicio de lo que se expondrá oportunamente, al tratar el tema *La acumulación procesal*, adelanto desde ya que las distintas categorías recién enumeradas originan:

a) la *identidad de pretensiones* (caso ya visto en el # 4.2),

– la *litispendencia* (cuando es contemporánea) (ver el Capítulo 21) y
– la *cosa juzgada* (cuando es sucesiva) (ver el Capítulo 27);

b) la *conexidad subjetiva* (caso ya visto en el # 4.3.1) origina la *acumulación voluntaria de dos procesos* (en un procedimiento único) incoados por un mismo y contra un mismo sujeto, por razones de economía procesal. Puede ser:

– *inicial* (por voluntad del actor) o
– *posterior* (por voluntad del actor o del demandado) (ver los Capítulos 20 y 21).

El primer supuesto es denominado habitualmente por los códigos procesales como *acumulación de pretensiones* y el segundo cómo *acumulación de autos* (ver el Capítulo 23);

c) la *conexidad objetiva* (caso ya visto en el # 4.3.2) supone un interés concurrente de por lo menos tres sujetos.

Tal interés puede ostentar distinto fundamento:

– cuando la conexidad existe por *identidad del objeto* (desalojo intentado por el propietario de un fundo ocupado parcialmente por un locatario y parcialmente por un usurpador), origina una *acumulación voluntaria* (para el actor) *de procesos* (por razones de economía y celeridad) en un mismo procedimiento;

– cuando la conexidad existe por *incompatibilidad del objeto* (dos personas pretenden excluyentemente ser titulares de un mismo predio que posee otra), origina una *intervención excluyente de tercero* (ver el Capítulo 18);

d) la *conexidad causal* (caso ya visto en el # 4.3.3) origina una *acumulación necesaria de procesos* en un procedimiento único (ver el Capítulo 23);

e) la *conexidad mixta objetiva-causal* (caso ya visto en el # 4.3.4) origina una *acumulación necesaria de procesos* en un procedimiento único con efectos diferentes de la referida antes en el punto d);

f) la *conexidad mixta subjetiva-causal* (caso ya visto en el # 4.3.5) origina

– una *reconvención* (ver el Capítulo 20) o, en su defecto,
– una *acumulación necesaria de procesos* en un procedimiento único;
g) la *afinidad* presenta siempre un vínculo de *dependencia* entre dos relaciones (caso ya visto en el # 4.4):

– si la dependencia es *indirecta*, origina una *intervención asistente de tercero* (voluntaria para éste o provocada por el actor o el demandado) (ver el Capítulo 18), o

– si la dependencia es *directa* origina

- una *intervención sustituyente de tercero* (voluntaria para éste o provocada por el demandado) (ver el Capítulo 18), o
- una *intervención coadyuvante o asistente de tercero* (voluntaria para éste o provocada por el demandado mediante uno de dos supuestos fácticos: *citación en garantía* o *denuncia de litis*) (ver el Capítulo 18) o, finalmente,
- una *relación de oposición*, según la actitud que efectivamente asuma el tercero al concurrir al juicio pendiente (ver el Capítulo 18).

Todo esto será reiterado y se comprenderá mejor luego de leer los Capítulos venideros.

CAPÍTULO 9

LA JURISDICCIÓN

SUMARIO:

1. Equivocidad del vocablo *jurisdicción*
2. Funciones que cumple el Estado
 - 2.1. Comparación de las distintas funciones
 - 2.1.1. Jurisdicción y legislación
 - 2.1.2. Jurisdicción y administración
3. Concepto y elementos de la jurisdicción
4. Actos llamados de *jurisdicción voluntaria*

1. LA EQUIVOCIDAD DEL VOCABLO JURISDICCIÓN

La voz *jurisdicción* es otra de las tantas que se utilizan equívocamente en el ámbito del derecho, provocando notable desconcierto entre los juristas y haciendo imposible un adecuado diálogo entre ellos.

En cualquier obra jurídica se ve el empleo de la voz *jurisdicción* para referir a varios fenómenos que poco y nada tienen que ver entre sí:

- indica el ámbito territorial en el cual el Estado ejerce su soberanía;
- señala el territorio en el cual cumple sus funciones un juez;
- muestra el conjunto de prerrogativas de un órgano del poder público (legislativo, ejecutivo y judicial);
- refiere a la aptitud que tiene un juez para entender en una determinada categoría de pretensiones y, por fin,
- tipifica la función de juzgar.

Fácilmente puede comprenderse que esta equivocidad terminológica, proveniente de designar con un mismo nombre a diferentes fenómenos

que se exteriorizan en la vida jurídica, es altamente disvaliosa y posibilita que se critique al derecho mediante la afirmación de su carácter acientífico.

Para evitar todo ello, parece imprescindible armonizar y sistematizar el contenido de los vocablos de uso técnico, asignándoles un significado preciso.

Y así, no habrá que utilizar la palabra jurisdicción sino *competencia territorial, soberanía, prerrogativas*, etcétera, cuando se trate de mencionar fenómenos jurídicos ajenos a la función estatal propiamente dicha que desde antaño es conocida con esta denominación.

2. LAS FUNCIONES QUE CUMPLE EL ESTADO

La comprensión de este tema resulta esencial para entender cualquiera exposición que verse sobre el derecho procesal.

Inicialmente, debe tenerse presente que, a un nivel de absoluta lógica racional, el Estado obtiene el logro de sus fines mediante el cumplimiento adecuado de tres funciones que pueden caracterizarse *a priori* con facilidad: la *legislativa*, la *administrativa* y la *jurisdiccional*.

A esta distinción primaria obedece la creación y la separación de poderes efectuada por el constituyente: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Aunque a primera vista parezca que existe una perfecta correspondencia entre *cada función* y *cada Poder*, ella no se presenta en la vida jurídica: salvo el caso del Poder Ejecutivo, que no puede ni debe efectuar tarea jurisdiccional, cada una de las funciones mencionadas es cumplida (aunque a distintos niveles) de modo concurrente por cada uno de los Poderes que actúan en el Estado organizado constitucionalmente.

En efecto: en la Argentina, por ejemplo,

a) la función *legislativa* es cumplida:

a) por el Poder Legislativo, a cuyo exclusivo cargo está la *sanción* de la ley en sentido formal (CN, 75);

b) por el Poder Ejecutivo, a cuyo exclusivo cargo está la *promulgación* de la ley formal (CN, 99, 3º) y la reglamentación, mediante *decretos*, de las leyes del Congreso (CN, 100, 2º), y

c) por el Poder Judicial, a cuyo exclusivo cargo está el emitir *acordadas* con carácter de norma general (Ln 16.895, 21) y *fallos plenarios*, con carácter de norma vinculante para ciertos jueces (CPCN, 303);

2) la función *administrativa* es cumplida:

a) primordialmente por el Poder Ejecutivo (CN, 99, 70, 100, 121, etcétera);

b) también por el Poder Legislativo, verbigracia: al designar con facultad exclusiva sus propios empleados subalternos (CN, 75) y

c) también por el Poder Judicial, verbigracia: al designar a su propio personal (CN, 113);

3) la función *jurisdiccional* es cumplida:

a) primordialmente por el Poder Judicial en todas sus sentencias;

b) en la CN anterior también por el Poder Legislativo en el exclusivo caso del *juicio político* (CN, 45, 51 y 52). Hoy esta función compete al consejo de la magistratura (CN, 114).

c) pero no puede ni debe ser ejercida por el Poder Ejecutivo (CN, 109).

De este inventario de funciones surge la necesidad de establecer con claridad en qué consiste la *esencia* de la actividad que concretamente desempeñan los diferentes Poderes, que en obvia tarea de *cogobierno* realizan mediante *leyes*¹ (acto exclusivo del Poder Legislativo); *decretos*² (acto que primordialmente realiza el Poder Ejecutivo) y *sentencias*³ (acto que primordialmente realiza el Poder Judicial y que no debe efectuar el Poder Ejecutivo).

Los tres actos recién mencionados representan los distintos modos por los cuales se expresa el Estado para regular la convivencia de sus integrantes.

De ahí la importancia de efectuar una adecuada comparación entre ellos para delimitar correctamente en qué consiste la actividad jurisdiccional: sólo así el intérprete sabrá con certeza cuándo ésta existe

¹ En términos sencillos de comprensión del problema, cabe señalar que la ley dice *qué hay que hacer*.

² El decreto regula el control necesario de ejercer para *que se haga lo que hay que hacer*, expresando su cómo, cuándo, dónde, etcétera.

³ La sentencia dice *qué hay que hacer cuando no se hizo lo que había que hacer*.

como tal a fin de otorgarle al acto respectivo los efectos que le corresponden y de determinar exactamente cuáles son los medios concedidos por la ley para impugnarlo.

El tema es de capital importancia en la mayoría de los ordenamientos legales en los cuales no sólo se utiliza polivalentemente el vocablo jurisdicción sino que también, y esto es grave, no se delimita de modo perfecto y acabado la *esencia de la actividad*, cosa que permite afirmar desde el propio texto de la ley, por ejemplo, la existencia de una *jurisdicción administrativa*⁴, en la cual insisten particularmente numerosos juristas cuando definen la tarea que cumple el Poder Ejecutivo al resolver los conflictos que él sostiene con sus administrados.

2.1. LA COMPARACIÓN DE LAS DISTINTAS FUNCIONES DEL ESTADO

2.1.1. JURISDICCIÓN Y LEGISLACIÓN

La labor de comparar la función legislativa (ley) con la función jurisdiccional (sentencia) es sencilla y sus radicales diferencias surgen obvias y rápidamente:

a) la ley se presenta siempre con la característica de ser

- *general*: rige para todos o para muchos que ostentan idéntica condición,

- *previa*: se dicta *a priori*, regulando conductas que habrán de cumplirse en el futuro,

- *abstracta*: la conducta impuesta por la ley no tiene destinatarios predeterminados y

- *autónoma*: su fuerza obligatoria emana del carácter soberano del que se halla investido el órgano que la sanciona.

b) La sentencia ostenta caracteres diferentes pues es:

- *particular*: rige sólo para quienes intervinieron en el proceso,

Es grave el error conceptual de sostener esta afirmación, que confunde todo y hace saiz incierto al derecho y a su ejercicio por parte de los particulares. Si, como luego se verá, la actividad jurisdiccional consiste en *conectar instancias* entre dos litigantes, parece claro que es la actividad que puede ser cumplida sólo respecto de la acción procesal –propia del Poder Judicial– y no en cuanto a las restantes instancias de contenido pretensional –petición, reaccertamiento y queja– generalmente propias de la sede administrativa.

posterior: se dicta siempre después, *a posteriori*, sancionando conductas que se cumplieron en el pasado,

concreta: la conducta impuesta por la sentencia tiene destinatarios determinados y

complementaria: pues su fuerza obligatoria proviene de la ley.

Tales diferencias explican por qué *ley* y *sentencia* nunca han sido confundidas por la doctrina, a pesar de que ambas son *normas jurídicas*.

2.1.2. JURISDICCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

No ocurre cosa semejante a lo visto en el punto anterior en la tarea de comparar la función jurisdiccional (sentencia) con la función administrativa (decreto).

Buscando las diferencias esenciales entre ambas actividades se han sostenido las más variadas teorías, que pueden clasificarse inicialmente en tres grandes grupos en orden a sus enfoques *material* o *formal* del tema.

1) El criterio *material* se justifica doctrinalmente con la referencia:

a) al *contenido* u *objeto del acto*: el acto jurisdiccional se identifica por constituir una decisión sobre un conflicto de derechos o por ser una comprobación de la existencia o inexistencia de un pretendido derecho subjetivo;

b) a la *finalidad del acto*: la administración busca la utilidad estatal en tanto que la jurisdicción procura el mantenimiento del sistema y del orden jurídico;

c) a la *estructura del acto*: partiendo de su carácter complejo, se lo define como la comprobación de que ha sucedido o no una violación de la ley o de la situación jurídica a fin de imponer la consecuente sanción prevista por la ley.

2) El criterio *formal* ostenta también un triple enfoque:

a) ve el dato distintivo del acto jurisdiccional en la *organización del oficio judicial*: concibe a la jurisdicción como una actividad del órgano. Es el punto de partida de Kelsen, para quien el rasgo característico de la jurisdicción es la ausencia de subordinación del órgano que realiza la actividad;

b) atiende al *específico procedimiento que precede a la sentencia*: el juez no puede sentenciar sin tramitar previamente un procedimiento regulado y establecido con el fin de dar carácter contradictorio al debate;

c) destaca la *fuerza atribuida a la sentencia*: el fallo judicial tiene carácter de verdad legal.

Por cierto, esta sucinta síntesis no agota las posiciones doctrinales, que casi son tantas como autores se ocupan de tratar el tema.

Así, a título de ejemplo y encuadrando o no en lo precedentemente afirmado, se ha dicho que la jurisdicción es:

- la actuación del derecho objetivo;
- el acto en el cual predomina el juicio sobre la voluntad;
- la función soberana cuyo objeto es establecer si en un caso concreto es aplicable o no determinada norma jurídica;
- la potestad estatal de aplicar el derecho objetivo a casos concretos;
- el poder público que una rama del gobierno ejerce al instruir un proceso para esclarecer la verdad de los hechos que afectan al orden jurídico, actuando la ley en la sentencia y haciendo que ella sea cumplida;
- la facultad conferida al Poder Judicial para declarar el derecho, aplicarlo o hacerlo cumplir;
- la actividad con la cual el Estado procura directamente la satisfacción de los intereses tutelados por el derecho, cuando por inseguridad o inobservancia no se realiza la norma jurídica que los tutela;
- la resolución sobre pretensiones jurídicas;
- la actividad del Estado de formular y hacer actuar prácticamente la regla jurídica concreta que por fuerza del derecho vigente disciplina determinada situación jurídica;
- el cumplimiento de la actividad de procesar, etcétera.

A mi juicio, la teoría –presentada con leves variantes entre los autores que la sustentan– que más se acerca a la tipificación de la esencia de la función es la que ve en la jurisdicción una clara *sustitución de la actividad privada por la pública*.

La sustitución se opera en la *sentencia* y, eventualmente, en su *ejecución*.

Allí, la autoridad, que es *neutral* –ni uno ni otro– resuelve el litigio de un modo *alterutro* –uno y otro al mismo tiempo– colocándose en la posición de cada uno de los contendientes para conocer qué es lo que ocurrió en el pasado a fin de establecer cuál fue la conducta cumplida para subsumirla luego en el tipo contenido en la norma legal.

Además, tal sustitución opera también y eventualmente en la *ejecución coactiva del mandato impuesto en la sentencia*, si el condenado no cumple espontáneamente la conducta ordenada, se hace efectiva por medio de un acto de fuerza.

De tal modo, se afirma que la sustitución opera a un doble nivel: *intelectivo* y *volitivo*, con causa en la necesidad social de solucionar un conflicto intersubjetivo de intereses.

Lo que interesa remarcar fundamentalmente acerca de esta teoría es que parte de la base de un *litigio* (hace a su existencia lógica que se presente como mínimo entre dos sujetos, ver Capítulo 1) cuyos afectados son sustituidos por la autoridad (tercer sujeto), con lo cual muestra un fenómeno jurídico *que reúne necesariamente a tres sujetos* diferentes para poder arribar a su solución.

En otras palabras, la actividad de procesar y su objeto, el acto jurídico *sentencia* (una de las formas de expresarse el Estado en su actividad de gobernar) *supone por esencia la contemporánea presencia de tres sujetos determinados* o, al menos, uno de ellos *determinable*⁵.

No ocurre otra cosa igual en todo el orden jurídico.

Adviértase que la tarea de legislar supone la actividad de un sujeto determinado (el legislador) y la generalidad abstracta de sujetos indeterminados que, cada uno individual y eventualmente, encuadrará o no en la norma que se cree.

Repárese también en que la tarea de administrar supone la actividad de un sujeto determinado (el administrador) y de otro sujeto también indeterminado, determinado o determinable (el administrado): en cada uno de ambos casos existen claramente *dos sujetos*, indeterminados, determinados o determinables, pero *solamente dos*.

⁵ Caso del demandado desconocido o del imputado NN.

De tal forma, y por ahora, el razonamiento lógico se conforma plenamente con la explicación dada: la esencia de la actividad jurisdiccional, que la tipifica de modo inconfundible por ser irreplicable en el Derecho, es la sustitución que cumple la autoridad respecto del intelecto y de la volición de los particulares en conflicto.

Sin embargo, la doctrina generalizada insiste en que no siempre hay actividad de sustitución en la etapa de ejecución del mandato contenido en la sentencia, pues existen supuestos en los cuales tal ejecución no puede ser cumplida sino por la propia autoridad (por ejemplo, la ejecución penal).

Y así, se llega a afirmar que la ejecución en sí misma es tarea administrativa y no jurisdiccional, con lo que se vuelve al punto de partida, pues si la esencia de la función se halla sólo en la sustitución intelectual, la teoría deja sin explicar otro fenómeno de la mayor importancia en el mundo jurídico moderno: el *arbitraje privado*.

Para comprender el problema que la cuestión genera es imprescindible abordar en forma previa el siguiente tema.

EL CONCEPTO Y LOS ELEMENTOS DE LA JURISDICCIÓN

Se acepta mayoritariamente —términos más, términos menos— que la jurisdicción es la facultad que tiene el Estado para administrar justicia en un caso concreto por medio de los órganos judiciales instituidos al efecto.

Para que tal facultad pueda ser cumplida adecuadamente, se reconoce desde antaño que el ejercicio de la función admite ser descompuesto en los siguientes *elementos* (o atribuciones concurrentes de los jueces):

1) *Notio*.

Es la facultad para conocer de una determinada cuestión litigiosa;

2) *Vocatio*.

Es la facultad para compeler (en rigor, para generar cargas) a las partes para que comparezcan al proceso;

3) *Cærtio*.

Es la facultad de emplear la fuerza pública para el cumplimiento de las medidas ordenadas dentro del proceso, a fin de hacer posible su desenvolvimiento: se ejerce sobre personas y cosas;

4) *Judicium*.

Es la facultad de resolver el litigio con el efecto propio del caso juzgado;

5) *Executio*.

Es la facultad de ejecutar, mediante el uso de la fuerza pública, la sentencia no acatada espontáneamente por las partes, a fin de no tornar meramente ilusorias las facultades antes mencionadas.

Si se lee con atención lo precedentemente escrito, puede advertirse que, al igual que lo afirmado respecto de la *acción procesal*, el concepto de jurisdicción recién enunciado constituye una aceptable pero errónea (no solamente el Estado puede administrar justicia) e insuficiente descripción para singularizar la esencia del fenómeno jurídico que se intenta definir (los órganos judiciales no son los únicos que ejercen actividad jurisdiccional y, por otra parte, las palabras *administrar justicia*, nada dicen por sí mismas).

Para lograr la tipificación inconfundible que se propicia en toda esta obra y que a mi juicio aún no se ha logrado sino en forma parcial por la doctrina autoral, propongo el análisis de la actuación de la autoridad que interviene como tal en un proceso incoado para lograr la resolución de un afirmado conflicto en el plano de la realidad social.

En tal tarea, puede verse con toda facilidad que la actividad de la autoridad ostenta dos niveles perfectamente diferenciados: el primero se relaciona de modo exclusivo con el comportamiento que ante ella tienen las partes en litigio (actividad de procesar); el segundo se refiere de modo exclusivo al comportamiento que, en la realidad del pasado, originó el afirmado conflicto de intereses (actividad de sentenciar).

Aceptado ello, se admitirá también que la autoridad (por ahora me refiero sólo al juez) se conduce efectivamente de manera distinta según se trate de dirigir el proceso (*procesar*) o de resolver el litigio (*sentenciar*).

En efecto: durante el proceso, el juez es un *sujeto receptivo*: recibe las instancias (afirmativa y negativa), recibe los medios de confirmación aportados por las partes y recibe sus alegaciones acerca del mérito confirmatorio de tales medios.

Su papel puede variar desde una extrema pasividad hasta una plena actividad instructoria, pero siempre es *receptivo*: al procesar, el juez es sólo el destinatario de las instancias de los contendientes.

Pero cuando llega el momento de sentenciar, ocurre algo por completo diferente: de sujeto receptivo pasa a ser *sujeto emisor*: en la sentencia, el juez funda y brinda un criterio que tiene el carácter de mandato, y así, quienes hasta ese momento eran emisores –las partes– ahora se convierten en receptores.

De tal modo, el juez actúa mediante dos verbos diferentes: *recibe* durante el procesar y *da o emite* al sentenciar.

Y a menos que en idioma castellano pueda sostenerse sensatamente que las actividades de dar y recibir son idénticas –lo cual es un dislate– habrá que concluir que, por ser cosas diferentes, no deben ser mencionadas mediante una misma y sola denominación, y así, habrá que dar el nombre de jurisdicción a la simple tarea de procesar o a la sola tarea de sentenciar o, como fenómeno complejo, a la suma total de ambas actividades.

La prestigiosa doctrina contemporánea otorga al vocablo jurisdicción el solo contenido de procesar, excluyendo de él a la actividad de sentenciar; congruente con ello, *la sentencia no es un acto del proceso*. Y no lo es, tal como se verá en el Capítulo 26.

Otros autores, en cambio, se limitan a ignorar el problema y, sin prestar atención a las distintas actividades cumplidas en la realidad, afirman que *la sentencia es el acto jurisdiccional por excelencia*.

Antes de continuar, retomo el tema que dejé inconcluso al terminar el número anterior: toda la actual concepción del fenómeno jurisdiccional deja sin explicar el *arbitraje privado*.

La cuestión no parece baladí: una observación atenta de la realidad jurídica de todos los tiempos, pero con singular importancia en la época contemporánea, muestra que un número más que considerable de litigios (originados en conflictos nacidos del tráfico comercial internacional propios del comercio nacional pero en los cuales una de las partes interesadas es una gran empresa a cuyos directivos no interesa la inevitable trascendencia pública del proceso judicial, etcétera) son sustraídos de la órbita estatal; y así, en lugar de tramitarlos ante los jueces establecidos al efecto por los distintos Estados, los derivan hacia el arbitraje privado, con elección por las partes no sólo de la figura del juzgador sino también de los trámites, medios de impugnación, etcétera.

Creo que es ocioso insistir sobre el fenómeno descrito: todo abogado litigante sabe a ciencia cierta la exactitud de esta afirmación y la magnitud que ha alcanzado la tarea arbitral en los últimos años.

Tan vasto e importante tema es ignorado por la doctrina cuando se trata de singularizar la actividad que analizo.

Y esta actitud peca gravemente por defecto, pues para definir el fenómeno jurisdiccional no resulta suficiente la simple remisión al estudio de una de las funciones del Estado y su posterior comparación diferenciadora con el resto de las funciones que éste cumple para el logro de sus fines, pues, como ya se ha visto, no siempre son órganos públicos los llamados por los interesados para resolver sus conflictos.

El problema no es novedoso; ya Briseño Sierra se encargó de señalar –marcando las incongruencias de las tesis tradicionales– que todos los intentos doctrinales han ignorado siempre el hecho de que desde antiguo se conoce y acepta universalmente la práctica privada de la *jurisdictio*.

En esta línea, se remarca que el rasgo más singular y vivo del procedimiento civil romano se muestra en el persistente carácter voluntario y privado que ofrece la actividad desde sus inicios, insistiéndose en que fue menester el transcurso de más de mil años para que lo que hoy se conoce como tarea judicial pasara a manos de la autoridad pública del magistrado: coincidió recién con la crisis de la romanidad la crisis que hizo enteramente público al proceso, lo cual se logró no por un ideal ético sino por el exclusivo interés de lograr una efectiva pacificación de los pueblos; y dentro de estos límites, el paso de un sistema a otro tuvo una exclusiva y clara finalidad política.

Ahondando en esta idea, se agrega que si el poder público no tuvo la función de decidir el juicio, menos proveyó la función coercitiva para satisfacer el interés del particular: de ahí la importancia que en el antiguo derecho romano tuvieron las cauciones generales para asegurar tanto la comparecencia del demandado como la ejecución de la sentencia.

Atendiendo a lo expuesto, resulta evidente que toda tarea de conceptualizar que –partiendo de la distinción óptica entre acto administrativo y acto jurisdiccional– asigne este último de modo excluyente al Estado

y, al mismo tiempo, niegue este carácter a la pura ejecución, no condice con la realidad jurídica imperante.

De tal modo, para singularizar inconfundiblemente la actividad jurisdiccional en el plano en el cual se desenvuelve la corriente doctrinal mayoritaria, que se maneja exclusivamente con lo que podría llamarse *criterio tradicional*, no debe concretarse a mostrar lo *judicial* diferenciado sólo de lo *administrativo* sino también de lo *arbitral*.

De ello se deriva una importante conclusión: para definir la esencia de la actividad jurisdiccional habrá de tenerse en cuenta que ella es la que cumple *siempre* la autoridad *con motivo de un proceso* (y no de un procedimiento), sustituyendo *intelectiva* (acto de sentencia) y *volitiva* (acto de ejecutar lo sentenciado) la actividad de los particulares.

Claro está que, desde esta óptica, *la ejecución integra el concepto de jurisdicción* y que ella, como función, *es exclusiva del Estado* (toda vez que los árbitros no pueden ejecutar sus laudos en razón de que su carácter de particulares les veda el uso de la fuerza al efecto).

Recurrentemente: la *actividad jurisdiccional* consiste en procesar, eventualmente sentenciar y, también eventualmente, ejecutar lo sentenciado.

La utilización de la palabra *eventualmente* en el concepto recién dado obedece a una clara realidad: no todo proceso termina en sentencia ni toda sentencia en ejecución.

Por lo contrario, más de la mitad de los asuntos justiciables terminan por puros medios autocompositivos (de donde resulta que la sentencia no es el modo *normal* sino *anormal* de terminación de un proceso).

De la misma forma, no toda sentencia requiere ser ejecutada: antes bien, gran número de ellas se acatan y cumplen espontáneamente.

4. LOS ACTOS LLAMADOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

Seguando a la tradición española, todos los Códigos procesales del continente legislan acerca de los *actos de jurisdicción voluntaria*, sobre cuya verdadera naturaleza jurídica han polemizado circularmente los autores desde antaño.

La mayor parte de ellos afirma que *ni son jurisdiccionales*, so pretexto de que no son resolutivos de conflictos intersubjetivos de intereses, ni

voluntarios, toda vez que no depende de la voluntad del particular el utilizar o no la respectiva instancia.

De ahí que solitaria doctrina⁶ haya propuesto darles la denominación de *actos de competencia necesaria*, ya que, sin ostentar la esencia de la actividad jurisdiccional, encuadran en la competencia judicial por expresa atribución legal y son de tránsito imprescindible en ciertos y determinados casos.

Una posición autoral minoritaria otorga a estos actos un auténtico carácter jurisdiccional, en razón de que siempre giran alrededor de una contienda *actual o potencial* y de que, por lo menos para el actor, alcanzan el efecto propio del caso juzgado.

En rigor de verdad, la razón y la sinrazón se hallan en ambas posiciones.

Es cierto que numerosas leyes derivan a la actuación judicial el realizar ciertos actos que no por tal razón pierden su esencia administrativa.

Por ejemplo: a partir del nacimiento de un hijo, el padre tiene cierto plazo para efectuar por sí mismo la respectiva anotación en el registro de las personas; pero después de su vencimiento, ya no puede lograr por sí tal inscripción, sino que requiere que la orden del caso la emita un juez. A tal efecto, debe realizar un *acto de jurisdicción voluntaria*.

Conforme con la explicación dada en el punto 2 de este Capítulo, la actividad que se cumple respecto del ejemplo dado muestra un *simple procedimiento administrativo* que vincula exclusivamente a dos sujetos —quien insta y la autoridad— y no un verdadero proceso como fenómeno jurídico único que relaciona a tres personas.

En otras palabras: de acuerdo con lo afirmado antes en este Capítulo, parece obvio aceptar que no todas las tareas que cumplen los jueces ostentan el carácter jurisdiccional, del mismo modo que no todas las que realiza el Poder Legislativo se concretan a la exclusiva sanción de la ley. Ambos pueden realizar y realizan actividad administrativa. Y ésta es la esencia de la mayoría de estos actos en estudio, que generan *simples procedimientos*.

⁶ Recuerdo acá a Ernesto J. Larrain, que hizo permanente aporte de presencia en todos los encuentros nacionales e internacionales de Derecho Procesal que se hicieron en el país durante cincuenta años.

Y refiero a la *mayoría* y no a *todos* los actos legislados con este carácter, en razón de que muchos de ellos implican un auténtico conflicto entre la sociedad como tal (o la ley) y el particular.

Por ejemplo: conforme con la ley, los padres carecen de un derecho absoluto para poner cualquier nombre a sus hijos: están prohibidos los extravagantes, ridículos y contrarios a las costumbres nacionales, los que susciten equívocos respecto del sexo de la persona a quien se imponen y que sean de grafía extranjera salvo los castellanizados por el uso, etcétera.

Para lograr la inscripción de un nombre que encuadre en alguno de tales supuestos —se supone la negativa del oficial público a efectuar la inscripción— el interesado debe ocurrir a un juez, quien ordenará la tramitación de un verdadero proceso con la participación de un *contradictor* necesario que defenderá en su caso la vigencia de la ley: el representante del Ministerio Público, con la obvia facultad de poder oponerse irrestrictamente a la pretensión deducida y hacerla tramitar por todos los grados de conocimiento judicial —ordinarios y extraordinarios— que le permita el ordenamiento institucional.

Este fenómeno es diferente del anteriormente expuesto: aquí hay tres sujetos vinculados entre sí —quien insta, la autoridad y el fiscal— que permiten la formación de un verdadero proceso que, llegado el caso, terminará en una sentencia con efectos propios del caso juzgado, razón por la cual la ejecución consistirá en la anotación que corresponda en el registro de las personas, no pudiendo ya negarse el oficial público que lo dirige.

Como ambos casos reseñados se hallan legislados bajo una sola y única denominación, insisto en la necesidad de diferenciarlos adecuadamente para no caer en equívocos doctrinales acerca de la esencia de la actividad que se cumple en ellos.

Para efectuar esta tarea, el intérprete no tiene otro camino que recurrir al propio texto de la ley, ya que siendo ella la atributiva de la competencia judicial en este tema, es la que encarga a los jueces el realizar ciertos actos administrativos que bien podrían cumplir otros funcionarios. Por ejemplo, advierto que en algunos países la sucesión por

causa de muerte escapa a la órbita judicial cuando median ciertas condiciones y, así, es tramitada ante escribanos públicos.

De tal modo, habrá que investigar cómo se regula cada supuesto: si el legislador ordenó la presencia de un contradictor que asuma efectiva y realmente esa posición —tres sujetos— se tratará de un proceso que permitirá ejercitar una verdadera actividad jurisdiccional al sentenciar y ejecutar lo decidido.

Caso contrario, si el legislador prevé sólo la presencia de dos personas, se tratará de un procedimiento que generará una actividad esencialmente administrativa y que llegado el caso, al igual que respecto de todo acto administrativo, podrá ser revisado a pedido de parte interesada por la vía del *proceso*.

En otras palabras: un acto de esencia jurisdiccional (consecuencia de un proceso) sólo es impugnabile por la vía del recurso y, agotada ésta, adquiere dos efectos importantes: la *ejecutoria* y la calidad de *caso juzgado*.

En cambio, un acto de esencia administrativa (consecuencia de un procedimiento, no de un proceso) es impugnabile por la vía de la acción judicial, y antes de intentada ésta no puede adquirir la calidad de caso juzgado.

CAPÍTULO 10

LA COMPETENCIA

SUMARIO:

1. Concepto y fundamentos de la competencia
2. Pautas para atribuir la competencia judicial
 - 2.1. Objetiva
 - 2.1.1. Reglas.
 - 2.1.1.1. Competencia territorial
 - 2.1.1.2. Competencia material
 - 2.1.1.3. Competencia funcional
 - 2.1.1.4. Competencia cuantitativa
 - 2.1.1.5. Competencia personal
 - 2.1.2. Excepciones
 - 2.1.2.1. Prórroga de la competencia
 - 2.1.2.2. Fuero de atracción
 - 2.1.2.3. Sometimiento a arbitraje
 - 2.1.2.4. Conexidad y la afinidad procesal
 - 2.1.3. Caracteres de la competencia objetiva
 - 2.2. Subjetiva
3. Medios para atacar la incompetencia
 - 3.1. Objetiva
 - 3.1.1. Cuestiones de competencia
 - 3.1.1.1. Declinatoria
 - 3.1.1.2. Inhibitoria
 - 3.1.1.3. Requisitos comunes a ambas vías
 - 3.1.2. Declaración oficiosa
 - 3.1.3. Conflictos de competencia
 - 3.2. Subjetiva
 - 3.2.1. Recusación
 - 3.2.1.1. Causada
 - 3.2.1.2. Incausada
 - 3.2.2. Excusación
 - 3.2.3. Dispensa
 - 3.2.4. Actuación posterior

1. EL CONCEPTO Y LOS FUNDAMENTOS DE LA COMPETENCIA

Ya adelanté que debe entenderse jurídicamente por *competencia* la atribución de funciones que efectúa la ley y/o la convención a ciertas personas (siempre *determinadas*) que actúan en carácter de *autoridad* respecto de otras personas (determinadas o indeterminadas) que actúan como *particulares*.

Dicha atribución de funciones puede hacerse *excluyente* o *concurrentemente*.

Explicué allí que la actividad que necesariamente realiza el Estado para desarrollar y lograr sus fines sólo puede ser cumplida en la realidad de la vida por personas físicas (*funcionarios*) a quienes se encomienda individual o colectivamente y en forma selectiva el deber o la facultad de efectuar determinadas tareas.

Así es como hay una *competencia legislativa* para sancionar las leyes en sentido formal y otra para promulgarlas; hay una *competencia administrativa* para designar personal gubernativo; hay una *competencia notarial* para otorgar la fe pública; hay una *competencia policial* para resguardar la seguridad pública, etcétera.

De aquí que *todo funcionario público tenga otorgada una cierta competencia*.

Los jueces no escapan a esta regla general. De tal modo, cada uno de ellos debe cumplir funciones que están atribuidas por la ley en virtud de distintas pautas que operan algunas veces como *reglas* y otras veces como *excepciones* a esas reglas.

De ahí que hay también una *competencia judicial* para sustanciar procesos con la finalidad de resolver litigios mediante sentencias y, en su caso, ejecutarlas.

Hasta aquí he explicado una idea lógica que muestra simple y acabadamente el fenómeno descrito a partir de lo que toda persona puede ver en la realidad social.

No tan simples son las disquisiciones doctrinales que se han efectuado sobre el tema, y que parten de una circunstancia errónea que da lugar a equívocos: relacionar en forma exclusiva el concepto de *competencia* con el de *jurisdicción*, cosa que se hace a menudo porque se da a este último vocablo una acepción que no es la técnicamente apropiada.

Así es como se afirma de modo habitual que *la competencia es la medida de la jurisdicción*, estableciendo con ello una relación cuantitativa de género a especie.

Creo que esta afirmación muestra algunos errores:

a) en primer lugar, la palabra *jurisdicción* no se emplea aquí como referida al fenómeno que muestra en esencia una actividad de sustitución, que es elemental y, por ende, insusceptible de ser descompuesta en partículas menores: hay sustitución o no la hay. Y punto.

Por lo contrario, parece que en la antedicha afirmación el vocablo *jurisdicción* refiere al cúmulo de prerrogativas, poderes o facultades que ostenta todo juez.

Y esto no es correcto desde un punto de vista técnico-procesal: la *jurisdicción* es *algo que se hace*, no *algo que se tenga*.

b) En segundo lugar, si se entiende por *jurisdicción* la *labor de juzgamiento*, ella no tiene medida como tal, toda vez que el juez —sometido exclusivamente a la Constitución y a la ley— es soberano en la evaluación de los hechos, en la interpretación de las conductas y en la elección de la norma jurídica que aplicará a cada caso concreto.

Por tanto, *no existe medida alguna en la actividad de juzgamiento*.

Además, y como ya se ha visto, el concepto de *competencia* no es propio y específico del derecho procesal, por lo cual no cabe que ningún autor de la materia se adueñe de él, desconectándolo del resto del mundo jurídico; por lo contrario, habrá que usarlo conectado con ese mundo para estudiar las distintas atribuciones que efectúa la ley o la convención.

Así las cosas, de aquí en más se entenderá por *competencia* la aptitud que tiene una *autoridad* (juez) para procesar, juzgar y, en su caso, ejecutar la decisión que resuelva un litigio y un *particular* (árbitro) para procesar y laudar.

2. LAS PAUTAS PARA ATRIBUIR LA COMPETENCIA JUDICIAL

Del mismo modo que ocurre con todos los demás órganos estatales, los jueces tienen asignada una cierta *competencia* cuya explicación y caracterización sólo puede hacerse históricamente: distintas circuns-

tancias políticas o puramente fiscales, la necesidad de privilegiar a algunos sectores de la sociedad, la urgencia para resolver gran cantidad de asuntos justiciables cuyo número excedía la capacidad laborativa de un solo juzgador, etcétera, hicieron que conforme con las necesidades de la época resultara imprescindible la creación de varios órganos de juzgamiento.

A partir de allí, el soberano debió precisar cuál era el tipo de litigio respecto del cual podía conocer y fallar cada uno de los jueces designados.

No creo que resulte sencillo determinar cómo, cuándo ni por qué necesidad se atribuyó cada una de las competencias que luego enumeraré.

Pero sí es factible presentarlas conforme con un cierto orden docente luego de que se hallan legisladas.

Como todo ordenamiento precisa de un punto de partida, los autores lo han buscado respecto de este tema siguiendo diversos criterios que lo miran con la óptica de la *ley* —que no es metódica— o con la correspondiente al *litigio* que debe ser resuelto judicialmente.

Por mi parte, prefiero analizar el tema teniendo en cuenta dos pautas orientadoras que se diferencian perfectamente: las que miran al *litigio mismo* y las que sólo ven la *persona del juzgador*.

Y adopto este método porque creo que es el único que permite presentar congruentemente todos los aspectos *objetivos* y *subjetivos* que se relacionan con el tema y, al mismo tiempo, poner de resalto las distintas vías procedimentales que pueden ser usadas para denunciar una incompetencia.

a) Teniendo en cuenta el *litigio mismo* presentado al conocimiento de un juez, existen diversas circunstancias puramente *objetivas* generadoras de otras tantas competencias y que se relacionan con:

- 1) el lugar de demandabilidad (*competencia territorial*);
- 2) la materia sobre la cual versa la pretensión (*competencia material*);
- 3) el grado de conocimiento judicial (*competencia funcional*);
- 4) las personas que se hallan en litigio (*competencia personal*);
- 5) el valor pecuniario comprometido en el litigio (*competencia cuantitativa o en razón del valor*);

6) la circunstancia de haber prevenido un juez primero que otro (*competencia prevencional*);

7) además, cuando son varios los jueces que ostentan una idéntica suma de competencias (territorial, material, funcional, personal y cuantitativa), se hace necesario asegurar entre ellos un equitativo reparto de tareas, con lo cual se crea el *turno judicial* que, sin ser pauta atributiva de competencia (salvo casos excepcionales en los cuales la propia ley le otorga este carácter, tal como ocurre en la provincia de Santa Fe) puede equipararse a ellas a los fines de esta explicación.

Las seis primeras provienen exclusivamente de la ley, con excepción de la territorial, que también puede surgir de la convención.

Dado que en todos estos casos la atribución respectiva está otorgada por el legislador, que se halla fuera del Poder Judicial, doy a estas cinco clasificaciones de competencia la denominación de *pautas objetivas externas*.

El turno judicial está regulado —y así debe ser— por el propio Poder Judicial. Por eso es que le asigno el carácter de *pauta objetiva interna*.

b) Teniendo en cuenta ahora la *persona del juzgador*, con la subjetividad que le es propia por la simple razón de ser humano, hablaré de *pautas subjetivas* que tienden a mantener aséptico el campo de juzgamiento: las calidades de *imparcial*, *imparcial* e *independiente* que debe ostentar todo juez respecto de todo asunto que le sea sometido¹.

A base de lo expuesto, explicaré seguidamente cómo se determinan las pautas de atribución de la competencia para procesar y sentenciar.

2.1. LA COMPETENCIA OBJETIVA

Es la que surge a partir del litigio mismo que se lleva a conocimiento judicial.

Veremos seguidamente su reglas y excepciones.

¹ Este criterio de vincular el concepto de competencia con los aspectos puramente subjetivos de la persona del juzgador no es habitual en la doctrina. Sin embargo, lo aplico en el texto pues me parece adecuado hablar de una *competencia subjetiva*, en orden a las calidades de imparcial, imparcial e independiente que debe guardar todo juez en la dirección del proceso y en la tarea de sentenciar.

2.1.1. LAS REGLAS DE LA COMPETENCIA OBJETIVA

En razón de que esta obra sólo pretende mostrar el fenómeno procesal en sus notas sistémicas fundamentales y no detallar las diferentes reglas contenidas en las distintas legislaciones, que son contingentes, se verán ahora los grandes lineamientos que orientan el tema en estudio.

2.1.1.1. LA COMPETENCIA OBJETIVA TERRITORIAL

Todo juez ejerce sus funciones dentro de un límite territorial que casi siempre está perfecta y geográficamente demarcado por la ley: tal límite puede ser el de un país, de una provincia, de una comarca o región, de un partido, de un departamento, de una comuna, etcétera.

En otras palabras: quien es juez con competencia en la ciudad de Buenos Aires, por ejemplo, puede ejercer toda su actividad dentro del ejido municipal respectivo, no fuera de él; más tajante aún: quien es juez en Buenos Aires *no lo es* en la ciudad de Rosario. Y viceversa.

Cuando un servicio judicial se halla bien y funcionalmente organizado, existe gran número de demarcaciones territoriales (por ejemplo, una por ciudad), con similar cantidad de jueces.

¿Ante cuál de todos ellos debe instar un particular que se halla en conflicto?

Para resolver este interrogante, las leyes procesales establecen desde antiguo *varios lugares de demandabilidad*:

- 1) el del lugar donde *se realizó el contrato* cuya prestación se reclama (caso de obligaciones convencionales) o el del lugar donde *se realizó el hecho* por el cual se reclama (caso de obligaciones nacidas de delitos y cuasidelitos y de materia penal);
- 2) el del lugar donde tiene su *domicilio real* quien va a ser demandado²;

² En rigor de verdad, ésta es la única pauta que habría de tener en cuenta el legislador para fijar los parámetros propios de esta competencia. Existiendo desde la propia Constitución un *natural estado de inocencia*, no se ve por qué el demandado —al igual que el acusado penalmente— debe salir de su propio domicilio para afrontar los avatares de un proceso incoado en su contra. Por lo demás, la adopción por la ley de parámetros diferentes (cual el del lugar de pago o el de la realización del contrato, por ejemplo), se convierte a la larga en trampas procedimentales que aparecen generalmente con letra chica en los respectivos instrumentos obligacionales (por ejemplo, la constitución

3) el del lugar donde *debe cumplirse la obligación* de origen convencional;

4) el del lugar donde *está situada la cosa* litigiosa.

A base de estas pautas, las legislaciones consagran regímenes diferentes: por ejemplo, algunas establecen que en materia de reclamo por obligación convencional el actor debe ir ante el juez con competencia territorial en el lugar donde ella debía ser cumplida; en su defecto, en caso de no estar especificado, otorgan al actor un *derecho de opción* para elegir entre otros lugares: el de la realización del hecho o el del domicilio del demandado.

Otras leyes, en cambio, instrumentan un sistema diferente: igualan perfectamente los tres lugares recién enunciados y otorgan al actor un amplio derecho de elección entre ellos.

Como se ve, las distintas normativas son *siempre* contingentes.

De allí que la explicación que se brinde respecto de una de ellas puede no servir para otra u otras.

Por eso es que he preferido no especificar en esta obra una solución legal determinada sino, por lo contrario, presentar las posibles soluciones de un problema cualquiera, remitiendo al interesado a la lectura de la ley procesal que estime necesario conocer.

En razón de que las cuatro reglas básicas antes mencionadas no alcanzan a contemplar todos los supuestos justiciables, las leyes establecen otros lugares de demandabilidad en ciertos casos específicos: por ejemplo,

- para el juicio sucesorio, es competente el juez del lugar del *último domicilio del causante*;
- para el juicio de divorcio, el juez del lugar del *último domicilio conyugal*;
- para los actos de *jurisdicción voluntaria*, el juez del lugar del *domicilio de la persona* en cuyo interés se promueven, etcétera.

Ya se verá más adelante que si bien esta competencia está atribuida por la ley, puede ser dejada de lado por los particulares por medio de la *convención* (ver punto 2.1.2.1. de este Capítulo).

por el deudor del domicilio de pago en el del propio acreedor en un pagaré a la vista, con lo cual ese deudor incurre en mora sin tener la menor idea de ello).

2.1.1.2. LA COMPETENCIA OBJETIVA MATERIAL

Los jueces que ejercen su actividad dentro de un mismo territorio suelen dividir el conocimiento de los diversos asuntos litigiosos de acuerdo con la *materia* sobre la cual se fundamenta la respectiva pretensión.

La atribución de la *competencia material* está hecha sobre la base de necesidades contingentes del lugar en un tiempo dado: en un principio, los asuntos se dividieron en penales y no penales.

Tan simple división acrecentó las posibilidades de otorgar diferentes competencias a los litigios acerca de ellas en la medida en que crecieron las materias jurídicas.

En la actualidad, una clara y persistente tendencia a la especialización judicial —que no es lo mejor para la capacitación del juzgador ni lo óptimo para lograr una adecuada eficiencia del servicio judicial³— unida a las necesidades de resolver enorme número de litigios, hace que la competencia material se divida en *civil, comercial, laboral, penal, federal, contenciosoadministrativa*, etcétera.

Más aún: dentro de estas mismas materias, el campo se amplía: en algunas ocasiones, la ley atribuye competencia en materia de *familia, sociedades, responsabilidad civil de origen extracontractual, juicios universales, juicios ejecutivos*, etcétera.

Para conocer cuál es el sistema imperante en un lugar dado, el lector debe ocurrir a la ley que organiza el Poder Judicial.

2.1.1.3. LA COMPETENCIA OBJETIVA FUNCIONAL

Habitualmente, la actividad de juzgar es ejercida por una sola persona que, como todo ser humano, es falible y, por ende, puede cometer errores que generen situaciones de injusticia o de ilegitimidad.

Como el acto de juzgamiento tiende precisamente a lo contrario, a *hacer la mejor justicia posible* en un caso concreto mediante la emisión de un pronunciamiento *legítimo con apoyo en la ley*, el posible error

judicial que no cumple el postulado básico del sistema debe ser revisable por otro juzgador que, por razones obvias, debe estar por encima del primero y al cual éste ha de subordinarse.

Así es como, en orden a la *función* que cumple cada uno de los jueces, el ordenamiento legal establece —con ciertas restricciones que no es del caso enumerar acá— un *doble grado de conocimiento*: un juez unipersonal de *primer grado* (o de *primera instancia*) emite su sentencia resolviendo el litigio; tal sentencia es revisable —bajo ciertas condiciones que se explicarán luego— por un tribunal (habitualmente pluripersonal) que actúa en *segundo grado de conocimiento* (o en *segunda instancia*) como órgano de control.

Este doble grado de conocimiento judicial recibe la denominación de *ordinario*, significando el vocablo que tanto en el primero como en el segundo, los interesados pueden plantear para ser resueltas cuestiones de *hecho* y de *derecho*.

En los distintos regímenes judiciales argentinos, el conocimiento ordinario de un asunto justiciable se agota con el mencionado doble grado.

De tal modo, la sentencia de segunda instancia es *definitiva* y gana los efectos propios de ella.

Sin embargo, para ciertos casos particulares, la ley amplía el sistema, llevándolo a un *triple grado* de conocimiento ordinario (por ejemplo, cuando la Nación es parte litigante y el pleito versa sobre pretensión monetaria que supera una cantidad determinada).

Además del conocimiento ordinario, en el orden nacional existe un grado más de *conocimiento extraordinario* en el cual *no pueden plantearse cuestiones de hecho* sino exclusivamente *de derecho* (en Argentina, sólo relativas al orden constitucional, no al derecho común).

Como es imaginable, la función —de aquí el nombre de esta competencia— que cumple el juzgador en cada grado de conocimiento, es por completo diferente:

a) el de primer grado ordinario tiene amplias facultades para interpretar y evaluar los hechos que originaron el litigio y de aplicar a ellos la norma jurídica que estime es la que corresponde al caso, a fin de absolver o condenar al demandado;

³ Hace ya bastante tiempo que la doctrina pretende erradicar al *juez especialista* que reina en nuestros tribunales, anhelando volver al *juez jurista*. Ocurre aquí algo similar a lo que acaece en la medicina: tanto se ha agrandado el campo de las especializaciones que los médicos en general saben cada vez menos de más cosas y los pacientes bregan por encontrar clínicos generales. En la judicatura moderna faltan esos *clínicos generales*.

b) el de segundo grado ordinario carece de tales facultades: sólo debe decidir acerca de los argumentos que, seria y razonadamente, expone el perdedor respecto de los argumentos que fundan la sentencia que le fue adversa (regla procesal *no reformatio in pejus*).

Y nótese bien: aunque el juzgador superior no esté de acuerdo con la interpretación que de los hechos ha efectuado el juzgador inferior, no puede variarla si no media agravio expreso del perdedor en tal sentido;

c) el de tercer grado —ahora ya es extraordinario— debe proceder de modo similar al de segundo grado, con una variante de la mayor importancia: no ha de conocer de cualquier argumento jurídico que presente el agraviado sino sólo de aquel que tenga relevancia constitucional.

Como puede apreciarse, la competencia funcional opera como una especie de embudo invertido: a mayor grado, menor posibilidad cuantitativa de conocimiento material por parte del juzgador.

Y ello es razonable: el Estado cumple con el particular asegurándole la resolución de todos sus conflictos; y para que esto ocurra basta *un solo acto de juzgamiento*.

En razón de que allí puede cometerse un error que genere injusticia o ilegitimidad, se asegura la *posibilidad* —no la *imprescindible necesidad* (que es lo que ocurre en la llamada *consulta*)⁴— de ser revisada por un tribunal superior; sólo que ahora, porque ya se cumplió en primera instancia la garantía de solución, no entrará a juzgar *ex novo* el litigio (que ya fue juzgado), sino a analizar y controlar el razonamiento del juzgador inferior en función de lo que al respecto se agravió el perdedor. Y con esto el pleito terminó.

Sin embargo, persistiendo el error (ahora sólo por ilegitimidad, ya no por injusticia), se asegura la *posibilidad* —no la *imprescindible necesidad*— de nueva y definitiva revisión, sólo que ahora el juzgamiento se concretará a determinar si el pronunciamiento anterior se adecua o no a las garantías prometidas desde la Constitución.

Cierto es que aun el último juzgador es falible y que, por tanto, puede cometer nuevo error.

Pero hace a la tranquilidad social y a la rapidez y seguridad en el tráfico de relaciones jurídicas que alguna vez los pleitos tengan un fin: tres,

cuatro o diez grados de conocimiento, pero uno de ellos debe ser final y definitivo, sin posibilidad de ulterior revisión.

Entre nosotros, ha parecido suficiente el número de grados ya enunciados. Y el eventual error del último tribunal será un fin no querido por el derecho, pero necesario de aceptar —con el sacrificio de unos pocos— para lograr la armonía social de todos.

2.1.1.4. LA COMPETENCIA OBJETIVA CUANTITATIVA

En la fluidez de las relaciones sociales pueden originarse conflictos por las más variadas razones, que van desde un grado de importancia suma a otro de importancia mínima.

Por ejemplo, aunque intrínsecamente son conflictos intersubjetivos, parece que mirado de modo objetivo tiene mayor trascendencia económica o social el litigio que versa sobre valioso inmueble que el que se reduce a una docena de naranjas; igual ocurre con el despido de todo el personal de una fábrica respecto de la suspensión temporaria de uno de sus obreros; lo mismo pasa si se compara el delito de homicidio con el de hurto de una gallina, etcétera.

Como el Estado asegura por igual la solución de todos estos conflictos, mantiene estable un servicio público de justicia a un elevado coste que soporta toda la sociedad.

Por razones obvias, la parte proporcional de ese coste que corresponde materialmente a cada litigio, debe estar en relación con la importancia de éste.

De tal modo, en casi todos los lugares se divide la competencia en razón de la *cantidad* o el *valor* sobre el cual versa la pretensión.

Y así, dos jueces que tienen idéntica competencia territorial (por ejemplo, en una misma ciudad) e idéntica competencia material (por ejemplo, en lo comercial), pueden ostentar diferente competencia cuantitativa: sobre la base de una predeterminada *cantidad patrón* fijada por el legislador, uno será de *mayor cuantía* si la excede y otro de *menor cuantía* si no llega a ella.

Parece claro aquí que el valor preponderante en el primer caso será el de la *seguridad jurídica*; en el segundo, los de la *celeridad* y la *economía* en la solución del litigio.

⁴ Vigente en la Argentina en el texto de la Ley de Concursos.

Y es que celeridad y seguridad son valores que nunca pueden caminar juntos: lo que se resuelve rápidamente no es seguro; lo que se decide con seguridad no puede ser rápido.

De ahí que la adopción de un valor vaya necesariamente en detrimento del otro; por ello es decisión política el otorgar o no cierta primacía entre ambos.

Esta tarea corresponde al legislador procesal, quien instrumenta un procedimiento con plazos prolongados y plena posibilidad de defensa, de confirmación y de impugnación en los casos de mayor cuantía, en tanto que establece un procedimiento más breve, con el lógico cerceamiento de posibilidades defensivas, confirmativas e impugnativas en el de menor cuantía.

Para conocer cuál es el sistema imperante en un lugar dado, el lector debe ocurrir a la ley que organiza el Poder Judicial.

2.1.1.5. LA COMPETENCIA OBJETIVA PERSONAL

Por razones políticas, sociales, fiscales, etcétera, que son contingentes en el tiempo y en el espacio, puede resultar necesario en un momento y lugar dados atribuir competencia en razón de las *personas* que litigan. La historia de la España foral muestra ricos y variados ejemplos de ello.

Por expresa disposición constitucional que se origina en la Asamblea de 1813, en la Argentina no existen fueros especiales.

Sin embargo, en atención a la persona que litiga, se atribuye una *competencia personal* específica, casi siempre bajo el falaz rótulo de *competencia material*.

Por ejemplo, siempre que la *Nación* es parte en un litigio, debe someter su juzgamiento a ciertos jueces (federales) y no a otros (ordinarios). Los *extranjeros* y los *vecinos de distinta provincia* tienen una competencia de este tipo en la Argentina, país de inmigración y de sistema político federal.

En la provincia de Santa Fe no existe atribución de competencia material en la pretensión de expropiación, salvo cuando el sujeto expro-

piante es la propia provincia, caso para el cual se establece una competencia en razón de la *persona provincia*, no de la *materia expropiatoria*. Tratamiento similar tiene toda pretensión basada en la responsabilidad de los jueces, que debe ser deducida ante un tribunal único, etcétera. A mi juicio, siempre que se atribuye una competencia personal, se privilegia a uno de los litigantes (generalmente es el Estado) respecto del otro, que sufre obvio detrimento (por ejemplo, plazos exigüos y angustiantes de caducidad, juzgamiento en un solo grado de conocimiento judicial, etcétera).

No creo que ello sea congruente con la garantía constitucional del *debido proceso* ni que éste sirva para igualar en tales casos a ambos contendientes.

Pero lo cierto es que existe en la Argentina, ya acostumbrada a soportar los desbordes cada vez mayores de un Estado que avanza de modo notable sobre el interés de los particulares.

2.1.2. LAS EXCEPCIONES A LAS REGLAS DE LA COMPETENCIA OBJETIVA

Para un asunto determinado, cualquiera sea, siempre hay un único juez de primer grado que en un momento dado es competente territorial, material, personal y cuantitativamente; sin embargo, cuatro circunstancias excepcionales influyen en modo directo para que él no pueda procesar, resolver o ejecutar lo resuelto en un litigio.

Estas circunstancias constituyen las *excepciones* a las reglas de la competencia objetiva y son: la prórroga de la competencia, el fuero de atracción, el sometimiento a arbitraje y la conexidad jurídica entre distintos litigios.

A todas ellas me referiré seguidamente.

2.1.2.1. LA PRÓRROGA DE LA COMPETENCIA

En nuestro tiempo, las leyes atributivas de competencia judicial son generalmente *imperativas*⁵, razón por la cual no pueden ser dejadas de

⁵ Ya hemos visto el tema en el Capítulo 2, al estudiar el *carácter del derecho procesal*. Critiqué allí el que la ley vedara a los interesados pactar acerca de las normas procedimentales referidas a actos que se encuentran en el plano horizontal del proceso

lado por la voluntad de los particulares; de tal modo, ellos carecen de toda facultad para alterar las pautas descritas precedentemente.

Resulta así que en un mismo lugar y en un mismo momento determinado, entre todos los jueces que integran el Poder Judicial *hay uno solo* que es competente en orden al territorio, la materia, el grado, la cantidad, las personas y el turno. Y sólo ante él debe ser presentada la demanda⁶.

La razón que fundamenta esto refiere a que, en la mayoría de los casos, el legislador tiene en cuenta factores de índole diversa que hacen a la mejor convivencia social y que, en definitiva, se traducen en una más eficiente organización judicial y en una mejor distribución del trabajo entre los distintos jueces.

Sin embargo, el propio legislador ha considerado necesario privilegiar el interés particular en ciertos casos con el propósito de hacer más fácilmente asequible la defensa de los derechos.

Es por ello que especifica y excepcionalmente autoriza desde la propia ley que se alteren las pautas antes explicadas, con lo cual se permite que las partes *desplacen* la competencia de un juez a otro para conocer de un asunto litigioso.

En el lenguaje procesal, este desplazamiento se conoce con la denominación de *prórroga de la competencia judicial* y consiste técnicamente en un acuerdo de los litigantes por virtud del cual no presentan su litigio ante el único juez que es natural e inicialmente competente sino ante otro que no lo es.

La doctrina acepta que, siempre por voluntad de los propios interesados, la *prórroga de competencia* puede operar:

(plazos para contestar, para confirmar, para alegar, etcétera). En cambio, creo que en el punto al cual ahora refiero —situado en el plano vertical del proceso— es razonable aceptar que las normas deben ser imperativas, sólo que con los alcances que luego explicaré en el texto.

⁶ De donde resulta que las leyes que determinan las competencias judiciales deben ser necesariamente claras y sencillas. Tanto, como para posibilitar que nadie se equivoque al momento de demandar y vea en ello otra trampa más de las tantas que el legislador le pone a cada rato al particular en esta materia. Adviértase que cuando ello ocurre, además de una fenomenal pérdida de tiempo, existe una segura condena en costas a cargo del actor que resulta perdedor en la respectiva excepción de incompetencia.

1) en la *competencia territorial*, cuando el conocimiento de un litigio es llevado al juez de un lugar que no es ninguno de los detallados en carácter de reglas generales en el punto 2.1.1.1. de este Capítulo.

Por ejemplo, si una obligación contractual es pactada en la ciudad de Buenos Aires, allí debe cumplirse y allí también se domicilia el deudor, es obvio que el juez territorialmente competente será el de la misma ciudad de Buenos Aires. Sin embargo las partes pueden acordar procesar el litigio ante un juez de la ciudad de Rosario: así se formaliza la *prórroga de la competencia territorial*;

2) en la *competencia material*, cuando un juez que según la ley debe conocer sólo de una determinada materia (por ejemplo, la comercial) conoce de materia (por ejemplo, laboral) que está atribuida a otro juez;

3) en la *competencia funcional*, cuando un juez de segundo o ulterior grado de conocimiento conoce de un litigio en primera instancia. Este fenómeno de omitir un grado de conocimiento previo recibe la denominación de *pretermisión de instancia*⁷;

4) en la *competencia personal*, cuando un juez incompetente en razón de las personas litigantes conoce de un litigio cuya competencia está atribuida a otro juez;

5) en la *competencia cuantitativa*, cuando un juez que sólo tiene, en razón del valor, aptitud para conocer de pleitos de una determinada cuantía, conoce en litigio por monto que no le corresponde según la ley.

Hasta aquí la reiteración de la explicación doctrinal del problema.

Pero para la ley, la solución de cada caso no siempre es igual: ya he afirmado que todo el tema es contingente y puede cambiar en el tiempo y en el espacio.

⁷ Esto es, precisamente, lo que ocurre en lo que hoy se conoce indebidamente como *per saltum* y que sólo es el efecto de pretermir una instancia por la avocación de los autos que hace el superior. Técnicamente, esto es una *competencia por avocación* (*avocar* es verbo no reflexivo que significa *traer los autos hacia uno*. No cabe decir *abocar*: dedicarse a algo), cuyo efecto será esa pretermisión que posibilitará el conocimiento *per saltum*.

En la Argentina, y en general, las leyes establecen la *improrrogabilidad* de las competencias *material, funcional y cuantitativa*.

De tal modo, el carácter imperativo de las respectivas normas hace que ellas no puedan ser dejadas de lado por la voluntad acorde de los interesados.

En cambio, autorizan la *prorrogabilidad* de las competencias

- *territorial* cuando se trata exclusivamente de litigios que versan sobre intereses patrimoniales transigibles, y
- *personal*, en los casos de extranjeros y vecinos de diferentes provincias, a quienes constitucionalmente corresponde ser juzgados por la justicia federal y que, sin embargo, pueden someterse a la justicia ordinaria provincial.

La prórroga de competencia está sujeta a cinco *requisitos*:

- 1) que la autoridad a quien se prorroga (es el *juez que se va*) sea un juez competente (no hay prórroga en la actividad de los árbitros);
- 2) que la autoridad en quien se prorroga (es el *juez que viene*) sea un juez incompetente en cuanto a la competencia prorrogada (por ejemplo territorial), pero competente en cuanto a las demás (por ejemplo, material, funcional, cuantitativa y personal);
- 3) que haya consentimiento de las dos partes para efectuar la prórroga. Este consentimiento puede ser *expreso* (cuando ambas partes se ponen de acuerdo sobre ello antes de iniciar el proceso) o *implícito* (cuando la parte actora demanda ante un juez incompetente respecto de la pauta prorrogada y la parte demandada no cuestiona la incompetencia);
- 4) que el litigio verse exclusivamente acerca de cuestiones patrimoniales que puedan ser objeto de transacción;
- 5) que la ley no atribuya competencia territorial exclusiva y excluyente a un determinado juez, pues ello hace, implícitamente, que esta competencia sea improrrogable.

2.1.2.2. EL FUERO DE ATRACCIÓN

Hay algunos juicios en los cuales está necesariamente involucrada la totalidad del patrimonio de una persona y que, por tal razón, se co-

nocen con la denominación de juicios *universales* (son: el concurso, la quiebra y la sucesión).

Esta circunstancia hace que resulte menester concentrar ante un mismo y único juez todos los litigios que están vinculados en ciertos aspectos con tal patrimonio del deudor o del causante.

Se produce así un nuevo desplazamiento de la competencia, diferente del antes explicado y que opera *exclusivamente* respecto de pretensiones patrimoniales personales (no personalísimas ni reales) deducidas *en contra* (no *a favor*) del patrimonio cuya universalidad se trata de preservar.

En otras palabras: abierta una sucesión⁸ o un concurso⁹ o una quiebra, los respectivos juicios atraen a todos los procesos que versen sobre

⁸ El art. 3284 del Cód. Civil argentino, regulando el fuero de atracción del sucesorio, establece: "...La jurisdicción sobre la sucesión corresponde a los jueces del lugar del último domicilio del difunto. Ante los jueces de ese lugar deben entablarse: 1) las demandas concernientes a los bienes hereditarios, hasta la partición inclusive, cuando son interpuestas por algunos de los sucesores universales contra sus coherederos; 2) las demandas relativas a las garantías de los lotes entre los copartícipes, y las que tiendan a la reforma o nulidad de la partición; 3) las demandas relativas a la ejecución de las disposiciones del testador, aunque sean a título particular, como sobre la entrega de los legados; 4) las acciones personales de los acreedores del difunto, antes de la división de la herencia".

⁹ El art. 21 de la Ley de Concursos 24.522, hoy con texto reformado por ley 26.086, dice: "*Juicios contra el concursado*. La apertura del concurso produce, a partir de la publicación de edictos, la suspensión del trámite de los juicios de contenido patrimonial contra el concursado por causa o título anterior a su presentación, y su radicación en el juzgado del concurso. No podrán deducirse nuevas acciones con fundamento en tales causas o títulos. Quedan excluidos de los efectos antes mencionados: 1) Los procesos de expropiación, los que se funden en las relaciones de familia y las ejecuciones de garantías reales; 2) Los procesos de conocimiento y trámite y los juicios laborales, salvo que el actor opte por suspender el procedimiento y verificar su crédito conforme lo dispuesto por los artículos 32 y concordantes; 3) Los procesos en los que el concursado sea parte de un litisconsorcio pasivo necesario..."

A su turno, el art. 132 de la misma ley, hoy con texto reformado por ley 26.086, regulando ahora el fuero de atracción en la quiebra, establece: "...*Fuero de atracción*. La declaración de quiebra atrae al Juzgado en el que ella tramita todas las acciones judiciales iniciadas contra el fallido por las que se reclamen derechos patrimoniales. Salvo las ejecuciones de créditos con garantías reales, quedan exceptuados de este principio los casos indicados en el artículo 21 inciso 1 a 3 bajo el régimen allí previsto. "El trámite de los juicios atraídos se suspende cuando la sentencia de quiebra del demandado se halle firme; hasta entonces se prosigue con el síndico, sin que puedan realizarse actos de ejecución forzada".

materia patrimonial personal y estén pendientes o que se deban iniciar contra la sucesión o su causante y contra el concurso o quiebra y el concursado o quebrado.

No ocurre lo mismo a la inversa: si, por ejemplo, el concurso o el concursado incoa un proceso por medio de quien está legitimado para hacerlo, debe presentar la demanda ante el juez que reúne en sí todas las pautas de competencia, no ante el juez que interviene en el concurso porque en él se trata, simplemente, de administrar un patrimonio y dividirlo proporcionalmente entre sus diferentes acreedores conforme pautas que establece la propia ley.

2.1.2.3. EL SOMETIMIENTO A ARBITRAJE

Toda persona capaz para transigir puede acordar el sometimiento al juicio de un árbitro de todo asunto litigioso que verse exclusivamente sobre derechos transigibles¹⁰.

De tal modo, son las propias partes litigantes quienes deciden descartar la respectiva competencia judicial y, por efecto propio de la convención y en razón de que la ley les permite hacerlo, otorgar *competencia arbitral* al particular que eligen para que resuelva el litigio¹¹.

Ésta es la razón por la cual el tema en estudio constituye una excepción a las pautas atributivas de competencia. Volveré sobre el tema más adelante.

2.1.2.4. LA CONEXIDAD Y LA AFINIDAD PROCESAL

Ya expliqué en el Capítulo 8 cuáles son las distintas figuras jurídicas que surgen de la simple comparación de dos relaciones litigiosas, mediante el espejamiento de sus tres elementos tradicionales: sujetos (actor y demandado), objeto y causa (hecho e imputación jurídica a base de ese hecho).

¹⁰ El art. 846 del Cód. Civil argentino establece sobre el punto: "La transacción es permitida sobre intereses puramente pecuniarios subordinados al estado de una persona, aunque éste sea contestado, con tal que al mismo tiempo, la transacción no verse sobre el estado de ella".

¹¹ Cuando esto se realiza por medio de apoderado, éste requiere tener poder especial al respecto (art. 1881, inc 3º del Cód. Civil argentino).

Recuerdo ahora que el fenómeno de la *conexidad* aparece cuando dos relaciones litigiosas diferentes tienen en común un elemento (conexidad subjetiva, conexidad objetiva y conexidad causal) o dos elementos (conexidad mixta subjetivo-causal y conexidad mixta objetivo-causal).

Recuerdo también que el fenómeno de la *afinidad* aparece cuando dos relaciones litigiosas diferentes no tienen ningún elemento idéntico pero ostentan uno de los sujetos en común (no los dos) y el *hecho* que es la causa de pedir (no la imputación jurídica que el actor hace a base de él).

Cuando se presenta alguno de estos dos fenómenos, y según el caso, resulta *conveniente*—por razones de economía— o *necesario*—por razones de seguridad jurídica— tramitar y/o sentenciar en un mismo acto de juzgamiento *todas las pretensiones conexas o afines*, mediante el instituto de *acumulación de procesos*.

Cuando la acumulación se hace imprescindible y los pleitos penden ante jueces con distintas competencias, uno de ellos debe asumir la del otro, quien no puede menos que ceder ante la exigencia del primero y desplazar el conocimiento del litigio.

Un ejemplo ayudará a comprender el problema: supóngase que Juan demanda a Pedro ante el juez Diego pretendiendo el cumplimiento de un contrato. A los fines de este ejemplo, el juez Diego es el único competente en ese momento en razón del territorio, del grado, de la materia, de las personas y del valor.

En proceso separado, Pedro demanda a Juan ante el juez José pretendiendo la declaración de nulidad del mismo contrato. A los fines de este ejemplo, el juez José es el único competente en ese momento en razón del territorio, del grado, de la materia, de las personas y del valor.

Es fácil darse cuenta de que las pretensiones antagónicas que recién he referido no deben ser sentenciadas separadamente, pues puede ocurrir que el juez Diego condene al cumplimiento del contrato y que, por su parte, el juez José declare la nulidad del mismo contrato que Diego ordenó cumplir. Y esta situación es verdaderamente caótica y debe ser erradicada a toda costa.

La solución para evitarla es unitaria: que uno de los jueces asuma la competencia del otro por virtud de la conexidad causal que existe entre

ambos litigios. No importa por ahora quién es el que en definitiva juzgará las dos pretensiones opuestas. Sobre el tema, las normativas procesales no son pacíficas¹².

Pero lo que sí importa es que haya una sola sentencia en un mismo acto de juzgamiento efectuado por un mismo juzgador.

Y ello se logra sólo desplazando la competencia de uno de los jueces. Ésta es la razón por la cual la conexidad y la afinidad jurídica son excepciones a las pautas atributivas de la competencia judicial.

2.1.3. LOS CARACTERES DE LA COMPETENCIA OBJETIVA

De las razones expuestas en los puntos anteriores resulta que la competencia judicial es *indelegable*¹³, salvo los supuestos de *comisión*¹⁴ de ciertas y determinadas diligencias que los jueces pueden encomendar a otros con diferente competencia territorial.

La indelegabilidad no afecta a los supuestos de excepción a las pautas objetivas.

2.2. LA COMPETENCIA SUBJETIVA

Estas pautas tienen en cuenta sólo la *persona* del juzgador, con total y absoluta prescindencia de las que ya he explicado como *pautas objetivas*. Y es que un juez puede ser *objetivamente* competente para conocer de un litigio (en razón de la materia, las personas, el grado, el territorio

y el valor) y, sin embargo, no serlo *subjetivamente*, por hallarse comprendido respecto de alguno de los litigantes o de sus representantes o de sus patrocinantes o de la misma cuestión litigiosa en una situación tal que genera un interés propio en el juez para que la sentencia se emita en un cierto y único sentido.

Cuando esto ocurre, el juez pierde su carácter de *imparcial* (no parte), o su *imparcialidad* (no interesado) o su *independencia* para actuar libremente y sin ningún tipo de ataduras en la emisión de su pronunciamiento.

Ya adelanté que este problema es de la mayor gravedad y que cuando existe no genera un *debido proceso* sino un simple procedimiento cuya solución jamás podrá ganar los efectos propios de la sentencia dictada luego de un proceso.

Congruente con ello, doctrina —que es obviamente pacífica— y legislación¹⁵ otorgan a los litigantes la facultad de desplazar la competencia del juez objetivamente competente pero subjetivamente incompetente hacia otro juez que sea objetiva y subjetivamente competente.

Es más: tan grave es el problema que si las partes guardan silencio al respecto —por desconocimiento de la respectiva situación o por cualquier otra circunstancia— la propia ley impone al juez subjetivamente incompetente el *inexorable deber de excusarse* de entender en el litigio. Volveré sobre el tema en el # 3.2.2. de este Capítulo.

3. LOS MEDIOS PARA ATACAR LA INCOMPETENCIA

Siendo la competencia uno de los *requisitos de la demanda* y debiendo ser respetada irrestrictamente por los particulares y por los propios jueces (salvo los casos de excepción analizados en el # 2.1.2 de este Capítulo), su ausencia en un determinado proceso afecta su utilidad para lograr la composición definitiva del litigio.

Resulta de ello que, en caso de incompetencia objetiva o subjetiva, la ley pone en manos de los interesados y del juez los diversos resortes para atacarla y lograr llevar el pleito ante el juez que es realmente competente.

¹⁵ Con muchos altibajos, como luego se verá.

¹² En general, se afirma que debe entender en ambos asuntos el que primero *previno* en ellas. Pero, como siempre, la ley no aclara el punto y, entonces, la caótica doctrina genera igual jurisprudencia. Y, así, *previene* el juez que: a) recibió primero la demanda; b) el que la admitió antes; c) el que primero la notificó, y d) el que primero logró llegar a la efectiva contestación de la demanda. Por supuesto, la razón sistémica está en el primer supuesto, ya que si uno de los efectos de la admisión de la demanda es *crear el estado de litispendencia*, es desde ese mismo momento y no desde cualquiera caprichosa fecha posterior que debe contarse la prevención.

¹³ *Delegación* es la facultad que un juez o tribunal concede a alguna persona para que conozca de una causa en su nombre y en la forma y con los alcances que le prescribe al momento de delegar. Autorizada desde la Ley 4, Título 4, Partida 3, está prohibida desde el derecho patrio.

¹⁴ *Comisión* es la facultad que se da a una persona para ejercer accidentalmente y por corto tiempo algún cargo, o para juzgar en circunstancias extraordinarias, o para instruir un proceso.

Desde ya, y a modo de síntesis anticipativa del punto siguiente, adelanto que si la incompetencia es *objetiva* los medios que *pueden* usar los interesados son dos: la *declinatoria* y la *inhibitoria*, y uno el que *debe* usar el juez: la *declaración oficiosa*.

Si la incompetencia es *subjetiva*, las partes tienen un solo medio que *pueden* usar: la *recusación*, en tanto el juez tiene otro que *debe* usar: la *excusación*.

3.1. LOS MEDIOS PARA ATACAR LA INCOMPETENCIA OBJETIVA

Dos *sistemas* ha instrumentado la doctrina para delimitar los medios de ataque a la incompetencia objetiva y ellos miran a un doble aspecto del problema:

1) *los sujetos que pueden atacar la incompetencia*: existen dos soluciones extremas que admiten variantes intermedias:

1.1) otorgar al juez –en todos los casos– el deber de verificar su propia competencia: *incompetencia denunciante de oficio*;

1.2) encomendar *sólo a las partes* el control de la competencia, con la obvia consecuencia de que cuando ellas consienten una incompetencia, nada puede hacer el juez al respecto: *incompetencia denunciante sólo a instancia de parte*;

2) *la oportunidad procedimental para atacar la incompetencia*: existen nuevamente dos soluciones:

2.1) el control sobre la competencia puede ser ejercido durante todo el curso del proceso;

2.2) sólo puede efectuarse en la fase inicial del proceso, extinguiéndose luego la respectiva facultad por virtud de la regla de la *preclusión*.

En cuanto al primer problema, la mayoría de las legislaciones del Continente establece un *sistema mixto*, mediante el cual se permite que sean las partes quienes denuncien la incompetencia y, además, el propio juez.

Respecto del segundo problema, las legislaciones no son pacíficas. Pero cabe destacar que las más modernas establecen un momento límite y final con carácter preclusivo que cierra definitivamente la posibilidad de alegar la incompetencia o de declararla de oficio: ello hace a elementales reglas de economía, celeridad, seguridad jurídica y serie-

dad procesal, evita el desborde de la actividad burocrática y brinda tranquilidad a los justiciables.

Sistemas similares han sido ideados para atacar la incompetencia subjetiva, dejando librada la respectiva actividad a las partes y al propio juez, también con limitaciones temporales para poder realizarla.

Ya es factible abordar el tema de los *medios* para atacar la incompetencia objetiva, son dos:

1) las *cuestiones de competencia*, y 2) la *declaración oficiosa*. Ambos medios pueden generar *conflictos de competencia*.

3.1.1. LAS CUESTIONES DE COMPETENCIA

Denomínase *cuestión de competencia* a la oposición (cuestionamiento) que realiza el *demandado* respecto de la aptitud (competencia) que posee el juez que dio curso a la demanda presentada por el actor.

En razón de que *cuestionar* significa *controvertir una cuestión*, y aunque la doctrina en general no se haya detenido en ello, parece claro que *sólo el demandado* –nunca el actor– puede realizar tal actividad, toda vez que:

1) si el juez se considera incompetente respecto de una demanda, no discute su competencia con nadie: sólo se limita a repelerla;

2) si el actor considera que un juez es incompetente, parece obvio que no presentará ante él su demanda. Quedan a salvo casos excepcionales expresamente previstos en las leyes procesales y que siempre suponen que la demanda será girada, presentada luego o ratificada ante el juez competente. Por ejemplo, la demanda que se presenta al sólo efecto de interrumpir la prescripción o durante el curso de una feria judicial.

Queda en claro, así, que cuando el actor elige a un juez y éste no repele su competencia, *sólo el demandado* puede cuestionarla por una de dos vías posibles: la *declinatoria* y la *inhibitoria*.

3.1.1.1. LA DECLINATORIA

Es el medio acordado por las leyes procesales para que el *demandado* cuestione la competencia ya admitida por un juez: a tal fin debe presentarse ante él y, deduciendo la *excepción de incompetencia*, solicitar-

le que cese (decline) en el conocimiento de la causa respecto de la cual lo considera incompetente.

3.1.1.2. LA INHIBITORIA

Es el medio acordado por las leyes procesales para que el demandado cuestione la competencia ya admitida por un juez; a tal fin, debe presentarse ante otro juez que no esté conociendo del asunto (he aquí la diferencia sustancial entre ambas vías) pero al cual el demandado considera competente y, deduciendo una *demandá*, solicitarle que declare su competencia y reclame al juez que está conociendo de la causa que se declare incompetente y cese en su intervención¹⁶.

3.1.1.3. LOS REQUISITOS COMUNES A AMBAS VÍAS

Para la procedencia de la declinatoria y de la inhibitoria, las leyes procesales en general requieren:

- 1) que no se haya consentido la competencia que se cuestiona;
- 2) que al deducir una de las vías no se haya interpuesto la otra con anterioridad, ya que son excluyentes.

3.1.2. LA DECLARACIÓN OFICIOSA DE INCOMPETENCIA

Ya se ha visto en este Capítulo que, en general, las leyes procesales imponen a todos los jueces el deber de velar por su competencia, asignándoles el deber de repeler inicialmente el conocimiento de cualquier litigio que exceda sus atribuciones.

Hay sistemas –los menos– que exigen que tal actividad se cumpla en cualquier estado y grado de conocimiento de la causa, por avanzada que ella esté¹⁷.

¹⁶ La explicación resulta plenamente comprensible si se piensa que la inhibitoria es un despacho, decreto, exhorto u oficio que envía un juez a otro como consecuencia de acoger una demanda para que así proceda.

¹⁷ Ésta es la tesis de la mayoría de las leyes argentinas del siglo pasado, cuando –pensamiento autoritario mediante– se consideraba a la competencia judicial como una *institución de orden público* que ni los particulares ni los propios jueces podían ignorar. De ahí que era corriente que un tribunal de segundo grado, interviniendo con motivo de una apelación cualquiera después de varios años de litigio, se declarara incompetente (por ejemplo, ja fojas 23201, como yo lo he visto) y ordenara volver a

Otros, en cambio, establecen un momento final preclusivo (generalmente es el consentimiento prestado por el demandado) a partir del cual la respectiva incompetencia queda definitivamente purgada y ya no es declarable de oficio¹⁸.

La incompetencia decretada por un juez no vincula al nuevo juez a quien se gira el conocimiento del asunto, a raíz de lo cual *puede repelerla*¹⁹.

Del mismo modo, la aceptación de una demanda inhibitoria por otro juez tampoco vincula al que ya está conociendo de una causa determinada²⁰, quien puede reafirmar su propia competencia y, de consiguiente, responder negativamente al pedido de desprendimiento de la causa.

Ambas circunstancias generan sendos *conflictos de competencia*.

3.1.3. LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIA

Denomínase *conflicto de competencia* a la contienda que se plantea entre dos jueces cuando ambos emiten sendas resoluciones *coincidentes* acerca de sus respectivas competencias para conocer de un asunto determinado.

Si ambos coinciden en *afirmarse competentes* (advuértase que sólo uno de ellos puede juzgar el litigio), se dice que existe un *conflicto positivo*; si ambos coinciden en *afirmarse incompetentes* (advuértase que alguno de ellos debe juzgar el litigio), se dice que existe un *conflicto negativo*.

Repárese en que la *coincidencia* aludida es sólo formal, pues, en esencia, ella trasunta un desacuerdo ideológico entre ambos jueces, ya que es

tramitar toda la causa desde su inicio, pero claro –eso sí– ante el juez a quien se consideraba competente. Este absurdo, repetido hasta el hartazgo, ha coadyuvado a generar el enorme desprestigio que muestra hoy la Justicia en toda América... Gracias a que uno de los más serios procesalistas argentinos advirtió ese problema, pudo mediario cuando le tocó integrar la comisión reformadora de lo que luego se convirtió en *Código Procesal de la Nación*.

¹⁸ En la práctica, el sistema funciona así: como el juez tiene el deber de velar por su competencia habrá de repeler la demanda antes de admitirla; si por cualquiera razón no lo hace, le toca ahora al demandado atacar la incompetencia por una de las vías ya mencionadas: declinatoria o inhibitoria. Y atención: si tampoco lo hace y, por tanto, ambas partes han terminado consintiendo la actuación del juez incompetente que tampoco advirtió ello, no se permite atacar ni declarar la incompetencia con posterioridad. Y esto parece sano y plausible, pues el sistema así ideado ya no tolera trasnochadas actuaciones judiciales que, a la postre, sólo sirven para desprestigiar la función.

¹⁹ Con lo cual se generará un *conflicto de competencia*.

²⁰ Y de quien el demandado ha afirmado su incompetencia en la demanda inhibitoria.

diferente el criterio que ambos tienen respecto de la regla de competencia que debe regir el caso justiciable.

Como ya se anticipó en el número anterior, un conflicto de competencia nace habitualmente de una *cuestión* de competencia; pero también puede surgir de la *actividad oficiosa* de los jueces, con total prescindencia de la voluntad o del quehacer del demandado (y, obviamente, también del actor en este caso).

Al conflicto *positivo* se llega por:

- 1) demanda inhibitoria estimada por el juez ante quien se presenta y consiguiente negativa del juez requerido por éste;
- 2) reclamo oficioso del conocimiento de un asunto, de un juez a otro, por existir fuero de atracción o conexidad de causas que exija que la sentencia que se dicte en una de ellas deba producir en la otra los efectos del caso juzgado. La hipótesis supone que el juez reclamado o requerido mantenga su competencia y resista el envío de las actuaciones que tramitan ante él.

Al conflicto *negativo* se llega por:

- 1) estimación por un juez de una excepción de incompetencia (vía declinatoria) y consiguiente denegación oficiosa de competencia por otro juez o, en su defecto, estimación de una nueva excepción de incompetencia. El caso supone que los dos jueces intervinientes se declaren incompetentes;
- 2) denegación oficiosa de competencia por parte de dos o más jueces, lo que, en esencia, constituye denegación de justicia.

Para que el conflicto pueda existir es menester que se cumplan los siguientes *requisitos*:

- 1) deben coexistir dos resoluciones judiciales coincidentes en la afirmación de competencia o de incompetencia;
- 2) los jueces en conflicto —y que han emitido las resoluciones coincidentes— deben pertenecer a una misma jerarquía funcional.

En todos los casos, la solución al conflicto de competencia debe darla el *superior común*²¹ a ambos jueces.

3.2. LOS MEDIOS PARA ATACAR LA INCOMPETENCIA SUBJETIVA

Desde antiguo se afirma por destacado autor que el ejercicio de la tarea de juzgar está integrado por tres actividades particulares, diferentes entre sí, pero que necesariamente deben encontrarse reunidas siempre:

- 1) planteamiento de los hechos, investigación de lo sucedido²², habilidad para destacar lo esencial en lo que puede ser multitud de incidencias y confusas y contradictorias afirmaciones de las partes;
- 2) hallazgo de la *proposición* jurídica que corresponda aplicar, interpretando el texto de la ley y la voluntad del legislador —que no siempre es clara— de manera de conocer el deseo colectivo y el bien social;
- 3) aplicación de esa proposición jurídica a los hechos aceptados o confirmados, de acuerdo con su íntimo convencimiento con relación a la verdad²³ que arroje el estudio de la causa.

La primera actividad, puramente histórica y sociológica, se dirige a conocer lo acaecido en el pasado; la segunda, que participa del carácter sociológico y del jurídico, trata de fijar el sentido de la norma y de interpretarla según el espíritu de la totalidad del ordenamiento normativo; la tercera, de orden puramente crítico-normativo, se propone juzgar, es decir, decidir el caso concreto.

Para que el juez pueda proceder adecuadamente en esos tres niveles, es indispensable que se halle libre de toda sugestión, directa o indirecta,

incompetente y otro tanto hace uno de la Provincia de Santa Fe, por ejemplo, parece claro que —en la Argentina— el único *superior común* a ambos es la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Otro caso: si en una misma Provincia se plantea un conflicto de competencia entre jueces con diferentes competencias materiales (uno civil y otro penal, por ejemplo) también parece claro que ninguno de sus respectivos superiores inmediatos —Cámaras de Apelación— puede ostentar la calidad de *común*. De ahí que deba intervenir la Corte Suprema de Justicia de la Provincia.

²² Como se habrá advertido en esta obra, no comparto esta idea: los jueces *nada deben investigar* en resguardo de la calidad de imparcialidad que siempre deben ostentar a fin de no destruir la *igualdad jurídica* de los litigantes.

²³ Ya se verá en el Capítulo 22 que yo no reniego de la verdad ni creo que los jueces deban instaurar la mentira, como con notoria sorna lo ha afirmado alguno de los nuevos procesalistas que pululan en Argentina. Lo que sí creo es que la *misión primordial* de los jueces no es indagar la verdad ni hacer justicia sino *tutelar efectivamente los derechos prometidos desde la ley y, con ello, lograr la pacífica convivencia de la sociedad*.

²¹ Si se entiende bien el sintagma *superior común* resulta sencillo establecer a quién compete la solución del conflicto. Si un juez de la Provincia de Buenos Aires se declara

a fin de que no puedan influir en su espíritu eventuales fuerzas especiales ajenas por completo a su propia actividad –dirigidas a que su decisión se incline en un determinado sentido– sino también a su propio conocimiento de los hechos, que debe ser fruto exclusivo de su esfuerzo elucidatorio acerca de la confirmación producida por las partes en orden a la controversia operada en la causa justiciable.

El tema ya ha sido tratado recurrentemente en Capítulos anteriores, al sostener que la actividad jurisdiccional se realiza válidamente en tanto que el órgano que la actúa sea *imparcial e independiente* de las partes en litigio.

Cuando ello no ocurre y, por tanto, el juez es subjetivamente incompetente (aunque sea competente en orden a todas las pautas objetivas), tiene el deber de *excusarse* y las partes el derecho de *recusarlo*.

3.2.1. LA RECUSACIÓN

La recusación es el medio que acuerdan las leyes procesales para atacar la incompetencia subjetiva del juez, aduciendo –o no– la existencia de alguna causal que, de existir, hace inválida la actividad jurisdiccional por presentarlo al juez en situación de *parcialidad, parcialidad o dependencia* de las partes.

Absolutamente todas las leyes procesales aceptan y regulan la *recusación con expresión de causa*, mencionando de modo expreso las que revelan una incompetencia subjetiva del juez y otras más –en rigor, muy pocas– permiten la *recusación sin expresión de causa*.

Veamos primero el tema referido a

3.2.1.1. LA RECUSACIÓN CAUSADA

Generalmente, las causales de recusación se presentan:

1) respecto de *las partes litigantes*, por hallarse en situación

- de *parentesco*;
- de *predisposición favorable*, por haber recibido el juez o sus parientes beneficio de importancia; o tener amistad que se manifieste por una gran frecuencia de trato; o haber sido tutor o curador, etcétera;

- o de *predisposición desfavorable*, por haber sido el juez denunciante o acusador, denunciado o acusado, o mediar enemistad, odio o resentimiento grave, etcétera;

- o de *acreedor, deudor o fiador*;

2) en cuanto a *otros órganos judiciales* actuantes en el proceso, por hallarse en situación de:

- parentesco el juez superior respecto del inferior (actuación sucesiva)
- o el juez con otro del mismo grado en tribunal colegiado (actuación simultánea)

- o el juez con alguno de sus auxiliares;

3) con relación al *objeto del pleito*, por hallarse el juez en situación de

- *interés* en el mismo pleito (directo)
- o en otro semejante (indirecto)

- o tener sociedad o comunidad con alguno de los litigantes, y

4) por hallarse el juez en situación de *prevención*

- por tener él (o sus parientes) pleito pendiente con alguna de las partes;
- o haber intervenido como letrado, apoderado, fiscal o defensor,
- o haber emitido opinión como juez;
- o haber dado recomendaciones acerca del pleito;
- o haber dado opinión extrajudicial sobre el pleito, con conocimiento de las actuaciones;
- o haber dictado sentencia como juez inferior;
- o haber sido recusado como juez inferior, etcétera.

Aunque las *supra* detalladas son las causales generalizadas de recusación, existen otras más que aparecen aisladamente contenidas en alguna ley procesal en particular.

A título ejemplificativo, pueden mencionarse:

- haber tomado el juez participación personal
- o ser testigo presencial de los actos que originaron el proceso;
- tener el juez a alguna de las partes bajo su dependencia;
- haber actuado el juez como perito en el litigio que debe juzgar;
- haber producido el juez, en el mismo expediente, nulidad de procedimiento declarada judicialmente;

- haber dado lugar el juez a una queja por retardada justicia y dejado vencer el nuevo plazo fijado para sentenciar;
- tener el juez interés en un pleito pendiente ante el tribunal del que forma parte, en cuyo caso no debe entender durante el procedimiento en los pleitos en los cuales estuvieren interesados sus colegas, etcétera.

Como se ve, la comparación de diversos ordenamientos muestra un cúmulo de situaciones que, por razones obvias, no pueden ser *taxativas* (cual suele afirmar una corriente jurisprudencial mayoritaria)²⁴, ya que la interpretación de los impedimentos subjetivos que hacen que un juez no actúe como tal al procesar o al sentenciar debe ser lo suficientemente amplia como para dar garantía a las partes de que el juzgador es realmente un *tercero* respecto del litigio llevado a su conocimiento.

Tan importante es la cuestión, que numerosas leyes procesales admiten la recusación sin exigir que quien la utiliza exprese la causa en la cual halla su fundamento: es la conocida como *recusación sin causa* o *recusación sin expresión de causa*, que trataré a continuación.

3.2.1.2. LA RECUSACIÓN INCAUSADA

Es el medio que algunas leyes –que no todas– acuerdan a las partes para lograr el apartamiento de un juez respecto del conocimiento de cierto asunto justiciable sin necesidad de explicar la razón o la causa por la cual el recusante no acepta su permanencia en el litigio.

²⁴ En general, las leyes procedimentales no establecen la *taxatividad* de las causales recusatorias, cosa que sí hace la jurisprudencia mayoritaria. Investigando el porqué de ello, debo recordar que, al decir de un prestigioso magistrado argentino, “el juez no es una máquina de hacer silogismos sino un ser humano y, en cuanto tal, ciertamente una conducta. Por ello resulta evidente que el hecho de sentenciar no puede consistir en el hecho de arrojar datos judiciales, como hacía aquel juez Bridoye –a quien conoció Pantagruel– que decidía los pleitos por la suerte de los dados. Por lo contrario, cuando dicta resolución, el juez se toma en cuenta a sí, se vuelve consciente de su yo y se piensa a sí mismo”. Por eso es que sólo de la pueril susceptibilidad de algunos magistrados –que han hecho de la cuestión una mínima rencilla doméstica– puede inferirse que el derecho del litigante de apartar del conocimiento de la causa al juez que no considera apto para resolverlo puede significar un desmedro a su investidura. Por ello, ante la eventual molestia del recusado –obvia consecuencia de una profunda autoestimación– y la duda del justiciable acerca de su imparcialidad y de su real aptitud para sentenciar, parece razonable inclinarse a favor de esta última.

El instituto muestra enorme demérito entre los magistrados judiciales de todas las épocas y lugares y, por influencia de ellos, entre los propios autores de doctrina y legisladores que tratan de suprimirlo en cuanta ocasión pueden hacerlo.

Sin embargo, la figura es justa y de enorme trascendencia práctica: todo abogado con mediana experiencia forense puede imaginar cuán difícil –y hasta riesgoso– puede ser afirmar la notoria ineptitud de un juez, su negligencia habitual, sus prejuicios raciales, su insolvencia moral, su accesibilidad a los favores de los litigantes, la inoperante burocracia instalada en su juzgado, etcétera²⁵.

Esta amplitud interpretativa en materia recusatoria no es habitual en la ley ni en la doctrina o en la jurisprudencia.

Ya el Conde de la Cañada enseñaba que “los jueces son acreedores de justicia por una presunción poderosa a que se consideren con la integridad y justificación necesarias para llevar las obligaciones de su oficio y, por ello, deben ser tratados con honor en las palabras y en los hechos. Quien recusa a un juez, duda de su integridad y empieza desde aquí la injuria, pues le considera fácil a desviarse del camino recto de la integridad y la justicia...”²⁶

A partir de estas enseñanzas absurdas, la recusación sin causa estuvo siempre rodeada de un halo desprestigiante, máxime cuando es hartamente conocido que a los jueces no les agrada –en rigor, les molesta grandemente²⁷– que los recusen.

²⁵ Si bien se mira, la recusación incausada *siempre* esconde una causa que no puede o no quiere decirse, cual los supuestos que he presentado en el texto. Quien ejerce seriamente la profesión de abogado *no practica alegremente el deporte de recusar*, por más que algún letrado chicanero así lo haga para lograr un pequeño alongamiento extra en el trámite de la causa (permitiendo así que su cliente continúe por más tiempo en la *industria de la deuda*) cosa que se afirma existe –y lo reconozco– por quienes quieren evitar a toda costa esta posibilidad defensiva. Pero tal como lo he sostenido con anterioridad en esta misma obra, quien así practica la inmoralidad procesal debe ser sancionado por ello y no, como ocurre en la realidad legislativa, impedir que todos –buenos y malos– recusen sin causa. Insistiré en el texto con estas ideas.

²⁶ Si bien se lee lo afirmado en la cita, el pensamiento del autor es falaz y reñido con la realidad.

²⁷ Cosa que sé por experiencia personal en mi trato de muchos años con colegas magistrados que así lo manifestaban de viva voz.

Y han sido ellos mismos quienes inspiraron reformas legislativas tendientes a suprimir lisa y llanamente la institución o limitarla en su uso, so pretexto de que ella sólo sirve para entronizar el alongamiento indebido de los pleitos, dando pie a artilugios²⁸ en los que priva la mala fe.

Y así es como la recusación sin causa ha sido erradicada en gran número de códigos procesales de América.

Afortunadamente, subsiste en la Argentina, aunque con serias limitaciones: muchos jueces no son recusables por esta vía; existen tipos procedimentales en los cuales la recusación no puede hacerse valer; una misma parte no puede recusar sino una vez por grado de conocimiento; cuando existen varios sujetos integrando un bando procesal, sólo uno de ellos está facultado para deducir la recusación, etcétera²⁹.

3.2.2. LA EXCUSACIÓN

La excusación es el medio que la ley acuerda al juez para afirmar y demostrar ante las partes en el proceso la ausencia de su competencia subjetiva y se traduce en el *deber* que tiene de apartarse del conocimiento de todo pleito respecto del cual o de sus sujetos intervinientes no puede actuar con plena garantía de la imparcialidad, imparcialidad e independencia que requiere una actividad jurisdiccional válida.

El instituto se presenta, así, como la contrapartida o reverso de la recusación: éste es un derecho de los litigantes; aquél, un deber del juez³⁰.

En ambos casos el fin es el mismo: desplazar la competencia del juez a quien naturalmente —por acumulación de todas las pautas de competencia objetiva— corresponde conocer de un determinado proceso.

Las causales de excusación son *legales y morales o íntimas*.

1) Las causales legales.

Son las mismas que las leyes procesales enuncian al normar la recu-

sación causada³¹ y, por ello, no ocasionan problema alguno al intérprete: cuando se presentan en caso concreto, el juez tiene el deber de excusarse de inmediato.

2) Las causales morales o íntimas.

Son paralelas a las legales y habitualmente no encuadran en las previsiones normativas. Sin embargo, debe entenderse que resultan idóneas para que un juez se autoaparte del conocimiento de un asunto justiciable por existir ciertos motivos de decoro o de delicadeza.

Los explico.

2.1) Motivos graves de decoro.

El *decoro* es un concepto de enorme latitud: es el honor, el respeto que merece una persona, el recato, la dignidad, la propia estimación y el puntilloso acatamiento que ella hace respecto de los dictados de su propia conciencia, etcétera.

Por eso es que hiere el decoro una ofensa recibida, del mismo modo que una insinuación malevolente, la sospecha o el desdén de alguien. Mucho más si ello nace de una parte procesal y tiene como destinatario al juzgador.

De ahí que cuando un juez estima que su decoro no le permite actuar en un caso concreto con toda la independencia de criterio que su función le exige, existe una *violencia moral* que no debe ser desconocida por los demás integrantes del sistema judicial.

En centros judiciales —cual ocurre en la Argentina— en los cuales se interpreta que las causales excusatorias deben ser analizadas *restrictivamente* (cosa que no dice la ley), estos motivos de apartamiento no son aceptados por todos los jueces.

Por ello, hay veces en las que el subrogante legal del juez excusado cuestiona la causal que dio motivo a la excusación y, al negarla, le impone a aquél el deber de seguir actuando en el expediente respectivo. Esto no es bueno para el sistema. Casi de inmediato diré por qué.

2.2) Motivos de delicadeza personal.

Por la amplitud de su pensamiento, cito aquí al gran maestro oriental de todos los tiempos cuando enseñaba que la delicadeza está tomada,

²⁸ Si bien el vocablo significa *aparato o mecanismo de poca importancia*, en sentido figurado se lo emplea en el sentido de *trampa, maña, subterfugio*.

²⁹ No comparto estas soluciones, alguna de las cuales es de manifiesta ilegitimidad (cual la limitación recusatoria en el llamado *litisconsorcio impropio* que, en verdad, es un caso de acumulación de procesos por conexidad objetiva y que, como tal, no puede generar litisconsorcio alguno). El caso se comprenderá mejor en el Capítulo 15.

³⁰ Por ser un verdadero *deber*, su incumplimiento es sancionable.

³¹ Son las mismas que ya enumeré en el punto anterior.

en cuanto al tema, no en su sentido directo de finura, ternura o suavidad, sino de escrupulosidad y de miramiento.

De donde resulta que, así considerada, la delicadeza constituye un grado superlativo del decoro: el honor y la propia estimación llevados a su grado extremo.

Al igual que el supuesto anteriormente mencionado, debe ser aceptado como genuina y correcta causal de excusación³².

3.2.3. LA DISPENSA DE LA CAUSAL DE EXCUSACIÓN

La sola excusación del juez no siempre produce el efecto de su inmediato apartamiento de la causa justiciable. Y es que la parte que hubiera podido invocar la respectiva causal para recusarlo puede otorgar una *dispensa* de la excusación, con lo cual ésta *debe tenerse por no operada*.

A los efectos de la dispensa, las causales recusatorias (o excusatorias) se clasifican en:

a) *Absolutas*: parentesco, relación de crédito, interés, actuación como letrado, apoderado, defensor, fiscal, haber dado recomendaciones acerca del pleito, parentesco de jueces de sucesivos grados de conocimiento, y

³² Esto no siempre es así, pues —como en todas partes— hay algunos pocos malos jueces que abusan de la excusación, empleando estos motivos en tratamiento para practicar lo que desde antaño llamo *jus cuerpeandi*: quitar el cuerpo o hacerse a un lado para no encarar el procesamiento de algún asunto difícil, delicado o políticamente comprometido (en términos taurinos, muy decisivos, se trata de *hacer una verónica*).

De ahí que la excusación por razones de decoro o de violencia moral tiene que tener un límite armonioso. Por supuesto, parto de la base mínima de que los jueces no eluden el cumplimiento de sus tareas y no dejan de afrontar su responsabilidad so capa de autocrearse causales íntimas de excusación. Es más: creo firmemente que cuando un magistrado —actuando con la prudencia y la puntiliosidad que deben caracterizarlo— decide abstenerse de juzgar, lo hace con el real convencimiento de que no podrá actuar en el momento decisorio con plena objetividad de espíritu. No obstante, si existiere en el mundo judicial la excepción confirmatoria de la regla, personificada en un juez que tratare de evadir el conocimiento de un asunto, desplazándolo indebidamente hacia su subrogante por ociosa comodidad o, peor aún, por inconcebible acoquinamiento reflejado en la futilidad de su fundamentación excusatoria o en la reiteración de esa actividad, parece obvio que la abstención no deberá ser aceptada por el subrogante legal ni por el superior y habrá que considerarla como *mal desempeño* a los fines de su enjuiciamiento.

b) *Relativas*: haber sido el juez testigo, perito, denunciante, acusador, denunciado o acusado, haber dictado sentencia como juez inferior, haber recibido beneficios de importancia, tener amistad o enemistad.

En los ordenamientos legales que aceptan la posibilidad de dispensar, sólo puede hacerse ello respecto de las causales relativas, no de las absolutas.

3.2.4. LA ACTUACIÓN POSTERIOR

Similarmente a lo que ocurre en materia de competencia objetiva, la aceptación de la recusación o la excusación de un juez no vincula sin más al juez a quien se desplaza el conocimiento de la causa justiciable, ya que éste puede negarse a recibirla so pretexto de que la recusación fue inoportuna, hecha por quien no podía recusar, o en tipo de juicio en el cual no cabe el instituto, o de que la excusación carece de fundamento legal o de hecho que la sustente adecuadamente.

Cuando se presenta esta oposición, se formaliza entre los jueces un *conflicto negativo* de competencia en los términos que ya han sido explicados en el # 3.1.3. de este Capítulo.

CAPÍTULO 11

EL PROCESO COMO MÉTODO

SUMARIO:

1. Concepto de *proceso*
2. Naturaleza jurídica
3. Iniciación y el desarrollo
4. Objeto
5. Presupuestos
6. Clasificación
7. Concepto de *debido proceso*
8. Imperativos jurídicos

1. EL CONCEPTO DE PROCESO

La voz *proceso* es otra de las tantas que se utilizan de forma multívoca en el lenguaje corriente y, particularmente, en el mundo jurídico.

Castizamente, significa *acción de ir hacia delante, transcurso del tiempo, conjunto de las fases sucesivas de un fenómeno*, etcétera.

En su aplicación forense, se utiliza para designar una *causa penal*, un *conjunto de actos sucesivos de procedimiento*, un *expediente* (conjunto de documentos o *dossier*), etcétera.

Y, con mayor tecnicismo, la doctrina en general afirma que el proceso es una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente y, también, que es un conjunto de actos dirigidos al fin de obtener la resolución del conflicto.

Como se puede ver con facilidad, las acepciones que predominan son equívocas: cuando se utiliza la palabra *proceso* para designar un *expe-*

diente o los actos sucesivos y concatenados que forman o integran un *procedimiento*, no está haciéndose referencia a la idea puramente lógica que se ha elaborado en el curso de esta obra a partir del Capítulo 2.

Si se acepta que la ciencia del derecho procesal halla su exclusivo punto de partida en el concepto inconfundible de la *acción procesal* caracterizada como *instancia de necesaria bilateralidad* (tal como se adelantó en el Capítulo 7), será sencillo de aceptar también que el proceso no es otra cosa que una *serie lógica y consecucional de instancias bilaterales conectadas entre sí por la autoridad* (juez o árbitro).

Ya expliqué que se entiende por *serie* el conjunto de elementos relacionados entre sí y que se suceden unos a otros, concepto que contiene numerosas aplicaciones en el lenguaje corriente: habitualmente se habla de las series *aritmética* (1-2-3-4-5), *geométrica* (2-4-8-16-32), *alfabética* (a-b-c-d-e), *cronológica* (*mensual*: enero-febrero-marzo-abril y, *semanal*: lunes-martes-miércoles-jueves), *musical* (do-re-mi-fa-sol-la), etcétera, utilizando al efecto una idea de fácil comprensión por todos.

Los ejemplos recién referidos ostentan una característica particular: no obstante que un elemento de la serie sucede necesariamente a otro en la composición del total, puede ser extraído de ella para tomar vida propia.

En otras palabras: el significado de cualquiera de tales elementos no varía, ya sea integrando o no la serie que compone. De consiguiente, un número dado —el tres, por ejemplo— ostenta siempre idéntica característica conceptual, ya se encuentre solo o detrás del dos y delante del cuatro.

Pero jugando con la idea se puede ver algo más importante: si se toman dos elementos de la serie y se los extrae de ella, pueden combinarse entre sí logrando resultados diferentes: si se escogen el 1 y el 2, por ejemplo, se los aísla y combina, puede formarse el 12 y, aún más, el 21 al presentarlos invertidos.

Lo mismo puede hacerse con la serie alfabética: si se aíslan la A y la Y, por ejemplo, y se las combina, pueden lograrse palabras con distinto significado según cómo se antepongan los elementos: AY - YA.

No ocurre cosa igual con una serie *lógica*, porque ella puede presentarse *siempre* sólo de una misma e idéntica manera, careciendo de toda signi-

ficación el aislamiento de uno cualquiera de sus términos o la combinación de dos o más en un orden diferente al que muestra la propia serie. Para la mejor comprensión de ello, repárese en que lo lógico de la serie procesal es su propia composición, ya que siempre habrá de exhibir *cuatro fases* (ni más, ni menos) en el siguiente orden: afirmación-negación-confirmación-alegación (recordar la explicación dada en el Capítulo 1).

Si se intenta aislar el elemento *negación*, por ejemplo, carecerá de todo sentido si no se lo vincula con una previa afirmación.

Lo mismo ocurre si se extrae el elemento *confirmación*, ya que la respectiva actividad no puede ser explicada sin una afirmación negada.

Finalmente, a idéntico resultado se llega si lo que se separa es el elemento *alegación*: no tendrá sentido alguno si no se lo vincula a una confirmación de la afirmación negada.

En otras palabras: el carácter *lógico* de la serie se presenta irrefutable a poco que se advierta que las fases del proceso son sólo las que deben ser —por una lógica formal— y que se hallan colocadas en el único orden posible de aceptar en un plano de absoluta racionalidad.

De tal forma, al mencionar las palabras *serie consecucional*, significa que debe respetarse un orden dado de cierto número de elementos que exhiben la particular característica de ser cada uno el *precedente lógico del que le sigue* y, a la inversa, de ser cada uno el *consecuente lógico del que le precede*.

La serie consecucional así concebida está formada por *instancias* de las partes en litigio: *acción* del actor y *reacción* del demandado, con una peculiaridad propia que nace del concepto mismo de la acción procesal (ver Capítulo 7): cada instancia (acción o reacción) debe ser *necesariamente bilateral*, lo que significa que debe ser conocida por la parte que no la ejercitó a fin de poder afirmar, negar o confirmar lo que sea respecto de ella.

Insisto vehementemente en la formulación de la serie, ya tantas veces enunciada en el curso de la obra:

1) no es factible comenzar un proceso sin ejercitar una acción (mediante una demanda conteniendo una pretensión para ser satisfecha por el demandado o reo).

Cuando ocurre cosa distinta (por ejemplo, iniciación de la serie por el propio juez, lo cual acaece en el sistema inquisitivo) *no hay* proceso lógicamente concebido. Habrá sí un simple procedimiento pero no una instancia que reúna a tres personas en una relación dinámica (cosa que en materia penal sólo se presenta dentro del sistema acusatorio); 2) tampoco es posible evitar la fase de negación, que es la que permite al demandado oponerse a la pretensión del actor. Si ello ocurriera, triunfaría sin más la simple versión de los hechos y/o del derecho dada por el propio pretendiente, a quien se privilegiaría por diversas razones que no son atendibles en orden a la razón de ser del proceso;

3) tampoco podría evitarse la fase de confirmación, pues una afirmación negada no pasaría de ser una simple manifestación de la voluntad del actor, inatendible como tal;

4) por último, es lógicamente imposible cercenar la fase de alegación o de evaluación, pues en ella la parte que confirmó su afirmación intenta mostrar al juzgador cómo lo ha logrado, uniendo muchas veces extremos que pueden pasar inadvertidos hasta para ojos avizores distintos de los del propio interesado.

Tan claro parece esto —máxime en procesos en los cuales no se admite discutir o aceptar *antes* de la sentencia una *impertinencia confirmatoria* (ver el Capítulo 22)— que no creo que quepa discusión alguna al respecto.

Sin embargo, varias legislaciones contemporáneas han eliminado este paso de la serie so pretexto de que así se gana en economía y en celeridad¹.

A mi juicio, ello constituye un pecado gravísimo: en homenaje a la celeridad se ha destruido la idea lógica de proceso, con miles de años de antigüedad y vigente en todos los países del orbe.

Resumiendo: para que un proceso sea tal y no otra cosa diferente —cualquiera, por supuesto— debe estar constituido siempre e inexorablemente por la totalidad de los elementos antes enunciados y colocados en el orden lógico ya señalado: afirmación-negación-confirmación-alegación.

¹ Lo cierto es que así se acepta desde la propia legislación una corruptela de larga data so pretexto de que *muchos jueces no leen los alegatos...* Lo que no es cierto, al menos en la generalidad de los casos.

Para finalizar: en el Capítulo 2 ya he advertido acerca de las diferencias que existen entre *proceso* y *procedimiento*: en tanto éste constituye el *género* (ya que es el objeto propio de todas las instancias) aquél es la *especie* (ya que es el objeto propio y específico de la acción procesal).

De consiguiente, todo proceso supone la existencia de un procedimiento que se cumple mediante la concatenación de muchos actos realizados por las partes y por el juez.

Pero la idea de proceso supone algo más que la simple concatenación de actos: supone la *bilateralidad de todas las instancias* de las partes.

2. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCESO

En la tarea de explicar la *esencia* misma de todas las figuras y fenómenos del Derecho, los juristas se preocupan desde siempre por estudiar y analizar si un determinado instituto encuadra en una *categoría mayor general* con el objeto de que, si así es, resulten aplicables las normas reguladoras de ésta en caso de carencia legislativa (laguna de la ley).

De tal modo, por ejemplo, si se afirma que *el proceso es esencialmente un contrato* —cosa que no es exacta, como luego se verá— se tiene en miras el aplicar supletoriamente al fenómeno *proceso* las disposiciones legales propias del género *contrato*.

En el campo del derecho procesal no ha sido posible escapar a esa regla constante de la doctrina, que ha elaborado las más variadas teorías para intentar definir cuál es la *esencia del proceso*.

No es tarea sencilla el hacer una clasificación de todas ellas, habida cuenta de que responden a patrones disímiles y, en algunos casos, insólitos.

Un primer criterio clasificatorio de algunos autores tiene su origen en la búsqueda de la categoría general en el derecho civil (privatistas), en tanto que algunos más lo hacen fuera de éste (publicistas); otro criterio clasifica entre doctrinas empíricas, teorizantes y atípicas, etcétera.

No creo necesario efectuar un inventario detallado de todas las corrientes interpretativas que han generado las doctrinas recién mencionadas.

Sólo a título informativo –ya que el tema no merece hoy la atención que se le brindó en el pasado– diré aquí que al explicar la naturaleza jurídica del proceso se ha sostenido que es:

- un contrato de *litiscontestatio*;
- un cuasicontrato de *litiscontestatio*;
- una relación jurídica pública y continua;
- una situación jurídica;
- una pluralidad de relaciones jurídicas;
- un estado de ligamen;
- un estado de pendencia;
- un servicio público;
- una reproducción jurídica de una interferencia real;
- una entidad jurídica compleja;
- una institución;
- un medio para obtener satisfacción jurídica;
- una empresa;
- etcétera, etcétera.

Y para mayor complicación –y desesperación– del estudioso, dentro de cada una de algunas de las corrientes apuntadas se han establecido nuevas diferencias que, por supuesto, llevan a los autores a polemizar circularmente y sin resultado final y positivo.

He afirmado en párrafo anterior que toda esta búsqueda ha perdido interés académico pues, a partir de que se ha concebido a la acción procesal como una instancia necesariamente bilateral, el proceso (objeto de aquella) adquirió una *categoría propia* que no puede ser subsumida en otra categoría general.

De tal modo, *el proceso es proceso*. Y punto.

Lo que lleva a sostener que *no es un contrato*, que *no es un cuasicontrato*, que *no es una relación*, etcétera.

En otras palabras: para explicar la esencia de la serie lógica y consecutiva de instancias bilaterales conectadas entre sí por la autoridad, que se utiliza como medio pacífico de debate dialéctico entre dos partes antagónicas ante un tercero que es imparcial, imparcial e independiente, no es preciso buscar su encuadramiento en otra figura

del Derecho en razón de que es un fenómeno único en el mundo jurídico y, por ende, inconfundible por irreplicable.

La más prestigiosa doctrina española contemporánea ya ha advertido esta circunstancia al sostener que –así de simple– *el proceso carece de naturaleza jurídica* a los fines que se han analizado en este punto.

3. LA INICIACIÓN Y EL DESARROLLO DEL PROCESO

Ya se ha visto antes² que el proceso, como idea lógica, sólo puede ser iniciado por el ejercicio de la *acción procesal*, típica instancia de parte que no puede ni debe ser suplida por el juzgador.

De tal modo, cuando la discusión verse sobre pretensión no penal, el acto idóneo para comenzar el desarrollo de la serie será la *demanda*; y el mismo acto se denominará *acusación* cuando el debate recaiga sobre pretensión penal.

Descarto así la iniciación (y el impulso) *de oficio* u *oficiosa* que surge del espontáneo querer del propio juez: tal cosa es propia de un procedimiento y no de un proceso. Ya me he referido largamente al tema al argumentar en contra de los fundamentos y las bases del *sistema inquisitivo*, tan arraigado todavía en las legislaciones americanas que desconocen supinamente la normativa constitucional que las condiciona y genera.

A partir de la presentación de la demanda ante la autoridad (juez o árbitro) surge para ella un claro deber procesal de *proveer* a su objeto: iniciar un proceso.

Para ello, la autoridad ha de hacer un juicio *de admisibilidad* estudiando si se dan en la especie *todos* los presupuestos de la acción y de la demanda que enumero en los Capítulos 7 y 20.

De ser ello así, la autoridad (juez o árbitro) *admitirá* (en lenguaje procesal, *admitir* significa dar curso) la demanda, fijando con claridad el tipo de procedimiento (ordinario, sumario, etcétera) mediante el cual se desarrollará la serie y, al mismo tiempo, ordenando que se efectúe la *citación* del demandado para que comparezca al proceso.

En otras palabras: la autoridad se limita a *conectar* al actor con el demandado, que deberá asumir su papel procesal por la sola voluntad

² Cuando se hizo una aproximación a la idea lógica de proceso en el Capítulo 1.

de la ley, que es la que lo vincula inmediatamente al proceso (debate) y a su objeto (la sentencia, con sus efectos).

De aquí en más, la autoridad realizará siempre *actos de conexión*, generando *cargas* (ver el # 8 de este Capítulo) a ambas o a alguna de las partes en litigio.

Como se verá luego, toda *carga* contiene tres elementos que la caracterizan como tal: una orden, un plazo para cumplir lo ordenado y un apercibimiento (advertencia) acerca de lo que habrá de ocurrir al interesado si no cumple lo ordenado.

Se infiere de ello que toda posibilidad de *acción* supone una de *reacción*. De tal modo, el legislador que prevé el desarrollo de una serie procedimental debe normar distintos efectos para ambos casos: si se cumple o no con la actividad esperada.

En razón de que los efectos propios de la inacción son cambiantes en los diferentes códigos y de que excedería el contenido de esta obra si efectuare aquí un extenso desarrollo del tema, me concretaré a continuar la exposición desde la óptica de la acción: así, en la exposición que sigue y con simple finalidad docente, acepto *ab initio* que la parte interesada cumple siempre con las cargas impuestas por la autoridad. Aclarado el tema, la serie continúa su desarrollo con la *comparecencia*³ del demandado, a quien ahora cabe otorgarle la posibilidad de negación (resistencia a la pretensión o contestación).

A este efecto, la autoridad ordena conferirle *traslado de la demanda* para que diga lo que desee respecto de la pretensión deducida.

Con esta conexión se inicia la fase procesal de negación durante la cual el demandado puede abstenerse, someterse u oponerse.

Como es obvio, cada actitud generará distintos efectos, que son contingentes en las legislaciones. De allí que, para conocer adecuadamente el tema, el lector deba ocurrir a la norma respectiva.

Ya que la actitud lógica –y habitual– es la de oposición, la autoridad se enfrenta ahora con una afirmación negada, por cuya razón tendrá que ser confirmada de acuerdo con ciertas reglas que se explicarán más adelante.

³ Es el resultado de *comparecer*: presentarse alguien donde ha sido convocado.

A este efecto, la autoridad inicia la siguiente fase procesal (de confirmación), *abriendo a prueba la causa* (en el lenguaje legal).

A partir de allí, las partes a quienes incumba efectuar la confirmación de una afirmación negada tendrán que *ofrecer* sus medios de confirmación, *lograr* que la autoridad los *admita* y *ordene su producción* (o desahogo), que se efectúen las notificaciones necesarias y que cada medio *se produzca* efectivamente.

Terminada toda esa actividad o antes, por el simple vencimiento del plazo acordado para desarrollarla (consecuencia de la preclusión procesal), la autoridad *clausura* la fase de confirmación y da inicio a la de *alegación*, disponiendo que las partes *aleguen* (o presenten conclusiones) acerca del mérito confirmativo de cada uno de los medios producidos durante la etapa anterior.

Habiendo ambas partes alegado, la autoridad da por finalizado el desarrollo de la serie utilizando al efecto una fórmula casi ritual: *llama autos para sentencia*, con lo cual quiere decir que de aquí en más las partes dejarán de emitir instancias y que la propia autoridad dictará la sentencia heterocompositiva del litigio.

Por supuesto, este desarrollo de la serie es ejemplar: no se han incluido los posibles incidentes o accidentes que pueden acaecer durante su curso; no se ha detallado cómo cambia el procedimiento de la serie en el supuesto de inacción; no se ha previsto la presencia contemporánea o sucesiva de distintos sujetos en la posición de parte procesal, etcétera.

No obstante, creo que ya cabe tener una idea bastante exacta de lo que ocurre cuando se utiliza al proceso como medio universal de debate y que puedo insistir –hasta el cansancio– en que el fenómeno jurídico descrito es inédito en el mundo del Derecho. Tanto que no aparece en parte alguna de toda su extensión.

También me permite reiterar que el desarrollo de la serie es de ineludible cumplimiento, cualquiera fuere la materia en debate.

De ahí que lo que las leyes llaman *juicio penal* es *proceso* en tanto no lo es lo que se denomina *instrucción* (que constituye un *simple procedimiento* maguer lo practique un juez).

Con el desarrollo presentado el proceso finaliza en el primer grado de conocimiento.

Si quien resulta perdidoso en la sentencia decide impugnarla por alguna de las razones posibles al efecto, la serie recomienza: nuevamente una necesaria fase de afirmación (ahora se denomina *expresión de agravios*), una de eventual negación (*contestación de los agravios*), una de confirmación y otra de evaluación (ambas de carácter excepcional)⁴. Y otra vez el cierre mediante el llamamiento de autos. Y ahora la sentencia de segundo grado.

Esto ocurre invariablemente en todos los grados de conocimiento judicial.

4. EL OBJETO DEL PROCESO

La lectura de varias obras de derecho procesal revelará rápidamente que los autores asignan al vocablo *objeto* diferentes significados.

Lo más corriente es que se le otorgue el mismo contenido que el de la palabra pretensión: y así se dice que *el objeto del proceso es la materia que se discute durante su desarrollo*⁵.

Pero tal óptica –aceptada expresamente en el texto de alguna legislación europea– ha generado largas polémicas doctrinales con el fin de precisar en forma adecuada el contenido del vocablo. Tanto es así que existen obras íntegramente dedicadas a elucidar el tema, que aún continúa siendo motivo de conflictos autorales.

Según el método de explicación seguido aquí, que parte de la actividad efectivamente cumplida en la realidad con la mira puesta en la obtención de un resultado, habrá que dar a la palabra *objeto* su cuarta acepción castellana: *fin o intento a que se dirige o encamina una acción u operación*.

Cuando se produce el litigio, el actor pretende algo del demandado y éste le opone resistencia. Y como ello ocurre en el plano jurídico del proceso, es de suponer que fue imposible autocomponer el conflicto desatado en el plano de la realidad social.

⁴ La existencia de estas posibilidades de confirmación y de alegación tiene sus bemoles para lograr la adecuada determinación de la naturaleza de los grados superiores de juzgamiento, en tanto se discute sin son de *conocimiento* o de *simple control*. El tema será tratado más adelante.

⁵ Ésta es la tónica generalizada de la mayoría de los autores argentinos.

Como el proceso es sólo un medio de debate para lograr la heterocomposición de las partes, parece razonable sostener que el objeto de aquél es lograr la emisión del acto de autoridad que resolverá el litigio: la sentencia. La aceptación de esta idea traerá aparejadas numerosas e importantes consecuencias que se verán en el curso de la obra: por ejemplo, si la sentencia es el objeto del proceso, lógicamente no puede integrar su concepto. Y esto se ve claramente cuando se advierte que la sentencia –acto de autoridad– no integra la serie procesal ya vista antes.

De ahí que no quepa considerar a la sentencia como un *acto procesal* (en realidad, y guste o no, *no lo es*, ya que sus efectos se extienden fuera del ámbito interno en el cual se dicta)⁶.

Simplemente, *es una norma jurídica* que ha perdido sus caracteres de general y abstracta al contener ahora una declaración particular con nombre y apellido de sus destinatarios⁷.

Por supuesto, el proceso no siempre cumple o llega a obtener su objeto, toda vez que el litigio puede disolverse antes de la sentencia (por ejemplo, las partes autocomponen el litigio, el simple transcurso del tiempo extingue el proceso; etc.)⁸.

5. LOS PRESUPUESTOS DEL PROCESO

Para la mejor comprensión del tema que sigue, de por sí complicado y que, además, explicaré en forma no ortodoxa, debo hacer una previa referencia no habitual en su tratamiento: para que las partes procesales puedan lograr una adecuada y efectiva heterocomposición del litigio debatido en el proceso habrán de obrar siempre transitando al mismo tiempo una doble línea paralela:

- la *línea de eficacia*, que se presenta dentro del marco estricto de la pura actividad de procesar, y
- la *línea de eficiencia*, que tiende a la resolución del litigio (el contenido de la sentencia).

Razonablemente, es de desear que todo actor que cuenta con razón jurídica suficiente en el conflicto que afirma mantener en el plano de

⁶ Al revés de lo que ocurre con la totalidad de los actos procesales, como se verá en el Capítulo 26.

⁷ Volveré sobre el tema el Capítulo 26.

⁸ Como se verá en el Capítulo 25.

la realidad obtenga luego del trámite procesal una sentencia que resuelva el litigio en forma favorable a su pretensión.

Pero la experiencia jurídica demuestra hasta el hartazgo que muchísimos pleitos se ganan o se pierden por motivos puramente procedimentales, desvinculados por completo de la razón o sinrazón que se tenga en cuanto al conflicto mismo.

Esta verdad que todo el mundo conoce muestra una solución de convivencia que es social e individualmente disvaliosa (disvalía que se lleva indebidamente al propio plano del proceso afirmándose que es la *tumba del derecho*).

Para no llegar a ella, cada una de las partes procesales debe cumplir *eficazmente* la línea procedimental proyectada por el legislador: de nada vale que el actor —por ejemplo— tenga toda la razón en la realidad si afirma mal su litigio, o si no confirma oportunamente su afirmación, o si consiente un pronunciamiento adverso por no impugnarlo en el plazo correspondiente, etcétera⁹.

En forma paralela, el mismo actor del ejemplo citado no debe olvidar que el objeto del proceso no es mantener *sine die* la discusión, sino obtener una sentencia que sea favorable a su interés, adecuándose así a los términos reales del conflicto.

Para ello, ha de actuar *eficientemente* en la línea respectiva: afirmando en su demanda los hechos que acaecieron en la realidad, confirmando ellos con los medios adecuados, utilizando argumentos jurídicos que respondan al tipo de derecho pretendido, etcétera.

Como puede advertirse con facilidad, se trata de tareas obviamente diferentes: en tanto que respecto de la *línea de eficacia*, por ejemplo, el interesado debe ofrecer los medios confirmatorios dentro del plazo acordado al efecto por la ley, en la *línea de eficiencia* debe procurar que el medio de confirmación ofrecido sea hábil y suficiente para

⁹ En este orden de ideas, hacen falta más cosas. Recuerdo ahora notable inscripción grabada en piedra en el portal de un tribunal veneciano que dice: "Fabisogno, per intrapender lite, cassa da banchier, gamba da cervier, pazienza da romito, aver rason, saverla espor, trovar chi l'intenda e chi la voglia dar e debitor chi possa pagar" ("Para emprender pleito es necesario: caja de banquero, piernas de ciervo, paciencia de ermitaño, tener razón, saber exponerla, encontrar quién la entienda y quiera darla y deudor que pueda pagar").

acreditar los hechos afirmados y lograr así el convencimiento del juzgador para fallar en un sentido y no en otro.

De tal modo, la línea de eficacia se relaciona con el *desarrollo del proceso*, en tanto que la línea de eficiencia lo hace con la *emisión de la sentencia*. Esta distinción explica el diferente contenido que asigno a los presupuestos de las tareas de procesar y sentenciar, como se verá en el lugar oportuno.

Téngase presente de ahora en más que haré constante referencia a algunos "presupuestos" que se vinculan con la línea de eficacia y a otros más que se relacionan sólo con la línea de eficiencia.

Ahora sí comienzo la explicación puntual del tema que menciono en el título de este parágrafo.

Desde la obra fundacional de Oskar von Bülow¹⁰ todo lo vinculado a este punto ha sido estudiado bajo la denominación de *presupuestos procesales*¹¹, adoptando los autores posteriores la misma nomenclatura

¹⁰ VON BÜLOW, Oskar, *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, Ejea, Buenos Aires, 1961.

¹¹ Dicho autor partió en sus explicaciones de la observación atenta del fenómeno doctrinario imperante en su época (comienzos de la segunda mitad del siglo XIX), exhibido a través de la interpretación de los glosadores respecto del doble juicio que existía en el Derecho Romano en el *periodo formulario* (*per formula*), consistente en una etapa *in iure*, que se cumplía ante el pretor, y otra *in iudicio*, que se realizaba ante el juez. En este tipo de procedimiento, el pretor entregaba al interesado una *fórmula* (de ahí la denominación de *formulario*) que contenía las instrucciones que el propio pretor daba al juez por él designado y que constaba de:

- 1) la *demonstratio*, enunciación del hecho constitutivo de la litis;
- 2) la *intentio*, enunciación mediante la cual el actor concretaba su pretensión;
- 3) la *condemnatio*, enunciación final por la cual se le pedía al juez que, si se daban los supuestos de las anteriores enunciaciones, condenara o absolviera al demandado.

Analizando este doble juicio, el autor citado demostró que no tuvo su origen en el mero intento de dividir la función de juzgar entre un oficial público (pretor) y el juez popular, sino que se fundó en la contraposición del *supuesto de hecho de la relación procesal* (aquí diríamos: el *conflicto*) con el *supuesto de hecho de la relación material litigiosa* (aquí diríamos: el *litigio*).

De tal forma, el contenido de la fase *in iure* se integró con la que hoy se conoce como *presupuestos procesales* y, así, en el respectivo procedimiento de carácter *claramente preparatorio*, quedaban resueltas en forma definitiva todas las alegaciones relativas a ellos.

Se ve así que, ya desde el Derecho Romano, podía discutirse la *validez* del nacimiento de lo que mucho tiempo después se denominó *relación procesal* dentro de una cierta

aunque con significados diferentes¹² para referir promiscuamente a cir-

y definida etapa del juicio y esto se hacía mediante lo que genéricamente se conoció como *exceptio* (limitación, reserva, restricción, excepción).

Sin embargo, razones de injusticia notoria hicieron que, con el tiempo, el pretor autorizara en la fórmula el tratamiento por el juez de otro tipo de *exceptio* vinculada ahora con la relación material litigiosa (en la clasificación formulada anteriormente, las excepciones que atacan a la pretensión).

Estudios posteriores confundieron la naturaleza y finalidad de ambas excepciones procesales (las que trataba directamente el pretor y las que derivaba al conocimiento del juez) hasta tal punto que hubo autores que sostuvieron que ellas eran "un monstruo que deforma, equivoca y deshonra a la ciencia jurídica".

Reaccionando contra la teoría clásica de las excepciones procesales para la aplicación del derecho, y con la confesada intención de "romper abiertamente y sin reservas con esa errónea doctrina que deformó desde su raíz a todo el sistema procesal civil", sostuvo Bülow: "Si el proceso es una relación jurídica —tesis que acepta *ab initio*— se presentan en la ciencia procesal análogos problemas a los que surgieron y fueron resueltos respecto de las demás relaciones jurídicas. La exposición acerca de una relación jurídica debe dar, ante todo, una respuesta a la cuestión relacionada con los requisitos a que se sujeta el nacimiento de aquélla. Se precisa saber entonces entre qué personas puede tener lugar, a qué objeto se refiere, qué hecho o qué acto es necesario para su surgimiento, quién es capaz o está facultado para realizar el acto. Estos problemas deben plantearse también en la relación jurídica procesal y no se muestran —a su respecto— menos apropiados y fecundos que lo que se mostraron ya en las relaciones jurídicas privadas. También aquí ellos dirigen su atención a una serie de importantes preceptos legales estrechamente unidos.

"En particular, a las prescripciones sobre: competencia, capacidad e inspección del tribunal; capacidad procesal de las partes y legitimación de sus representantes; cualidades propias e imprescindibles de una materia litigiosa civil; redacción y comunicación de la demanda; obligación del actor por las cauciones procesales y orden entre varios procesos.

"Estas prescripciones deben fijar —en clara contraposición con las reglas puramente relativas a la marcha del procedimiento— los requisitos de admisibilidad y las condiciones previas para la tramitación de toda la relación procesal. Ellas precisan saber entre qué personas, sobre qué materia, por medio de qué actos y en qué momento se puede dar un proceso".

Sobre tales bases, y admitiendo Bülow que las que se conocían hasta entonces como excepciones procesales (dilatatorias) no eran otra cosa que los mismos presupuestos procesales sólo que expresados negativamente en forma de excepción, elabora su teoría que resulta inspiradora de importantes y variadísimos estudios posteriores.

A partir de allí, con la denominación de presupuestos procesales o de cuestiones de procedibilidad se estudian las condiciones que deben presentarse inicialmente para el desarrollo integral de la serie procesal, pues los jueces no deben limitarse a sentenciar una pretensión jurídica presentada a su conocimiento sino que, en forma previa, deben asegurarse de que concurren en el respectivo proceso todas las condiciones de su existencia y de su utilidad para heterocomponer el litigio.

¹² Para confirmar lo que luego se dirá, hago notar que los autores asignan diferente contenido a la voz *presupuesto*: para Couture, la competencia es un presupuesto de la

cunstancias diversas que, por ello y a mi juicio, nunca han quedado claramente explicadas.

Por mi parte, y como luego se verá, esto es insuficiente en un verdadero sistema, pues si se medita adecuadamente sobre el asunto, se advertirá que con la palabra *presupuestos* o *cuestiones de procedibilidad*¹³ se mencionan lo que claramente son requisitos y, además, que siempre hay que poner la atención en otros aspectos diferentes de éstos, sobre los cuales se han detenido exclusivamente los autores.

De ahí que haré aquí otra presentación del tema, teniendo en cuenta que se trata a la postre de construir un verdadero sistema que funcione siempre de la misma manera, sin importar al efecto la opinión que tengan sobre él quienes deben aplicarlo¹⁴. Y en esta tarea referiré a lo que doctrinalmente se conoce con el nombre de condiciones.

demanda (entendiendo que el vocablo significa *pre-supuesto*: supuesto previo). Para Briseño Sierra, en cambio, el presupuesto de la demanda es la sentencia (lo que se presupone que se encontrará al final de su curso). Como es fácil de comprender, esto hace que todo sea opinable y que los juristas jamás puedan entenderse entre sí.

¹³ Por mi parte, entiendo que la denominación *exigencias* o *condiciones de procedibilidad* no es exacta. Por ejemplo, es obvio que la competencia judicial no puede ostentar ese carácter a tenor de lo dispuesto en el art. 3986 del Cód. Civ. argentino: "La prescripción se interrumpe por demanda 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. La prescripción liberatoria también se suspende, por una sola vez, por la constitución en mora del deudor, efectuada en forma auténtica. Esta suspensión sólo tendrá efecto durante un año o el menor término que pudiere corresponder a la prescripción de la acción".

¹⁴ Hago especial hincapié en esto: a mi juicio un método debe ser siempre neutro, cual las operaciones aritméticas de suma o de resta, que no admiten ser interpretadas. O la fórmula para hacer un análisis cualquiera de materia orgánica.

Y es que el método es método o es nada. De modo que, si se lo utiliza tal como ha sido concebido al efecto que fuere, todo operador debe obtener siempre el mismo resultado en todo tiempo y en todo lugar.

Esto que aquí se dice es crítica severa a lo que sucede actualmente en dos tribunales vecinos. En tanto que en uno de ellos se aplica el método de una manera porque se interpreta que algo es blanco, por ejemplo, en el otro se utiliza el mismo método pero como si fuere negro. Y esto, so pretexto de que los jueces interpretan diferentemente una misma norma.

El resultado obtenido era esperable: no sólo ha creado el gran desprestigio que rodea a nuestra Justicia sino que es notable fuente de inseguridad jurídica, ya que no hay actuación judicial que sea predecible y todo termina con soluciones absolutamente imprevisibles.

El vocablo *condición* refiere a *toda situación o circunstancia indispensable para que algo sea u ocurra*.

Sistémicamente –y respecto de todo acto procesal– parece importante definir siempre tres circunstancias que se relacionan con:

- 1) el origen o razón del acto (su *porqué*);
- 2) su realización (sus *qué, cómo, cuándo y dónde*), y
- 3) su objeto (su *para qué*), pues sin respuesta adecuada a tales interrogantes es imposible comprender cabalmente un curso procedimental sistémico¹⁵.

A base de esta idea, las condiciones en general pueden ser:

- a) *previas o anteriores* a la realización de cualquier acto del proceso (hacen al *porqué* del acto): son los que en esta obra se denominarán *supuestos precedentes*¹⁶.

Ejemplos: el supuesto precedente de la demanda es la afirmada existencia de un conflicto; el de la contestación de la demanda es su admisión por el juez; el de la apertura de la etapa de confirmación es la existencia de hechos controvertidos por las partes; el de la alegación es que haya algún medio confirmatorio producido sobre el cual recaiga la tarea de evaluar; el de la sentencia, la providencia consentida de *autos para resolver* un proceso regularmente llevado y no un mero procedimiento, etcétera.

Sin el respectivo *supuesto precedente* queda sin basamento y sin razón de ser la realización de todo acto procesal y de la emisión de la sentencia. Si bien se mira, generalmente hace a la *existencia* misma del acto como tal;

¹⁵ Insisto particularmente en la idea: en *todo* proceso, *todo* acto se hace por algo y para algo. Nada se hace sin ton ni son ni en puro homenaje a rito absurdo y sin sentido. Que es lo que durante mucho tiempo han hecho los procedimentalistas que, sin comprender el sentido del proceso, repiten hasta el hartazgo fórmulas que sirven para nada (*por comparecido..., revócase por contrario imperio..., ocurra ante quien corresponda..., téngase presente..., etc.*).

¹⁶ El lector que conoce el tema advertirá que he modificado la terminología de Briseño Sierra, para quien esto es sólo el *supuesto* (y no el *supuesto precedente*), en tanto que para él es *presupuesto* lo que aquí denomino como *supuesto consecuente*. Y así lo he hecho para no volver a utilizar la palabra *presupuesto* con un contenido diferente al que le otorga la doctrina en general. De donde todos son condiciones: los *supuestos* (precedente y consecuente) y los *requisitos*. En suma: trato de hacer más comprensible y sencilla la idea, no de confundir al lector con denominaciones exóticas.

b) *actuales* o coincidentes con el momento de realización del acto (hacen al *qué y al cómo, cuándo y dónde* del acto): son los *requisitos* necesarios a cumplir para la admisibilidad del tipo específico de actividad que corresponda al caso.

Aquí se trata de determinar qué tipo de acto es el que corresponde al desarrollo de la serie y de saber cómo, cuándo y dónde debe ser hecho.

Ejemplos: la demanda debe ser presentada ante juez competente, redactada por escrito, explicando detalladamente quién, qué, a quién y por qué se demanda, etcétera; la contestación de la demanda debe contener una negativa puntual de los hechos afirmados por el actor; el ofrecimiento de algún medio confirmatorio debe respetar acabadamente las exigencias legales existentes sobre el tema, etcétera.

Sin el cumplimiento del respectivo *requisito* el acto *no es admisible* (salvo que la ley disponga alguna solución alternativa). Si bien se mira, generalmente, hace a la *eficacia* (o *validez*) del acto como tal.

Adviértase que al declararse la admisibilidad de un acto cualquiera se convierte automáticamente en el *supuesto precedente* del acto que sigue en la serie procedimental. Ya se verán ejemplos de ello;

c) *futuras o inminentes*: son las que refieren a lo que se obtendrá (*objeto*) con la admisión de uno o de varios actos (hacen al *para qué* de ellos) y que en esta obra se denominarán *supuestos consecuentes*.

Ejemplos: el objeto del proceso (su *supuesto consecuente*) es el dictado de la sentencia si no se da antes una autocomposición de las partes. De la misma forma, y teniendo en cuenta el *para qué del acto*, al *admitir la demanda* el juez debe bilateralizar la instancia de acción para que pueda ser controvertida la pretensión: a tal fin es menester que establezca el tipo de trámite procedimental que usarán las partes para litigar; al conceder un recurso de alzada debe establecer su *efecto* para determinar si la sentencia impugnada puede o no ser cumplida mientras dura el trámite impugnatorio, etcétera.

Hagamos ahora un repaso metódico y repetitivo de todo el tema para facilitar su comprensión a partir del acto *contestación de demanda*:

a) el *supuesto precedente* de la contestación de la demanda es la admisión de la demanda por el juez;

b) los *requisitos* de la contestación de demanda están siempre explicados en los códigos;

c) el *supuesto consecuente* de la contestación es lograr el convencimiento favorable del juez al momento de sentenciar. Pero, además, si la contestación de la demanda controvierte los hechos expuestos por el actor, ello se convierte en el *supuesto precedente* del acto siguiente;

d) la apertura del plazo para confirmar los hechos sobre los cuales no hay acuerdo de las partes, cosa que hará el juez dictando la respectiva resolución que cumpla los requisitos generales de toda decisión judicial;

e) el *supuesto consecuente* de la apertura del período confirmatorio es habilitar el cumplimiento de la actividad propia de la etapa;

f) su apertura será ahora el *supuesto precedente* de la proposición de los medios con los cuales las partes intenten convencer al juez de la veracidad de sus dichos;

g) los respectivos ofrecimientos habrán de guardar a su turno los *requisitos* previstos por la ley para cada medio en particular y el *supuesto consecuente* de tal ofrecimiento será su admisión por el juez.

h) Y así sucesivamente con la cadena de actos ya descritos con anterioridad.

Finalmente: mirando al proceso desde la óptica de la actividad cumplida en su desarrollo cabe concluir que las condiciones (los *presupuestos*) no son de *todo el proceso* sino de *la iniciación de cada una de sus etapas* ya expresadas precedentemente...

De ahí que me aparto deliberadamente del tratamiento corriente del asunto, omitiendo así hacer en esta obra una explicación *unitaria del tema*. Por lo contrario, prefiero insertar el estudio particularizado de los distintos presupuestos al ocuparme de cada uno de los conceptos fundamentales que los exhiben.

Como las etapas del proceso son cuatro que se suceden consecuentemente en procura de la sentencia, analizaré el tema respecto de ello:

a) los de la etapa de *afirmación* (iniciación del proceso), divididos en dos momentos que sólo son idealmente separables: los presupuestos de la *acción* y los de la *demandas*;

b) los de la etapa de *negación* (ya en el desarrollo del proceso): presupuestos de la *contestación* de demanda;

c) los de la etapa de *confirmación* (continúa el desarrollo del proceso): que se dividen cronológicamente en presupuestos de la *apertura* de la etapa, del *ofrecimiento* y de la *producción* de los distintos medios aportados por las partes;

d) los de la etapa de *alegación* (termina el desarrollo del proceso): presupuestos de la alegación sobre el mérito de las confirmaciones efectuadas por las partes;

e) los de la *sentencia* (objeto del proceso): que también se dividen idealmente en presupuestos de *toda sentencia* y de la *sentencia estimatoria* de la pretensión.

Quien conoce el tema advertirá que amplió notablemente el campo propio de la materia, así como que esta apertura expositiva requiere de otra explicación previa: la *iniciación* del proceso exige una *acción procesal*; para que ésta exista como tal y, por ende, para que logre su objeto de obtener un proceso es menester que se cumplan *conjuntamente* las condiciones que le son propias y que se analizarán luego.

En caso de faltar una sola de ellas, no habrá propiamente acción y, por ende, *no habrá proceso*. El tema se vincula, así, con su *existencia* como tal.

No ocurre igual con las etapas sucesivas de negación, confirmación y alegación ni con la sentencia: aquí habrá que distinguir claramente dos aspectos de la cuestión que se conocen como *eficacia* y *eficiencia*.

Posteriormente, y en sucesivos Capítulos, referiré las condiciones propias de cada una las etapas antedichas.

6. LA CLASIFICACIÓN DE LOS PROCESOS

Éste es un título que aparece integrando los índices de todos los libros escritos sobre el tema.

Cuando se lee el contenido que le ha dado el respectivo autor se descubre pronto que, cualquiera sea el criterio de clasificación que se aplique, no se refiere al *proceso como tal* sino a la *pretensión* deducida o al *procedimiento* previsto por el legislador para tramitar una determinada pretensión.

Y así se distingue entre:

- 1) procesos *judicial* y *arbitral*, teniendo en miras la naturaleza pública o privada de la autoridad que actúa;
- 2) procesos *contenciosos* y *no contenciosos*, queriendo mostrar que en unos existe litigio y en otros no;
- 3) procesos *declarativos*, *ejecutivos* y *cautelares*, apuntando al resultado que pretende lograr el actor;
- 4) procesos *ordinarios* y *especiales*, haciendo ver las diferencias de la actividad de cognición del juez en cuanto a la pretensión deducida, y
- 5) procesos *singulares* y *universales*, señalando que en éstos está en juego todo el patrimonio de una persona y en aquéllos no.

A mi juicio, estos criterios clasificatorios son erróneos, pues parten de una premisa equivocada producto de la milenaria confusión que existe en la doctrina acerca del significado de los vocablos utilizados.

Conforme a lo que ya se ha definido como *proceso*, y remarcando nuevamente ahora que aparece como un fenómeno único en el mundo jurídico, resulta obvio que su concepto permanece inalterable no obstante que la autoridad ante la cual se inicia y desarrolla sea un juez o un árbitro (en ambos casos la serie opera en forma idéntica).

De ahí que no quepa efectuar tal clasificación pues la idea de proceso es unitaria y, por ende, inclasificable.

Idéntica acotación cabe efectuar respecto de los siguientes criterios apuntados precedentemente.

En efecto: la idea de *proceso* es inseparable de la de *litigio*, de donde resulta que —en los términos utilizados habitualmente— *todo proceso es contencioso* (en el sentido de que existe una contienda: litigio).

De ahí también que no quepa hablar en modo alguno de *proceso no contencioso* (o acto de jurisdicción voluntaria), que obviamente *no es proceso* sino simple procedimiento desarrollado entre quien insta y la autoridad que recibe el instar.

Tampoco cabe clasificar entre procesos *declarativos*, *ejecutivos* y *cautelares*. Entre los dos primeros, porque el concepto de proceso permanece indiscutiblemente inalterable en razón de que en ambos se da —o debe darse— el desarrollo integral de la serie. Resulta así que lo que distingue

a este criterio de clasificación es el *procedimiento* —más o menos largo y expeditivo— normado para tramitar un proceso.

Por lo demás, el llamado *proceso cautelar no es proceso* toda vez que en su desarrollo no se presenta la idea lógica expuesta recurrentemente en estos Capítulos: y es que todo lo relativo a las *cautelares* (ver Capítulo 31) constituye siempre un simple procedimiento por la sencilla razón de que la respectiva petición no debe ser necesariamente bilateralizada antes de obtener el dictado de una resolución al respecto.

Lo mismo cabe decir en cuanto a los llamados procesos *universales* en los cuales el juez actúa como un simple *administrador* y no como autoridad llamada a resolver un litigio.

Debe quedar en claro respecto de los supuestos últimamente mencionados que siempre existe la posibilidad de la aparición de un litigio durante el curso del procedimiento: a partir de allí *habrá proceso* (por ejemplo, el embargo que no fue oído antes de la traba de la medida cautelar pretende su inmediato levantamiento; un acreedor demanda la verificación de su crédito en la sucesión de su deudor; etc.).

De consiguiente: la denominación del tema en estudio debe ser erradicada de los textos de doctrina, ya que resulta equívoca al clasificar el fenómeno *proceso* otorgando a la palabra que lo denomina el significado de *procedimiento* o de *juicio* o de *pretensión*, ninguno de los cuales exhibe su preciso valor técnico.

Reiterando: la idea de proceso es única y, como tal, indivisible e inclasificable.

7. EL CONCEPTO DE DEBIDO PROCESO

Ya adelanté bastante sobre el tema al explicar el Capítulo 5, donde mostré la vinculación que este concepto abstracto tiene con los sistemas de enjuiciamiento conocidos como acusatorio e inquisitorio.

Deseo ahora insistir en algunas de las ideas entonces vertidas como forma de remarcar su importancia en este lugar, pues aquí toca hacer la precisa explicación del punto.

Desde el siglo pasado la doctrina publicista refiere insistentemente al *debido proceso* como un claro derecho constitucional de todo particular y como un deber de irrestricto cumplimiento por la autoridad.

La frase lució novedosa en su época pues, no obstante que la estructura interna del proceso —que ya he mostrado como una serie consecutiva— aparece natural y lógicamente en el curso de la historia con antelación a toda idea de *Constitución*, las cartas políticas del continente no incluyen —en su mayoría— la adjetivación *debido*, concretándose en cada caso a asegurar la *inviolabilidad de la defensa en juicio* o un *procedimiento racional y justo*, cual lo hace la Constitución de Chile.

Recuerdo ahora que ya mencioné que el origen generalmente aceptado de la palabra *debido* se halla en la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América que, al establecer los derechos de todo ciudadano en las causas penales, dice en su parte pertinente que no podrá “someterse a una persona dos veces, por el mismo delito, al peligro de perder la vida o sufrir daños corporales; tampoco podrá obligarse a testificar contra sí mismo en una causa penal, no se le privará de la vida, la libertad o la propiedad *sin el debido proceso judicial*”.

Este mandato figura nuevamente en el texto de la Decimocuarta Enmienda (*ahora como restricción al poder de los Estados confederados*), donde se utilizan palabras similares: “...ningún Estado podrá tampoco privar a persona alguna de la vida, la libertad o la propiedad, *sin el debido procedimiento jurídico*”.

Al igual que las de otros países, la Constitución argentina no menciona la adjetivación *debido*, lo que ha hecho decir a prestigioso tratadista que se trata de una *garantía innominada*¹⁷.

Tal vez por esa razón o por la imprecisión terminológica que sistemáticamente emplean los autores que estudian el tema, la doctrina en general se ha abstenido de definir en forma *positiva* al *debido proceso*, haciéndolo *siempre negativamente*: y, así, se dice que *no es debido proceso legal* aquel por el que —por ejemplo— se ha restringido el derecho de defensa o por tal o cual otra cosa. Esto se ve a menudo en la doctrina que surge de la jurisprudencia de nuestros máximos tribunales.

¹⁷ En rigor de verdad, la frase que utiliza la Constitución argentina es más decidora e importante, pues declara el derecho a la *inviolabilidad de la defensa en juicio*. Y es *inviolable* lo que no puede ser violado (desobedecido, incumplido, quebrantado o profanado).

Una idea clara de lo que sucede respecto de la imprecisión apuntada puede encontrarse en una frase de un distinguido magistrado que, para definir al proceso, afirmaba en el año de 1951:

“A diferencia de algunas reglas jurídicas, el debido proceso no es una concepción técnica con un contenido fijo, sin relación al tiempo, al lugar y a las circunstancias imperantes, pues la noción de *debido proceso* no puede aprisionarse dentro de los límites traicioneros de cualquier fórmula. Al representar una profunda actitud de Justicia entre hombre y hombre y, más particularmente, entre hombre y Gobierno, el debido proceso está constituido de historia, de razón, del curso pasado de las decisiones y de la profunda confianza en la fuerza de la fe democrática que profesamos”.

Retóricamente, la frase es bellísima. Técnicamente, no sólo dice *nada* sino que constituye la negación misma del proceso y de la ciencia procesal.

La actitud no es aislada: prestigiosa doctrina de este siglo ha definido al proceso como *drama* o como *misterio* o como algo que *se sabe exactamente dónde está pero no qué es*.

No obstante todo ello, pasando a afirmativa las concepciones negativas y haciendo un mínimo inventario de las *frases hechas* acuñadas por la jurisprudencia local podría decirse que el debido proceso:

- supone el *derecho a la jurisdicción*, que es imprescriptible, irrenunciable y no afectable por las causas extintivas de las obligaciones ni por sentencia¹⁸;
- implica el *libre acceso* al tribunal,
- y la *posibilidad plena de audiencia* (lo cual lleva aneja una *efectiva citación* que permita total conocimiento de la acusación o demanda cursada),
- la determinación previa del *lugar del juicio* y
- el *derecho del reo de explicarse en su propia lengua*;

¹⁸ Lo que viene a querer significar la afirmación contenida en la *Declaración de Derechos Humanos de las Naciones Unidas* de 1948: “Toda persona tiene el derecho de ser oída en plena igualdad, públicamente y con justicia por un tribunal independiente para la determinación de sus derechos y obligaciones”.

- comprende el derecho de que el proceso se efectúe con un *procedimiento eficaz y sin dilaciones*,
- adecuado a la *naturaleza del caso justiciable*
- y *público*,
- con *asistencia letrada* eficiente desde el momento mismo de la imputación o detención.
- Específicamente en cuanto a la confirmación, comprende:
 - el *derecho de probar* con la utilización de todos los medios legales procedentes y pertinentes,
 - y el de que el juzgador se *atenga sólo a lo regular y legalmente acreditado* en las actuaciones respectivas.
- En cuanto atañe a la sentencia, comprende el derecho de:
 - que sea dictada por un *juez objetivo, imparcial e independiente*,
 - que emita su pronunciamiento en forma *completa*: referida a *todos* los hechos esenciales con eficacia decisiva y al derecho aplicable,
 - que sea *legítima*: basada en pruebas válidas y sin omisión de las esenciales,
 - *lógica*: adecuada a las reglas del pensamiento lógico y a la experiencia común,
 - *motivada*: debe ser una derivación razonada del derecho vigente con relación a la pretensión esgrimida y en función de los hechos probados en el proceso, y
 - *congruente*: debe versar exclusivamente acerca de lo pretendido y resistido por las partes (ver Capítulo 7).

La sentencia que no cumple tales condiciones es calificada habitualmente como *arbitraria*, cuyos parámetros generadores también constituyen *frases hechas*, inteligentemente acuñadas por la jurisprudencia.

Y, así, una *sentencia es arbitraria* cuando:

- no decide acerca de cuestiones oportunamente planteadas, o
- decide acerca de cuestiones no planteadas, o
- contradice constancias del proceso, o
- incurre en autocontradicción, o
- pretende dejar sin efecto decisiones anteriores firmes, o
- el juez se arroga en ella el papel de legislador, o

- prescinde del texto legal sin dar razón plausible alguna, o
- aplica normas derogadas o aún no vigentes, o
- da como fundamentos algunas pautas de excesiva latitud, o
- prescinde de prueba decisiva, o
- invoca jurisprudencia inexistente, o
- incurre en excesos rituales manifiestos, o
- sustenta el fallo en afirmaciones dogmáticas, o
- en fundamentos que sólo tienen la apariencia de tal, o
- incurre en autocontradicción,
- etcétera.

Como se ve, se trata de una simple enunciación más o menos detallada de vicios contenidos en las actividades de procesar y de sentenciar que, además, son aglutinados en una misma idea no obstante que ostentan obvias y profundas diferencias lógicas y materiales.

Si se intenta definir técnicamente la idea de *debido proceso*, resulta más fácil sostener que es aquel que se adecua plenamente a la *idea lógica de proceso*: dos sujetos que actúan como antagonistas en pie de *perfecta igualdad en el instar* ante una autoridad que es un *tercero* en la relación litigiosa (y, como tal, imparcial, imparcial e independiente).

En otras palabras: el *debido proceso* no es ni más ni menos que el *proceso* que respeta sus propios principios, que explicaré en el Capítulo siguiente.

Esta concepción, que no por sencilla es errada, convierte en estéril todo el inventario que he hecho precedentemente.

8. LOS IMPERATIVOS JURÍDICOS DEL PROCESO

En la concepción privatista del Derecho se ha mostrado siempre la correlación existente entre el contenido de las voces *derecho* y *obligación*, adoptándose habitualmente esta última para aplicarla con una extensión que no condice con su concepto.

Desde el Derecho Romano se entiende por *obligación* al vínculo jurídico existente entre dos personas mediante el cual una puede *constreñir* a la otra al cumplimiento de una prestación adeudada¹⁹.

¹⁹ *Institutas*, Libro III, T. XIII, *De obligationibus*: "Obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicui solvendæ rei secundum nostræ civitatis iura".

La palabra *constreñir* ostenta en el caso una importancia fundamental, pues su significado –tanto en latín como en castellano corriente y jurídico– revela que alguien puede compeler por la fuerza a otro para que haga o ejecute alguna cosa.

En el Capítulo 7 se vio que el demandado puede perfectamente adoptar una actitud de *abstención* defensiva; y ello resulta por completo lógico y congruente con el sistema, toda vez que su derecho de defensa opera en forma plena mediante el otorgamiento de la *simple posibilidad de audiencia*, sin que resulte imprescindible (por ejemplo, salvo ciertos casos y con algunas salvedades doctrinales, en materia penal) su efectiva comparecencia y la adopción de una actitud de defensa positiva (contradicción).

Va de suyo, así, que nadie puede ser *constreñido* –por el uso de la fuerza– a defenderse procesalmente si no quiere hacerlo.

De ahí que la palabra *obligación* no resulte correctamente utilizada cuando se la vincula con la actividad de instar.

El descubrimiento no es novedoso. Antes bien, señalado por uno de los más grandes estudiosos del derecho procesal, generó el concepto de *carga*, que refiere a una situación de necesidad de realizar una determinada actividad para evitar que sobrevenga un perjuicio procesal.

Por obvias razones de método y de comprensión del fenómeno, este nuevo concepto tiene que ser correctamente diferenciado de otros dos de uso corriente: *deberes* y *obligaciones*.

1) *Deberes*. Son los imperativos jurídicos que, con motivo del proceso, tiene toda parte procesal y los terceros ajenos a ellas respecto de la autoridad (por ejemplo, las partes *deben* litigar conforme al principio de moralidad; los terceros tienen el *deber* de testimoniar la verdad; etcétera) y ésta respecto de aquéllas (por ejemplo, el juez *debe* resolver oportunamente el litigio; *debe* excusarse mediando causal, etcétera).

Se presentan siempre en el *plano vertical* del proceso (el que va desde las partes hacia el juez y viceversa) y su incumplimiento es *sancionable* (por ejemplo: a la parte procesal que litiga con malicia se la multa; al testigo que miente se lo detiene y se le imputa la comisión de delito; al juez que no sentencia en plazo se lo apercibe o se lo multa, etcétera).

2) *Obligaciones*. Son los imperativos jurídicos que, con motivo del proceso, tiene una parte procesal respecto de la otra.

En las legislaciones vigentes no hay otro ejemplo que el pago de las costas y multas en carácter de constrictión (*astreintes*)²⁰.

Se presentan siempre en el *plano horizontal* del proceso (el que va desde una parte hacia la otra y viceversa) y su incumplimiento es *constreñible* mediante el uso de la fuerza legítima que puede ejercer el Estado luego de un proceso (por ejemplo: el actor ejecuta su acreencia declarada por sentencia y el juez desapodera al deudor).

Excepcionalmente pueden presentarse en el plano vertical cuando una legislación determinada establece que las costas causadas por la declaración de nulidad de una actuación deben ser soportadas por el propio juez que la consumó.

3) *Cargas*. Son los imperativos jurídicos que, con motivo del proceso, una parte tiene respecto de sí misma (imperativo *del propio interés*) (por ejemplo: comparecer al proceso, contestar la demanda, confirmar lo afirmado que fue negado, evaluar lo confirmado, etcétera).

Se presentan siempre en el *plano insular* que envuelve a cada una de las partes litigantes y su incumplimiento no es sancionable ni constreñible: el incumpliente sólo pierde una facultad, derecho o chance por falta de ejercicio oportuno de la actividad requerida.

Como éste es un concepto propio del derecho procesal, conviene establecer desde ahora la forma en la cual opera.

Siempre que la autoridad efectúa *actos de conexión*, lo hace a fin de dar oportunidad a una de las partes para que haga o diga lo que quiera respecto de la instancia ejercida por la otra.

A este fin, emite una orden que debe ser cumplida en un plazo previamente determinado por la ley o por la propia autoridad, en su defecto, con el *apercibimiento* (advertencia) del efecto contrario al interés de su destinatario, para el caso de que no la cumpla en el tiempo dado.

De tal modo, y como ya lo anticipé, toda carga contiene tres elementos necesarios para que sea tal: una orden, un plazo y un apercibimiento.

²⁰ Ver el Capítulo 17.

CAPÍTULO 12

LOS PRINCIPIOS Y LAS REGLAS TÉCNICAS PROCESALES

SUMARIO:

1. El problema
2. Principios procesales
3. Reglas técnicas del debate procesal
4. Reglas técnicas de la actividad de sentenciar
5. Sistemas procesales

1. EL PROBLEMA

La doctrina generalizada acepta que se entiende por *principios procesales* las grandes directrices que expresa o implícitamente brinda el legislador para que el método de enjuiciamiento pueda operar eficazmente de acuerdo con la orientación filosófico-política de quien ejerce el poder en un tiempo y lugar determinado.

Es en este tema donde puede apreciarse cabalmente y en toda su magnitud la idea de *alternatividad* que ya he esbozado en el Capítulo 2: como el contenido de las normas jurídicas implica la solución legal a un conflicto de convivencia, es posible que cada problema que nazca a raíz de ella genere distintos interrogantes en orden a buscar respuestas que, naturalmente, pueden ser antagónicas.

De ahí que el legislador deba *optar* siempre por *una* de por lo menos *dos* soluciones. Por ejemplo, una sociedad incipiente puede verse en la necesidad de legitimar o no a las uniones de parejas; si lo hace debe optar nuevamente entre regular la unión en forma homo o heterosexual; si elige esta última, ha de escoger ahora una de tres posibles regulaciones: monogamia, poligamia o poliandria; en cualquier

caso, debe decidir luego entre aceptar o no la disolución del vínculo matrimonial, etcétera.

Del mismo modo, para regular el proceso como medio de debate, el legislador debe elegir alguna de las alternativas que se le presentan como posibles respuestas para solucionar los interrogantes que pueden formularse al respecto:

- 1) ¿quién debe iniciar el proceso?
- 2) ¿quién lo impulsará?
- 3) ¿quién lo dirigirá?
- 4) ¿habrá que imponer formalidades para el debate?
- 5) en su caso, ¿cómo se discutirá en el proceso?
- 6) ¿quién y cómo lo sentenciará?
- 7) ¿qué valor tendrá lo sentenciado?

Insisto en que cada pregunta admite por lo menos dos respuestas. Y todas las posibles respuestas se conocen procesalmente con el nombre de *principios*.

Y naturalmente, el legislador optará por la que se halle acorde con la filosofía política que lo inspira.

Véanse ahora ejemplos de las diferentes soluciones:

- 1) ¿Quién inicia el proceso?

El legislador puede otorgar la correspondiente facultad a las partes o al propio juez.

Doctrinalmente, el problema origina lo que habitualmente se denomina *principio de iniciativa* (ya se verá más adelante que esto no es un principio) que opera procedimentalmente por *presentación de parte* o por *investigación judicial*;

- 2) ¿Quién impulsa el proceso?

La opción será la misma: las partes (origina lo que corrientemente se denomina *principio dispositivo*) o el juez (*principio inquisitivo*).

Ya se verá luego que no son *principios* sino *sistemas*;

- 3) ¿Quién dirige el proceso?

Mantendrá idéntica opción: las partes (consecuencia del *principio dispositivo*) o el juez (recibe la denominación de *principio de autoridad judicial*);

- 4) ¿Se imponen formalidades para desarrollar el debate?

Puede responderse que no es necesario (*principio de libertad de formas*) o que sí lo es (*principio de legalidad de las formas*);

- 5) ¿Cómo se hace la controversia?

Corresponde determinar:

a) si se exigirá una discusión efectuada con probidad, lealtad y buena fe (*principio de moralidad*) o si se permitirá la añagaza y la arteria procesal que, en definitiva, implicará aceptar el “derecho” de la fuerza en el proceso;

b) si se admitirá que las partes deban recibir un tratamiento igualitario en el proceso (*principio de igualdad*) o no; como consecuencia de aceptar la primera opción, corresponderá establecer respecto de cada litigante:

c) si se otorgará posibilidad de contradecir (*principio de contradicción* o de *bilateralidad*) o no (*principio de unilateralidad*) la afirmación de su oponente;

d) qué medio de expresión se utilizará en el proceso (*principios de oralidad y de escritura*);

e) cualquiera de ellos que se acepte, tendrá que decidir ahora si será o no conveniente que entre el juez y las partes y el material instructorio que ellas aporten, existan intermediarios o no (*principios de mediación e inmediatez*);

f) si conviene a la sociedad que los procesos sean secretos o públicos (*principios de publicidad y secreto*);

g) si es menester preordenar la eficacia de los medios de confirmación (*principio de la prueba formal y tasada*) o dejarla librada al puro razonamiento del juzgador (*principio de la racionalidad probatoria*);

h) si es importante, en aras de la moralidad procesal pretendida, que las partes no puedan desistir de un medio probatorio que, luego de producido, resultó adverso al interés del oferente (*principio de adquisición*);

i) si es conveniente desarrollar el debate con un orden metódico (*principio de orden consecutivo*, que puede ser *legal* o *discrecional*) que implica el cumplimiento de pasos procesales preestablecidos en el orden y en el plazo dictado por la ley (*principio de preclusión*) o no (*principio de libre desenvolvimiento*). Y aun dentro de esta cuestión,

j) si conviene que los plazos fenezcan por el mero transcurso del tiempo (*principio de perentoriedad o fatalidad*) o después de que las partes lo acusen;

k) si en orden a cumplir una efectiva impartición de justicia, corresponde hacer o no el proceso lo menos gravoso posible para el litigante (*principio de economía*), que permita obtener una pronta solución del litigio (*principio de celeridad*). Congruente con ellos,

l) si conviene permitir que las defensas puedan deducirse sucesivamente, de acuerdo con su importancia frente a la pretensión o si, por lo contrario, tendrán que ser presentadas conjunta y simultáneamente, a fin de que una sea considerada en defecto de la otra (*principio de eventualidad*), y

m) si es razonable o no que los actos procesales se agrupen a fin de evitar inútil desgaste jurisdiccional (*principio de concentración*);

6) ¿Quién decide el litigio?

Por último, acerca de quién y cómo habrá de decidir el proceso, habrá que optar entre un juez profesionalizado (*principio del juez técnico*) o por miembros de la comunidad (*principio del juicio por jurados*); en ambos casos, en orden a lograr una justicia más acabada para el caso concreto, tendrá que decidirse si conviene otorgar al justiciable uno o varios grados de conocimiento o no (*principios de única y de múltiples instancias*);

7) ¿Cómo se decide el litigio?

En cuanto a cómo habrá de dictarse la sentencia, tendrá que preverse si ella guardará correspondencia con las pretensiones de las partes (*principio de congruencia*) o si el juez será absolutamente libre en su decisión; y, para finalizar, si será o no necesario que las partes invoquen y prueben el derecho que ampara sus peticiones (*principio jura novit curia*).

Al describir las posibles respuestas que puede dar el legislador, he mencionado la denominación que a cada una le otorga la doctrina procesal de todos los tiempos y, particularmente, en la Argentina.

Sin embargo, si se lee atentamente cada caso y se lo compara con los demás, se advertirá que con la palabra *principios* se mencionan las cosas más diversas, algunas de las cuales nada tienen que ver con las otras.

Y esto no es bueno para la adecuada comprensión de cada tema y, sobre todo, para la del propio fenómeno del proceso.

Lo que corresponde hacer en el caso, entonces, es indagar la esencia misma de cada uno de estos llamados *principios* a fin de poder meto-
dizarlos adecuadamente.

Y cuando ello ocurre se comprende que con tal palabra se menciona indistintamente tres cosas diferentes que, en verdad, deben ser denominadas como *sistemas de enjuiciamiento*, *principios procesales* y *reglas técnicas* del debate y de la actividad de sentenciar.

2. LOS PRINCIPIOS PROCESALES

Para comprender el planteo del tema, lo primero que cabe hacer es aclarar qué se entiende por *principio*: se trata simplemente de un punto de partida.

Pero así como nadie puede caminar *hacia ninguna parte* (siempre que lo haga tomará una dirección: hacia adelante, hacia atrás, etcétera), ese punto de partida debe ser visto en función de lo que se pretende hallar o lograr al llegar (en el derecho privado esto se llama *causa eficiente* y *causa fin*).

Si lo que se desea es regular un medio pacífico de debate dialéctico entre dos antagonistas en pie de igualdad¹ ante un tercero² que heterocompondrá el litigio³, formular los *principios* necesarios para lograrlo implica tanto como trazar las líneas directivas fundamentales que deben ser *imprescindiblemente* respetadas para lograr el mínimo de coherencia que supone todo sistema.

Así concebidos, los *principios procesales* —propriadamente dichos, sin importar ahora las denominaciones erróneas que he consignado precedentemente— son sólo cinco:

1) la *imparcialidad* del juzgador; 2) la *igualdad* de las partes litigantes; 3) la *transitoriedad* del proceso; 4) la *eficacia* de la serie procedimental, y 5) la *moralidad* en el debate.

¹ Para descartar el uso de la fuerza.

² Que, como tal, es imparcial, imparcial e independiente.

³ Si es que no se disuelve por alguna de las vías posibles de autocomposición.

Veamos qué es cada uno de ellos.

1) *El principio de imparcialidad del juzgador.*

Éste indica que el tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar claramente ese carácter: para ello, no ha de estar colocado en la posición de parte (*imparcialidad*) ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo⁴; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (*imparcialidad*) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (*independencia*).

Esto que se presenta como obvio —y lo es— no lo es tanto a poco que el lector quiera estudiar el tema en las obras generales de la asignatura. Verá en ellas que, al igual que lo que acaece con el concepto de *debido proceso*, la mayoría se maneja por *aproximación* y nadie lo define en términos positivos.

En realidad, creo que todos —particularmente los magistrados judiciales— sobreentienden tácitamente el concepto de imparcialidad pero —otra vez— nadie afirma en qué consiste con precisión y sin dudas.

Por eso es que se dice despreocupada —y erróneamente— que los jueces del sistema inquisitivo pueden ser y de hecho son imparciales en los procesos en los cuales actúan⁵.

⁴ Por eso es, precisamente, que en el sistema inquisitivo no puede hablarse con propiedad de una *imparcialidad judicial* en razón de que el juez es, al mismo tiempo, el acusador... Es decir, *juez y parte*. Idéntica reflexión cabe hacer respecto del juez de lo civil dentro del sistema que le permite subrogar a la parte procesal en la tarea de confirmar hechos controvertidos.

⁵ Los jueces de América en general no han sido preparados para actuar con imparcialidad. En rigor, una gran mayoría ignora en qué consiste esa *destreza* (cual la denominó alguna vez Haroldo Brito Cruz, connotado magistrado chileno), así como cuál es su verdadera esencia o las variadas situaciones en las cuales el concepto queda vulnerado y, con él, la garantía del *debido proceso*.

Antes bien, la cultura paternalista que al mejor estilo *Macondo* nos han impuesto los parámetros autoritarios que rigen desde siempre en este sufrido sur del continente, hace que los jueces en general vean como correctas las actitudes propias que cumplen a diario para tratar de *igualar la desigualdad natural* de las partes procesales en homenaje —otra vez— a una difusa meta de Justicia que bien pueden llegar a lograr. Pero ilegítimamente. El problema surge, a no dudar, del doble papel protagónico de *juez y parte* que el sistema inquisitivo acuerda al juzgador.

Así ocurre hasta hoy en la mayor parte de América con los jueces laborales y los jueces de menores, encargados desde siempre de obviar la desigualdad del trabajador frente

Pero hay algo más: la palabra *imparcialidad* significa varias cosas diferentes a la *falta de interés* que comúnmente se menciona en orden a definir la cotidiana labor de un juez.

al patrón y la del menor en situación de abandono, cuyo interés superior deben privilegiar a todo trance.

Estoy convencido de que esa notable *desigualdad real* debe ser paliada. Pero no por el juez, encargado final de asegurar la *igualdad jurídica* de las partes procesales. Antes bien, podrá ser cuidada por defensores *ad hoc*, por asesores en el litigio que procedan promiscuamente con los representantes de los menores y de los trabajadores, por muchos y variados funcionarios —acepto a todos los que imagine el lector— quienes se dediquen con exclusividad a ello. Pero insisto: nunca por el juez, pues, al desnivelar la igualdad jurídica para lograr una supuesta y nunca alcanzable igualdad real, logra sólo desequilibrar el fiel de la balanza de la Justicia y hacer ilegítima su sentencia. Por justa que sea en los hechos... y para el sentir del propio juzgador.

¿Tal vez toda esta execrable actitud paternalista provenga de mal copiar sin meditarlo la función de los jueces penales que procesan y juzgan en el sistema inquisitivo, en el cual tienen el deber de aplicar siempre la ley más benigna y de introducir oficiosamente el conocimiento de hechos que configuran excepciones cuando el reo no las ha opuesto (por ejemplo, lo sobreseen por amnistía no obstante que el amnistiado no haya hecho valer la respectiva defensa en el juicio).

Como cruel corolario final de toda esta exposición, recuerdo que habitualmente soy interrogado por algunos jueces que, aceptando mis parámetros lógico-interpretativos y académicos, afirman no compartirlas en el campo de la Justicia, pues ese criterio aséptico de la imparcialidad que pregonan no sirve para prevenir la desigualdad de la parte más débil que no pudo contratar al abogado de renombre que asiste a su contrario y, por eso, deben ayudar para que el joven y poco preparado letrado efectúe una defensa correcta y, llegado el caso, suplirlo (con lo cual la ayuda ya no es para la parte débil sino para el abogado ignorante).

Estas actitudes duelen al Derecho y, a poco que se las analice, repugnan a la legitimidad procesal.

Para empezar, de nada vale ser buen abogado para estos jueces justicieros que, en lo que creen su augusta misión, igualan hacia abajo.

Por esto mismo es que el joven abogado no se prepara adecuadamente: no sólo no le sirve —pues así es como logra la ayuda del juez— sino que, tragicómicamente, el estudio conspira contra sus propios intereses: cuando sea un letrado reconocido y capaz de abogar como Dios manda, el juez tomará partido seguro por el adversario joven e inexperto, ignorante y chapucero...

¿Se advierte cómo y cuánto se iguala hacia abajo y, a la postre, se perjudica todo el sistema de Justicia?

Lo que habría que hacer cuando una parte está mal defendida es ordenar el cambio de abogado —claro que esto es fuerte, aunque se use habitualmente en los países que pertenecen al *common law*— o, más livianamente, *ordenar una asistencia letrada al letrado que la necesita*. En este sentido hay norma expresa en muchas legislaciones (por ejemplo, ver la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, Argentina).

Por ejemplo,

- ausencia de prejuicios⁶ de todo tipo (particularmente raciales o religiosos);
- independencia de cualquier opinión y, consecuentemente, tener oídos sordos ante sugerencia o persuasión de parte interesada que pueda influir en su ánimo;
- no identificación con alguna ideología determinada⁷;
- completa ajenidad⁸ frente a la posibilidad de dádiva o soborno; y a la influencia de la amistad, del odio, de un sentimiento caritativo, de la haraganería, de los deseos de lucimiento personal, de figuración periodística, etcétera.
- Y también es no involucrarse personal ni emocionalmente en el meollo del asunto litigioso,
- y evitar toda participación en la investigación de los hechos o en la formación de los elementos de convicción,
- así como de fallar según su propio conocimiento privado el asunto⁹.
- Tampoco debe tener temor al qué dirán ni al apartamiento fundado de los precedentes judiciales, etcétera.

Si bien se miran estas cualidades definitorias del vocablo, la tarea de *ser imparcial* es asaz difícil, pues exige absoluta y aséptica¹⁰ neutralidad¹¹, que debe ser practicada en todo supuesto justiciable con todas las calidades que el vocablo involucra¹².

⁶ Se entiende por *prejuicio* la acción y efecto de *prejuizar*. Y este vocablo significa "juzgar antes de tiempo o sin conocer adecuadamente el tema".

⁷ Cual la que obligaban tener a los jueces los códigos nazi y ruso soviético.

⁸ Refiero a lo que es distante, lejano o apartado de algo.

⁹ Ya se verá oportunamente que esto se encuentra prohibido desde hace siglos.

¹⁰ Si bien la voz *asepsia* significa *ausencia de materia productora de descomposición o de gérmenes que pueden producir infecciones o enfermedades*, por extensión se dice que *aseptico* es quien *no muestra ninguna emoción ni expresa sentimientos*.

¹¹ Es la actitud o comportamiento del que no se inclina por ninguna de las dos partes que intervienen en un enfrentamiento ni las beneficia ayudando a forzar la solución pretendida por una de ellas.

¹² Insisto vehementemente en esto por cuanto los jueces del sistema inquisitivo sostienen siempre —y con absoluta buena fe— que actúan con una *imparcialidad funcional* que nada tiene que ver con la *imparcialidad personal* o *espiritual* que, de existir, no empañan a aquélla. Frase similar se lee en *Los miserables*, dicha por el Inspector

2) El principio de igualdad de las partes.

Esencialmente, todo proceso supone la presencia de dos sujetos (carácter *dual* del concepto de parte, ver el Capítulo 15) que mantienen posiciones antagónicas respecto de una misma cuestión (pretensión y resistencia).

Ya se ha visto recurrentemente en esta obra que si ello no ocurre se está ante un simple procedimiento y no ante un proceso.

Si la razón de ser del proceso es erradicar la fuerza ilegítima de una sociedad dada y, con ello, igualar jurídicamente las diferencias naturales que irremediablemente separan a los hombres, es consustancial de la idea lógica de proceso el que el debate¹³ se efectúe *en pie de perfecta igualdad*¹⁴.

Tan importante es esto que todas las constituciones del mundo consagran de modo expreso el *derecho de igualdad ante la ley*, prohibiendo contemporáneamente algunas situaciones que implican clara desigualdad: prerrogativas de sangre y de nacimiento, títulos de nobleza, fueros personales, etcétera, y admitiendo otras que permiten paliar la desigualdad: el libre acceso a los tribunales de quienes carecen de los medios económicos suficientes para ello, etcétera.

En el campo del proceso, igualdad significa *paridad de oportunidades y de audiencia*; de tal modo, las normas que regulan la actividad de una de las partes antagónicas no pueden constituir, respecto de la otra, una situación de ventaja o de privilegio, ni el juez puede dejar de dar un tratamiento absolutamente similar a ambos contendientes.

La consecuencia natural de este principio es la regla de la *bilateralidad* o *contradicción*: cada parte tiene el irrestricto derecho de ser oída respecto de lo afirmado y confirmado por la otra.

Javert para justificar su tenaz persecución al desgraciado Jean Valjean: cuando el policía descubre que no es así, se suicida.

¹³ Insisto recurrentemente en que el debate procesal es *lucha*, no un paseo alegre y despreocupado de las partes tomadas de la mano y caminando por el parque. Por tanto, los contendientes —protagonista y antagonista— no están interesados en la búsqueda de la verdad —cual lo afirma ilustre tratadista— ¡sino en *ganar* en lo pretendido o en lo resistido!

¹⁴ Si no se acepta la imprescindible necesidad que tienen ambas partes de discutir en situación de exacta igualdad jurídica y, por tanto, se mantiene en el proceso la natural desigualdad humana, ¿para qué hemos adoptado el proceso como método de debate? ¿No es ello una simple hipocresía? ¿No es más fácil y honesto continuar la antigua tradición del uso de la fuerza?

En otras palabras: igualdad de ocasiones de instancias de las partes. Si esto no se respeta habrá una simple *apariencia de proceso*. Pero nunca un verdadero proceso, tal como lo concebimos en esta obra acorde con el mandato constitucional.

3) El principio de transitoriedad del proceso.

Nadie puede dudar de que el proceso es un remedio para solucionar los conflictos que ponen en peligro la convivencia armónica de quienes integran una sociedad.

Pero ello no significa que constituya un bien en sí mismo: cuando alguien está afiebrado se sabe que la temperatura bajará ingiriendo aspirina en la dosis necesaria que, de ser excedida, puede ocasionar una nueva enfermedad.

Lo mismo sucede con el proceso: su duración como medio de debate debe estar adecuadamente equilibrada para lograr que actúe como remedio sin ocasionar un nuevo conflicto.

De ahí que todo proceso deba ser necesariamente *transitorio*, significando ello que alguna vez ha de terminar, sin posibilidad de reabrir la discusión ya cerrada.

La serie procedimental puede ser más o menos dilatada en el tiempo; pueden sucederse o no varios grados de conocimiento judicial. Pero es imprescindible que en algún momento se le ponga punto final que sea definitivo para todos: partes y juzgador¹⁵.

Y ésta es una directiva fundamental del sistema: toda normativa procedimental debe estar regulada en orden a lograr —y lo antes posible— la terminación del proceso, al efecto de lograr el aquietamiento de las pasiones enardecidas.

4) El principio de eficacia de la serie procedimental.

Para que el proceso pueda funcionar como adecuado medio de debate es imprescindible que la serie consecencial que lo instrumenta sea apta para que en ella se desarrolle armónicamente el diálogo querido por el legislador.

¹⁵ Una de las grandes conquistas de la humanidad es la legislación que hace *definitivo* a todo sobreseimiento.

Para que una serie procedimental sea eficaz a este efecto, debe estar constituida por los pasos ya enunciados varias veces en el curso de esta obra: afirmación, negación, confirmación y alegación.

Faltando uno solo de ellos la serie se vuelve definitivamente ineficaz. Ya abundé sobre ese tema en esta obra, al sostener que la eliminación de la etapa de la alegación en la mayoría de los trámites legislados en la actualidad —so pretexto de que hay que acelerar el final del proceso— conspira no sólo contra la seguridad jurídica sino también contra el concepto constitucional de *debido proceso*.

5) El principio de moralidad procesal.

Si la razón de ser del proceso es erradicar toda suerte de fuerza ilegítima de una sociedad y evitar que todos hagan justicia por mano propia, no puede siquiera concebirse que el legislador norme un medio de debate en el que pueda ser utilizada la fuerza bajo la forma de aviesa arteria o traición.

De ahí que la regla moral ha de presidir siempre el desarrollo del proceso y el de los actos procedimentales que lo componen, al igual que debe hacerlo en todos los demás actos de la vida jurídica¹⁶.

¹⁶ Pero atención: *prohibiendo portarse mal*, no obligando a las partes a portarse bien. Que son cosas muy diferentes, por cierto. A propósito de esto y como demostración de tal aserto, recuerdo el tenor de un cuento que tengo por auténtico: una fría tarde del invierno en el Vaticano se encuentran en la antesala papal el prior de los dominicos y el superior de los franciscanos. Los dos quieren consultar al Papa, pues tienen idéntico problema a resolver: sus respectivos monjes quieren fumar y no saben si pueden hacerlo.

Entra primero el dominico a la sala papal y al rato sale alborozado: el Santo Padre le ha dicho que sí.

De inmediato ingresa el franciscano y poco después sale abrumado y con sensación de derrota: el Papa le ha dicho que no.

Y se entristecía el franciscano pensando en cómo era posible que el Papa, que es todo justicia, ponderación, prudencia y sabiduría, pudiera dar respuestas diferentes a idéntico problema.

Frente a ello, el dominico preguntó:

—“Hermano, ¿qué fue lo que le dijiste al Santo Padre?” Y la respuesta:

—“Pues [...] le pregunté si era posible que mis monjes fumaran cuando rezaban. Y ya sabes que me dijo que no, pues lo consideró una falta de respeto”. A lo cual replicó el dominico:

—“Ah, hermano [...] yo hice otro planteo: pregunté si era posible que mis monjes

Hasta aquí la enunciación de los principios procesales, que instrumentan directivas *unitarias* (no admiten otras antagónicas), carácter que los diferencia de las *reglas* que se expondrán en el número siguiente, que siempre se presentan con la calidad de *binarias*.

La importancia de esta concepción radica en la circunstancia de que *un proceso sólo es tal cuando se desarrolla conforme a la totalidad de los principios enunciados*.

Insisto en ello: si el juzgador no es imparcial, o las partes no actúan en pie de igualdad, o si la actividad de procesar no tiene un punto final predeterminado, o si la serie adoptada para su desarrollo no es eficaz para efectuar el debate o, finalmente, si la discusión se realiza al margen de la regla moral, se estará ante un simple procedimiento y *nunca ante un proceso*, cuya razón de ser es lograr el mantenimiento de una perpetua paz social.

Ello significa que, no obstante tener la denominación de tal, su resultado no podrá ganar jamás los efectos propios del caso juzgado.

A tan importante conclusión ha llegado la Corte Suprema de Argentina al anular una sentencia ejecutoriada —imposible de pensar hasta ese entonces— por haber sido emitida en *una parodia de proceso* (que no respetó en el caso los dos primeros principios antes enunciados)¹⁷.

3. LAS REGLAS TÉCNICAS DEL DEBATE PROCESAL

Al plantear el problema que presenta este tema (ver punto 1 de este Capítulo), he reseñado la corriente doctrinal que denomina como *principios* a ciertas cosas que no lo son.

En el número anterior ya he establecido qué es un principio, afirmando que siempre ostenta un carácter *unitario* y que, sin su presencia efectiva, no puede hablarse seriamente de proceso.

rezaran mientras estaban fumando. Y no sólo me dijo que sí, sino que era aconsejable que lo hicieran”.

Como se ve, hay formas y formas de decir: no es lo mismo rezar fumando que fumar rezando: es claro que las frases no significan lo mismo. Igual ocurre con obligar a litigar de buena fe y con prohibir hacerlo de mala fe.

¹⁷ Ver el conocido caso “Campbell Davidson c/Provincia de Buenos Aires”, fallo del 19-2-71, publicado en *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* 279:59. También en la revista jurídica *El Derecho*, vol. 36, p. 290.

Toca ahora señalar que existen otras líneas directrices que se presentan siempre e invariablemente en forma *binaria* o como *pares antinómicos*, al decir de un talentoso jurista oriental.

Y es que cada una de las preguntas formuladas al comienzo de este Capítulo respecto del debate judicial —en rigor, acerca del procedimiento y no del proceso— admite *siempre* dos respuestas antagónicas (oralidad o escritura; mediación o inmediatez, etcétera)¹⁸.

Cuando el legislador opta por una de ellas desplaza automáticamente a la otra, en razón de que no pueden coexistir (existir al mismo tiempo) actitudes que se excluyen (es imposible hacer y no hacer al mismo tiempo).

Esto no implica que no puedan *sucederse* en etapas diversas del proceso (por ejemplo, una es escrita y la siguiente oral).

A estas líneas directrices les asigno la denominación de *reglas técnicas del debate procesal* y, por razones obvias, ostentan una importancia sensiblemente menor que la de los principios: sin éstos no hay proceso; pero habiéndolo, poco importa ontológicamente que el medio de expresión ante el juzgador sea la oralidad o la escritura, por ejemplo, en tanto que la respectiva regla no desnaturalice la esencia misma del proceso.

La antinomia que presentan todas las reglas de debate se correlaciona con la incompatibilidad existente entre los sistemas dispositivo e inquisitivo.

De tal modo, habitualmente los componentes de cada par antinómico se corresponden con uno de los sistemas procesales (por ejemplo, la publicidad es propia del sistema dispositivo; el secreto, del inquisitivo). Pero ello no hace a la esencia misma de las cosas.

En razón de haber negado anteriormente en esta obra el carácter de proceso al método de discusión que se desarrolla de acuerdo con la

¹⁸ Acá es donde puede verse con claridad la esencia *unitaria* de los principios: si se arman con ellos pares antinómicos —cual acabo de hacerlo con las reglas procesales— habrá que presentar una idea antagónica de la que encierra cada principio. Y así, habrá que optar entre *la igualdad y la desigualdad* de las partes, entre *la imparcialidad y la parcialidad* del juzgador, entre *la moralidad y la inmoralidad* del debate, etcétera. ¿Puede concebirse dislate mayor? ¿Se comprende el por qué resulta menester hacer la distinción entre principios y reglas?

filosofía que impera en el sistema inquisitivo, enunciaré ahora sólo las principales reglas técnicas de debate en orden a lo que universalmente se considera que es un debido proceso.

Las reglas que corresponden al tema se relacionan:

- con el medio de expresión en el proceso;
- con sus formalidades;
- con su coste y rapidez de solución;
- con su publicidad;
- con el orden de la discusión;
- con el desarrollo de la serie;
- con la deducción de defensas y proposición de medios de confirmación y la utilización de sus resultados, y
- con la presencia efectiva del juzgador durante su tramitación.

Veamos ahora las reglas que se corresponden con cada uno de estos problemas.

1) Oralidad o escritura.

La regla opera según que se utilice la palabra oral o escrita para efectuar cada una de las actuaciones que requiere el desarrollo de la serie procedimental.

A los fines de respetar la esencia de la idea de proceso, tan válida es una como la otra¹⁹.

¹⁹ La afirmación no es pacífica en la doctrina: un conocido autor argentino proclama que si el juicio no es oral no se respeta la garantía constitucional del debido proceso, pues surge implícito de la Carta magna que el sistema acusatorio debe ser necesariamente oral. No comparto la idea y afirmo rotundamente lo contrario: un juicio escrito es suficiente garantía si se cumple escrupulosamente con la vigencia de los principios procesales, en especial los que refieren a la igualdad de los parciales y a la imparcialidad del juzgador. De cualquier forma, es claro que la doctrina insiste de modo recurrente y desde hace años con la oralidad al pregonar que es el mejor método de enjuiciamiento y que, por tanto, cabe sostener con verdadero fundamentalismo la bandera *oralidad o muerte!* levantada en aquella inolvidable polémica de los años '60 que se tituló *tinta versus saliva*.

Por mi parte, a esta altura de la vida y después de haber pasado años en esa misma exacta tesitura, no tengo ya tan claro el panorama. Sucede que en mi experiencia judicial he podido actuar casi cuatro años como juez del sistema oral (integrando un *Tribunal Colegiado de Juicio Oral* de instancia única en cuanto a los hechos en materias civiles tales como divorcio, filiación, accidentes de tránsito, etcétera), y más de veintisiete en el sistema escrito con la más amplia competencia civil, tanto en primero como en

Habitualmente se vincula a la oralidad con la inmediación y con la celeridad, en tanto que la escritura es relacionada con la regla de la mediación procesal y con la morosidad judicial.

segundo grado de conocimiento. En mi actuación oralista aprendí allí que *no es oro todo lo que reluce* y que el sistema es mucho más vulnerable que el escrito.

En rigor, el problema que seguidamente relataré deriva de confundir *oralidad* con *instancia única*. Volveré pronto sobre la oralidad. Pero antes, las críticas a ella tal como se presenta en la actualidad, concebida como propia y específica de la única instancia.

Sin extenderme demasiado sobre el tema, presento algunas pocas reflexiones a modo de ejemplo:

a) la oralidad exige una cultura extrajudicial a los jueces: la de no levantarse de sus sillas mientras se desarrolla el proceso. Como en general nadie ostenta tal *cultura traserá*, muchas veces hay tan grande movimiento de jueces en la sala mientras declaran los testigos, peritos, etcétera, que es imposible cualquier deliberación entre los juzgadores antes de dictar la sentencia, pues ninguno ha visto u oído lo mismo que los otros. Con lo cual se vulneran varias reglas de juzgamiento.

b) En la Argentina no se tiene la cultura de la *deliberación* (en el exacto sentido de reflexión o meditación conjunta) por lo que, en general, los juzgadores no deliberan. A lo sumo, escriben sus opiniones (*votos*) y los hacen circular entre los restantes integrantes de un tribunal, con lo cual cae la esencia misma de la colegiación en la única instancia: el intercambio de opiniones. Esto es lo que parecería suceder en el seno de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, pues la enorme mayoría de sus pronunciamientos se muestran como una sumatoria de votos muchas veces desvinculados entre sí, de ampliaciones de votos y de disidencias parciales que casi nunca conforman las necesarias mayorías que le otorgan validez a los fallos. Si bien se mira en la colección de *Fallos*, la doctrina *Strada* no se respeta en el tribunal que la pergeñó.

c) Siempre predomina la personalidad de uno de los jueces por sobre la de los otros y, a la postre, termina imponiendo su decisión (¡adverta el lector cuán pocas disidencias existen en los fallos de los tribunales colegiados!).

d) Por mucho esfuerzo y dedicación que ponga un tribunal que desea hacer las cosas bien, no alcanza a tomar más de dos audiencias de vista de causa (con producción de toda la prueba) por día hábil judicial. Si el año cuenta con doscientos días hábiles y no se pierde uno solo de ellos (es decir: jamás se enferma un juez, funcionario, litigante o testigo y *todos* los días se toman *todas* las audiencias, cosa que es material y matemáticamente imposible) un Tribunal soporta la emisión de cuatrocientas sentencias por año. No más. La experiencia indica que un número igual de pleitos se disuelve por medios autocompositivos. Por tanto: un Tribunal en serio admite sólo ochocientos expedientes por cada año calendario. Con diez más, entra en mora. En mi ciudad —con un millón de habitantes— ese número se duplica o triplica y, entonces, las audiencias de vista de causa se convocan a dos o tres años vista. ¿Parece serio el sistema? Cuando hago estos cálculos en público, me responden invariablemente que el problema lo genera el escaso número de Tribunales, que deberían ser muchos más. Y yo replico: ¿a qué coste? ¿Con qué presupuesto en los países latinoamericanos?

e) Al ser de *instancia única*, las sentencias de estos tribunales no admiten recurso

Algo hay de cierto en ello: la escritura permite un cúmulo de corrup-telas que difícilmente se presenta cuando se aplica la regla de la ora-

de apelación sino sólo de casación, con lo cual no se cumplen expresas previsiones de pactos internacionales (tal como se verá en el Capítulo 30) y se generan muchas injusticias.

f) Por último, y sin pretender agotar las críticas —que admiten un número mayor que el aquí señalado— destaco lo que más me aflige del sistema: la posibilidad de que los jueces juzguen por la *cara o aspecto* de los litigantes..., cosa que he visto hacer en muchas ocasiones. Para remarcar este tema, transcribo a continuación parte de un cuento del cronista guatemalteco Enrique Gómez Carrillo, relatando un modo de juzgamiento en *El Japón heroico y galante*:

“...El magistrado Itakura Sihheidé tenía la costumbre de presidir su tribunal escondido detrás de un biombo (esto recuerda a los jueces sin rostro de Colombia pero no tiene nada que ver con ellos) y de moler té con los dedos durante las audiencias.

—“¿Por qué haces eso?” preguntó un día el daimyo (señor feudal del lugar).

“Y el buen juez le contestó:

—“La razón que tengo para oír las causas sin ver a los acusados, es que hay en el mundo simpatías, y que ciertas caras inspiran confianza y otras no; y viéndolas estamos expuestos a creer que son palabras honradas las del que tiene rostro honrado, mientras no lo es la palabra del que tiene rostro antipático. Y tan cierto es esto que, antes de que abran la boca los testigos, ya pensamos con sólo verlos: éste es un malvado, éste en un buen hombre. Pero luego, durante el proceso, se descubre que muchos de los que nos causan mala impresión, son dignos de cariño y, al contrario, muchos de los que lucen agradables son de verdad inmundos. Por otra parte, yo sé que comparecer ante la justicia —aun cuando se es inocente— resulta una cosa terrible. Hay personas que, viéndose frente al hombre que tiene su suerte en las manos, pierden toda la energía y son incapaces de defenderse y, así parecen culpables sin serlo».

El daimyo exclamó:

—“Muy bien. Pero ¿por qué te entretienes en moler el té?”

—“Por esto que voy a responderte», murmuró el juez. Y le dijo:

—“Lo más indispensable para juzgar es no permitir a la emoción dominarnos. Un hombre de verdad bueno y no débil, no debe emocionarse nunca; pero yo no he logrado aún tanta perfección y, así, para asegurarme de que mi corazón está tranquilo, el medio que he encontrado es moler té. Cuando mi pecho está firme y tranquilo, mi mano también lo está, y el molino va suavemente y, así, el té sale bien molido. Pero, en cambio, cuando veo salir el té mal molido, me guardo de sentenciar»”.

No digo que este procedimiento sea bueno. Pero cuánta razón tiene el juez del relato en orden a cómo engañan los rostros de los litigantes y la belleza de ciertos testigos... Si se separa, entonces, el concepto de *oralidad* del de *instancia única* (que ya se ha visto no comparto en su actual matrimonio legal), creo que puede asegurarse un procedimiento eficaz por medio del juicio oral ante un juez unipersonal con apelación ante un superior jerárquico. Para ello, todo lo que cabe hacer es asegurar una adecuada registración de todo lo actuado en el juicio, *el acta del acto*, a la cual se aludirá en los Capítulos 13 y 20 (¿por qué no una filmación, con lo económico que ella sale y con lo sencillo que resulta hacerla?).

lidad. Pero la regla también opera al contrario, como puede verse en la nota a pie de página, punto f).

2) Libertad o legalidad de formas.

El tema apunta a señalar a la mayor o menor potestad que tienen las partes para establecer por sí mismas cómo han de desarrollar el curso procedimental del trámite de la serie.

En el mundo moderno coexisten ambas reglas: en el arbitraje privado, por ejemplo, opera plenamente la que pregona la libertad de las formas (las partes pueden pactar lo que deseen acerca del método de discusión: dónde, cómo, cuándo y ante quién lo harán); en las distintas legislaciones en general predomina la regla de la legalidad (obviamente aplicable de modo estricto en materia penal), bajo cuya vigencia las partes deben atenerse necesariamente a las normas de trámite preestablecidas por el legislador.

Sin embargo, y dependiendo ello del mayor o menor grado de totalitarismo que exhiba un código dado, se permite siempre a las partes disponer convencionalmente acerca de ciertas normas que regulan la actividad de procesar (por ejemplo, pueden ampliar plazos para contestar demandas o excepciones, ofrecer medios de confirmación, alegar, etcétera).

Como se ve, esto refiere puntualmente al tema relativo al carácter del derecho procesal que ya he tratado en el Capítulo 2.

3) Economía procesal.

Doctrinalmente es difícil determinar el ámbito de aplicación de esta regla.

Tal imprecisión viene de la simple circunstancia de que la *economía* no implica solamente la reducción del coste del proceso sino también la solución del antiguo problema del alargamiento del trámite, la supresión de tareas inútiles y, en definitiva, la reducción de todo *esfuerzo* (cualquiera sea su índole) que no guarde adecuada correlación con la *necesidad* que pretende satisfacerse.

De allí que los autores que se refieren al tema en cuestión aborden una variedad de aspectos que van desde la ociosidad de ciertos actos procesales hasta el estricto problema del coste crematístico del proceso.

En rigor de verdad, ciertos temas que aquí se estudian deben ser absorbidos por otra regla que ostenta denominación específica: la *celeridad procesal*.

De allí que ahora me concrete a hablar de los gastos que insume el proceso.

El ideal de gratuidad del servicio de justicia que priva en el mundo moderno no se corresponde con lo ocurrido en épocas pasadas: muchas veces se ha encarecido severamente el acceso al proceso como forma de disminuir un elevado índice de litigiosidad²⁰.

Tan importante es el problema que gran número de constituciones políticas de la actualidad aseguran un efectivo servicio de justicia económico a fin de no vedar a los particulares el auxilio judicial por carencia del dinero necesario.

Y es que una constatación incuestionable inicia cualquier planteo sobre el tema: *todo proceso insume gastos*. Y ello no puede evitarse jamás, como no puede soslayarse el coste de cualquier servicio.

De ahí que el problema que genera el estudio de esta regla ya no pasa por la onerosidad del proceso sino por decidir de manera equitativa *quién debe hacerse cargo de ella*.

Por supuesto, la respuesta es también alternativa: los propios litigantes (beneficiarios directos del servicio) o el conjunto de la comunidad (beneficiarios eventuales).

La adopción de una u otra respuesta es producto de aplicar una pauta política que, como tal, es contingente.

De esta forma, habrá que buscar en cada legislación en concreto el régimen que adopte al respecto.

Volveré sobre el tema en el Capítulo 29.

4) *Celeridad*.

Esta regla indica que el proceso debe tramitar y lograr su objeto en el menor tiempo posible, por una simple razón ya apuntada con exactitud por el maestro Couture:

²⁰ También puede ocurrir ello por efecto del voraz apetito fiscal, todavía vigente en numerosas provincias argentinas en las cuales el litigio se vuelve casi imposible para el hombre medio.

"En el proceso, 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".

Una simple lectura de los ordenamientos legales vigentes revela que el legislador americano no ha comprendido el problema recién señalado: en la actualidad se asiste a un fenómeno complejo que se presenta en todas las latitudes y que se denomina universalmente *crisis de la justicia*. Tales causas pueden agruparse convenientemente con diferentes ópticas:

- orgánicas²¹;
- normativas²²;

²¹ Porque estoy convencido de que la crisis judicial es consecuencia de que su funcionamiento no es sistémico, y aunque parezca marginal respecto de la línea expositiva de la obra, creo importante remarcar que entre las causas *orgánicas* de tal crisis pueden mencionarse: 1) la defectuosa regulación de la actuación del Poder Judicial por parte de las leyes que lo reglamentan; 2) la notable incoherencia que existe entre las leyes procesales heredadas de España y la Constitución, que sigue el modelo norteamericano; 3) la ausencia -hasta hoy- de un adecuado sistema de designación de jueces; 4) la defectuosa regulación de la competencia judicial; 5) la existencia de excesivos grados de conocimiento; 6) la inexistencia de juzgados que entiendan eficientemente en los litigios de menor cuantía, solucionándolos expeditamente.

²² Entre las causas *legales* o *normativas* pueden ser mencionadas: 1) la defectuosa regulación-procedimental de elevado número de tipos de juicio; 2) la falta de comprensión por el legislador de lo que es un *debido proceso* como objeto de una instancia bilateral (y, a raíz de ello, la normal ruptura del principio de igualdad de las partes procesales; la instauración del deber legal de búsqueda de la verdad real; la indebida regulación de los principios procesales, confundidos con las reglas de procedimiento; la falta de definición coherente de las funciones del juez y de las de las partes, etcétera); 3) la existencia de elevado número de tipos procedimentales y la enorme disimilitud de plazos procesales, defensas oponibles y medios de impugnación existentes en cada uno de ellos; 4) el deficiente manejo de la oralidad en su adopción sólo por tribunales de instancia única; 5) la excesiva duración de los trámites procedimentales; 6) la excesiva intervención del Ministerio Público en asuntos que esencialmente no le conciernen; 7) la aplicación del principio de legalidad en materia penal, con una política criminal marginada del tiempo que se vive; 8) la hiperinflación legislativa que, para colmo, contiene normas oscuras, mal redactadas y sin técnica específica suficiente y generadoras de *microsistemas legales*, cuyo articulado o lógica interna contradicen al sistema general y se convierten en *cuerpos extraños*, obligando a la tortura de interpretaciones

- sociológicas²³;
- económicas²⁴;
- políticas²⁵;

contradictorias, creando dudas respecto de la legislación realmente aplicable a un caso y posibilitando infinitos planteos de inconstitucionalidad.

²³ Entre las causas *sociológicas* cabe mencionar a: 1) la existencia de una justicia posmoderna *light*, de tipo utilitario; 2) la notable influencia en la sociedad de los medios televisivos, lo que ha generado un inusual *vedettismo* judicial; 3) la falta de ejemplaridad de la conducta de algunos jueces, etcétera; 4) la inadecuación del sistema legal con lo que hacen sus destinatarios; 5) la existencia de demasiados abogados, con notable caída del nivel académico profesional generado por una permisiva obtención de títulos académicos que autorizan, sin más, el total ejercicio de la abogacía; 6) la falta de credibilidad del pueblo en general en su judicatura, con la plena certidumbre de los particulares de que no comparecen ante los tribunales *iguales en poder* sino *desiguales en su poder económico y político*; 7) idéntica falta de credibilidad respecto de los abogados, muchos de los cuales practican impunemente la utilización de conducta procesal maliciosa; 8) la adopción en las sentencias de un lenguaje críptico y esotérico, que las hace incomprensibles para sus verdaderos destinatarios; 9) la ausencia de control de los jueces por parte de sus superiores; 10) la excesiva litigiosidad actual; 11) el excesivo coste del servicio judicial; 12) la falta de contracción al trabajo de muchos funcionarios judiciales; 13) la intromisión de muchos jueces en cuestiones de específica competencia de otros poderes del Estado.

²⁴ Entre las causas *económicas* cabe mencionar: 1) la endémica reducción presupuestaria del Poder Judicial, con la consiguiente carencia de adecuada infraestructura; 2) la carencia de informatización del movimiento de expedientes; 3) el escaso material existente en las bibliotecas de los tribunales; 4) la permanente escasez de personal y el mantenimiento de estructuras básicas prácticamente similares a las que estaban en vigencia en el año de 1930; 5) la excesiva desproporción entre la cantidad de asuntos justiciables que ingresan cada año judicial y el número de jueces existentes para resolverlos; 6) el mal aprovechamiento de los presupuestos de los Poderes Judiciales, destinados en enorme proporción a sufragar sueldos y no a hacer inversiones de base, etcétera.

²⁵ Entre las causas *políticas* cabe mencionar: 1) la permanente comprobación de que el Poder Judicial no actúa como un verdadero poder de control de los demás Poderes del Estado; 2) el recurrente sometimiento financiero que le imponen al Judicial los otros dos Poderes mediante la reducción presupuestaria a límites intolerables; 3) la notable injerencia de los poderes políticos en el sistema judicial mediante sistemas de designación de jueces y funcionarios menores; 4) el desajuste interno del Poder por la influencia de los medios de comunicación; 5) los excesivos problemas gremiales que se han dado en las últimas décadas; 6) los diversos problemas aislados que afectan la estructura del Poder: falta de utilización de los mecanismos de control, sanción y exclusión por parte de los Tribunales superiores respecto de los jueces y funcionarios inferiores; el recurrente y endémico problema que genera la designación de parientes y afines de los jueces en las distintas oficinas judiciales, creando las imaginables situaciones de tensión y de compromiso (este problema ha sido denunciado recientemente en valiente obra titulada *La sagrada familia*, publicada en Córdoba respecto de la justicia federal de esa provincia);

- culturales²⁶, y
- burocráticas²⁷.

No obstante ello, resulta razonable aceptar la hipótesis de la regla contraria —los procesos no deben tramitar rápidamente— como otra forma de desanimar a los particulares que piensan litigar. Pero ello es impensable en el mundo actual; de allí que en todas partes se pregone y procure la vigencia plena de esta regla.

5) Publicidad.

Esta regla, propia del sistema dispositivo o acusatorio, indica que el desarrollo de la serie procedimental debe hacerse públicamente, en presencia de quien esté interesado en el seguimiento de su curso.

Salvo en casos excepcionales que, por motivos superiores, aconsejan lo contrario (por ejemplo, litigios en los que se ventilan problemas íntimos familiares), la publicidad es un ideal propio de todo régimen republicano de gobierno.

la recurrente designación de funcionarios judiciales afines políticamente al partido de turno en el gobierno; la atribución legal de tareas de superintendencia a jueces en actividad que no se hallan preparados al efecto y que, con ello, logran grave resentimiento de la eficiencia de sus labores específicamente judiciales, etcétera.

²⁶ Entre las causas *culturales* cabe mencionar: 1) la escasa preparación jurídica de muchos jueces, que ingresan muy jóvenes y sin base suficiente al Poder Judicial; 2) la pertinaz y antigua negativa de las autoridades políticas y judiciales de crear y organizar una verdadera *Escuela Judicial* cuyo tránsito sea obligatorio para ingresar, ascender y permanecer en los cuadros del Poder; 3) la insuficiente preparación de los abogados en las Universidades en general, en las cuales no se enseñan asignaturas propias y específicas de la función: redacción de sentencias, control de eficiencia en la gestión judicial, dirección de personal, etcétera; 4) la carencia de cursos obligatorios y periódicos de actualización profesional para jueces y funcionarios; 5) el marcado desinterés de los magistrados en general para lograr una adecuada preparación en sus menesteres específicos; 6) la falta de capacitación de funcionarios menores y empleados; 7) la evidente falta de formación educativa de la ciudadanía en general, que la hace carecer de conocimientos respecto de cómo debe funcionar republicánamente el Poder Judicial.

²⁷ Entre las causas *burocráticas* cabe mencionar: 1) existencia de demasiadas oficinas que se retroalimentan con el cruzamiento de los más diversos trámites; 2) cada juzgado actúa como unidad única de gestión, repitiendo y multiplicando la misma función del juzgado que está al lado; 3) la notable pérdida de la eficiencia en el expediente judicial; 4) el predominio de la labor de la oficina por sobre la labor personal del juez; 5) la notable delegación en funcionarios inferiores de las tareas que le competen al juez con carácter exclusivo; 6) la ineficacia final que genera la tarea de controlar todo lo delegado; 7) la recurrente distribución deficiente de los recursos humanos.

En general, las legislaciones del continente aceptan esa regla de modo expreso, indicando que los jueces sólo pueden hacer *secrēta* una actuación en casos verdaderamente excepcionales y siempre por resolución fundada.

Por supuesto, el secreto no puede regir respecto de las propias partes en litigio, toda vez que ello generaría la indefensión de por lo menos una de ellas.

6) Preclusión.

La idea lógica de proceso implica el necesario desarrollo de una serie cuyos componentes deben ser cumplidos en un cierto orden establecido por la ley o por la convención.

La regla procesal que se adecua a esta idea se conoce en doctrina con la denominación de *orden consecutivo* y de ella se deriva que cada elemento de la serie debe preceder imprescindiblemente al que le sigue.

Como todo el desarrollo de la serie procedimental tiene una duración temporal —no importa al efecto cuán dilatada sea— debe establecerse en la normativa que la rige un cierto plazo para efectuar cada uno de los pasos necesarios para llegar a su objeto.

En la alternatividad de las respuestas jurídicas, el legislador puede optar por dos soluciones diferentes: permitir o no el retroceso de los pasos que exige el desarrollo de la serie.

En otras palabras: posibilitar que las partes insten cuando lo deseen (regla del *libre desenvolvimiento* o de la *unidad de vista*) o que lo hagan sólo y exclusivamente dentro del plazo prefijado al efecto (regla de la *preclusión*).

En todo proceso con trámite escrito y en algunos orales que se desarrollan con total formalismo, cada parte tiene *una sola oportunidad* para instar en cada una de las fases que componen la serie.

Y aquí juega en toda su extensión el concepto de *carga* ya visto en el Capítulo 11: si no se realiza el acto respectivo *dentro* del plazo acordado al efecto, se pierde la posibilidad de hacerlo después (se veda el retroceso en la estructura de la serie: por ejemplo, si el demandado dispone de un plazo de diez días para contestar la demanda, debe cumplir la respectiva carga dentro de ese plazo, perdiendo definitivamente la posibilidad de contradecir luego de su vencimiento).

Pero en orden a lograr un desarrollo eficaz de la serie procedimental en un proceso regido también por las reglas de la economía, celeridad y perentoriedad, la preclusión no sólo debe operar por vencimiento del plazo acordado para ejercer un derecho o facultad procesal sino también de otras dos formas:

a) por el ejercicio de un derecho o facultad *incompatible* con el que está pendiente de ser realizado (por ejemplo, cumplir el mandato contenido en la sentencia durante el plazo vigente para impugnarla hace perder el derecho de impugnación), y

b) por el ejercicio válido de la facultad *antes* del vencimiento del plazo acordado al efecto (por ejemplo, contestar la demanda al segundo día cuando pendían diez para hacerlo, hace perder el derecho de mejorar o cambiar —aún en el resto del plazo— las defensas esgrimidas).

La adopción por el legislador de la regla de la preclusión lo lleva a otra alternativa, que se verá seguidamente.

7) Perentoriedad.

Un plazo acordado para cumplir una carga procesal puede vencer automáticamente por el mero transcurso del tiempo sin que aquélla sea cumplida o, por lo contrario, precisar de una nueva instancia de quien se benefició a raíz del incumplimiento.

Esto genera las reglas de *perentoriedad* y de *no perentoriedad* que aparecen —una u otra— en las distintas legislaciones vigentes.

La tendencia doctrinal es la adopción de la regla de la perentoriedad, que se adecua más que su antinómica a otras ya vistas precedentemente: la economía y la celeridad.

Sin embargo, en un foro que se prevalece de la arteria —cual los nuestros en la actualidad— es mejor el sistema contrario, pues posibilita un mejor ejercicio del derecho de defensa. Yo participo de esta idea.

8) Concentración.

Otra regla que se relaciona con el orden de la discusión es ésta, que indica que la serie procedimental debe desarrollarse íntegramente en un mismo acto o en el menor número posible de éstos que, además, deben estar temporalmente próximos entre sí.

La regla es plenamente compatible con la de la oralidad, en tanto que su par antinómico —la *dispersión*— se adecua a la regla de la escritura. Sin embargo, las legislaciones que adoptan la escritura como forma de expresión en el proceso, norman también que la producción de los medios de confirmación debe efectuarse lo más concentradamente posible.

9) Eventualidad.

La adopción de la regla que establece un *orden consecutivo con carácter preclusivo* para la presentación de las instancias (ver *supra*, el # 6) lleva aneja la imposibilidad de retrogradar el desarrollo de la serie.

Por esta razón, todas las defensas que deba esgrimir una parte procesal han de ser propuestas en forma *simultánea* (y no sucesiva) —una *ad eventum* de la otra— a fin de que si la primera es rechazada por el juez pueda éste entrar de inmediato a considerar la siguiente.

Ésta es la regla de la *eventualidad* que se aplica irrestrictamente a las afirmaciones, defensas, medios de confirmación, alegaciones e impugnaciones, cuando se intenta lograr un proceso económico y rápido.

10) Inmediación.

Esta regla indica la exigencia de que el juzgador se halle permanente y personalmente en contacto con los demás sujetos que actúan en el proceso (partes, testigos, peritos, etcétera) sin que exista entre ellos algún intermediario.

Esto tiene fundamental importancia respecto de los medios de confirmación y, como es obvio, exige la identidad física de la autoridad que dirige la actividad de procesar y de la que sentencia el litigio. Sin embargo, cabe reconocer que, definitivamente, es imposible su cumplimiento y que exigirlo al juez en la producción de todo medio probatorio en todos los expedientes que tramitan en todos los juzgados es colocarlo en un precipicio por el cual es muy difícil y sumamente peligroso transitar.

El natural correlato de esta regla es el de la oralidad, pues estando vigente ésta, aquélla no puede ser soslayada.

11) Adquisición.

Esta regla indica que el *resultado* de la actividad confirmatoria desarrollada por las partes se adquiere definitivamente *para el proceso* y, por ende, para todos sus intervinientes.

Por virtud de su aceptación en un ordenamiento dado, la parte procesal que produce un resultado confirmatorio que le es adverso no puede desistirse (con lo cual podría mejorar la posición sustentada en el litigio).

12) Saneamiento.

Esta regla es compatible con la que indica que la *dirección del proceso* es ejercida por el juzgador (y no por las partes).

Cuando se la adopta en una legislación dada cabe otorgar al juez facultades suficientes para decidir *liminarmente* acerca de cuestiones *objetivamente improponibles* (las que carecen de todo respaldo legal)²⁸.

Esta regla, intrínsecamente buena, deja de serlo cuando es aplicada con criterio autoritario.

4. LAS REGLAS TÉCNICAS DE LA ACTIVIDAD DE SENTENCIAR

Estas reglas presentan características similares a las ya vistas precedentemente respecto de la actividad de procesar: siempre son *binarias* y se relacionan con distintos aspectos propios de la tarea de fallar el caso sometido a juzgamiento.

Éstos son: calidad y número de juzgadores, cantidad de grados de conocimiento, evaluación de los medios de confirmación, correspondencia entre lo pretendido y lo acordado en el juzgamiento, y aplicación de la norma jurídica que rige el caso justiciable.

En *razón* de que todas las alternativas que surgen de los temas recién mencionados tienen aceptación en algún código vigente en Améri-

²⁸ Hay clara diferencia entre *caso no justiciable* —en el cual el juez debe vedar el acceso al proceso (recordar que allí *no es posible accionar procesalmente*, ver el Capítulo 7)— y el caso *objetivamente improponible* por carecer de legislación que lo respalde en los exactos términos de la pretensión deducida. Creo que este último supuesto debe ser erradicado de toda normativa; caso contrario no podría el juez crear derecho para llenar lagunas de la ley, en los exactos términos del art. 16 del Cód. Civil.

²⁹ La doctrina inquisitiva propone agregar a este caso todos aquellos supuestos que puedan entorpecer o dilatar el desarrollo de la serie (incidentes notoriamente infundados) o hagan peligrar su eficacia (instancias defectuosas que pueden tornar nulo el proceso). Por cierto, esto es inaceptable en un sistema acusatorio y no inquisitivo, máxime cuando se debaten en un pleito intereses transigibles respecto de los cuales la voluntad de las partes es realmente soberana.

ca, seguidamente expondré el tópico a partir de la cuestión ya apuntada y no desde la propia denominación de la regla, como lo he hecho en el número anterior.

1) *Calidad de los juzgadores.*

La primera cuestión que se plantea gira en torno de la pregunta: ¿quién debe sentenciar?

Dos soluciones aparecen de inmediato: un *juez técnico* o un *juez lego*. Habitualmente estos últimos operan varios en conjunto y actúan con la denominación de *jurado*; es también el caso del *arbitrador* y del antiquísimo *juez de paz* de nuestras campañas³⁰.

En Argentina, no obstante que el juicio por jurados deviene imperativo desde la normativa constitucional³¹, existen *jueces técnicos* letrados (abogados).

La combinación de ambas reglas produce la formación de un tribunal *mixto* (pluripersonal) compuesto por jueces técnicos y jueces legos (escabinos).

2) *Cantidad de juzgadores.*

La segunda cuestión que se puede plantear se produce con la pregunta ¿cuántos jueces deben fallar un asunto determinado en el mismo grado de conocimiento?

La respuesta también es alternativa: uno (*juez unipersonal*) o varios (en número impar no menor de tres) (*tribunal colegiado*).

En Argentina, rigen las dos reglas: aunque la mayoría de los ordenamientos vigentes consagran la actuación de un juez unipersonal en el primer grado de conocimiento, ciertas provincias han adoptado para ello la regla de la colegiación para cierta categoría de asuntos justiciables.

El problema debe estudiarse juntamente con la siguiente cuestión.

³⁰ Que fallaba según el consejo de Sancho Panza cuando gobernaba la ínsula Barataria: *a verdad sabida y con buena fe guardada*.

³¹ El mandato constitucional proviene del año de 1853. Exactamente *ciento cincuenta y cinco años después* seguimos discutiendo acerca de *jurado sí o jurado no*. Es notable ver cómo se caldean los ánimos de quienes abogan por una u otra tesis en los congresos jurídicos que, cada vez en mayor medida, se ocupan del tema en la actualidad.

3) *Cantidad de grados de conocimiento.*

Nuevamente se presenta aquí otra alternativa: uno solo (*instancia única*) o varios (no menos de dos) (*instancia múltiple*).

Las dos reglas imperan en la Argentina: si bien la mayoría de los ordenamientos vigentes consagran un *doble grado de conocimiento* (ordinario) con juez unipersonal en el primero y tribunal colegiado en el segundo, algunas provincias legislan para ciertos asuntos un juzgamiento en única instancia ante tribunal colegiado.

Para ver cómo funcionan en algún lugar determinado las tres reglas reseñadas, el lector debe ocurrir a la respectiva ley organizativa del Poder Judicial.

Por mi parte, creo que la instancia única no sólo no es intrínsecamente buena (ver la nota 19 en este mismo Capítulo) sino que es inconstitucional por repugnar a lo normado en Pactos internacionales que la Argentina ha suscrito y adoptado con rango mayor al de la ley.

4) *Evaluación de los medios de confirmación.*

El tema genera dos opciones posibles para que sean adoptadas por el legislador: el valor confirmatorio de un medio cualquiera lo fija el propio legislador (sistema de la *prueba tasada* o *prueba legal* o *tarifa legal*) o queda sujeto a la convicción del juzgador, que debe (sistema de la *sana crítica*) o no dar explicaciones acerca de cómo falla un determinado asunto (sistema de la *libre convicción*).

Ya que el tema será tratado en el Capítulo 22, adelanto sucintamente por ahora que la regla de la *prueba tasada* o *legal* o *tarifada* indica que el legislador proporciona al juez —desde la propia ley— una serie de complejas reglas para que evalúe el material de confirmación producido en un litigio dado: por ejemplo, un contrato cuya cuantía excede una cierta cantidad no puede ser probado por testigos; la confesión de la parte releva de toda otra prueba; se requieren dos o más testigos con declaraciones acordes para tener por acreditado un hecho; etcétera.

La regla de la *convicción* tiene un contenido exactamente contrario al de la prueba tasada: el legislador no proporciona regla alguna para que el juzgador evalúe el material producido por la confirmación procesal y, antes bien, deja que juzgue en la forma que le indique su conciencia. Sólo que algunas veces no exige fundamentación razonada

del por qué se toma una decisión y no otra (*libre convicción*)³² y otras no (*sana crítica*, sistema en el cual cabe hacer la explicación aludida)³³.

Ya volveré sobre el tema en el Capítulo 22.

5) Correspondencia entre lo pretendido y lo juzgado.

Esta cuestión genera la más importante regla de juzgamiento, que se conoce doctrinalmente con la denominación de *congruencia procesal* y que es natural consecuencia de aceptar la plena vigencia del principio de *imparcialidad judicial*³⁴.

Ella indica que la resolución que emite la autoridad acerca del litigio debe guardar estricta conformidad con lo pretendido y resistido por las partes.

A mi juicio, ostenta una importancia mayor que la que habitualmente presenta toda regla técnica, pues para que una sentencia no lesione la garantía constitucional de la inviolabilidad de la defensa en juicio debe

³² No obstante que gran parte de la doctrina no la apunta, la característica especial del sistema que adopta esta regla es que el juzgador no tiene el deber de motivar su pronunciamiento: es la típica actividad de los *arbitradores* (árbitros legos que laudan en conciencia y en equidad) y de los integrantes de un *jurado*. Salvo los dos casos referidos, no creo que haya en América régimen legal alguno que adopte esta regla para ser aplicada por jueces técnicos.

³³ La regla de la *sana crítica* presenta la característica de dejar librada a la *apreciación del juzgador* el mayor o menor efecto confirmatorio que pueda otorgar a cada uno de los medios producidos en el proceso.

Si bien hasta aquí la regla opera igual que la anterior, en este caso el juez *debe motivar* su pronunciamiento conforme con otras reglas: las de la lógica formal y las de la experiencia normal de un hombre prudente, que le enseñan a discernir entre lo verdadero y lo falso.

Esta regla está aceptada en todos los ordenamientos legales del continente y en la mayoría de ellos opera en forma conjunta con la de la *prueba tasada*, propia de las leyes civiles que rigen desde el siglo pasado.

³⁴ Hago esta referencia, pues inteligente doctrina sostiene en los últimos tiempos que la *congruencia* debe ser un *principio* y no una *simple regla de juzgamiento*, pues entiende que no cabe admitir la existencia de una sentencia incongruente.

Por mi parte, advierto que tal incongruencia se da casi todos los días en los litigios laborales, de familia, de menores y de quiebras. Y no sólo nadie se rasga las vestiduras sino que se acepta con alegría y sentida vocación por la Justicia, así, con mayúsculas... Por eso es que insisto en el carácter con el cual la presento en esta obra, reiterando que la congruencia es simple manifestación de la imparcialidad. Donde no hay ésta, es claro que puede haber incongruencias... ¡Y vaya si las hay!

ser siempre congruente y, por ende, no adolecer de algún vicio propio de la *incongruencia*, que se presenta en los siguientes casos:

a) el juzgador *omite decidir alguna de las cuestiones* oportunamente planteadas por las partes y que sean conducentes a la solución del litigio: ello genera el vicio de incongruencia *citra petita*, que torna anulable el respectivo pronunciamiento.

El concepto se limita al caso expuesto, pues no existe incongruencia cuando el juzgador omite el tratamiento de una cuestión por virtud de la solución que da a otra que ha analizado previamente (por ejemplo, si el juez admite la existencia del pago alegado por el demandado, resulta inconducente el estudio de la defensa de prescripción opuesta *ad eventum* de la aceptada);

b) el juzgador *otorga cosa distinta a la peticionada* por la parte o *condena a persona no demandada* o *a favor de persona que no demandó*, yendo más allá del planteo litigioso: ello conforma el vicio de incongruencia *extra petita*, que también torna anulable el respectivo pronunciamiento;

c) el juzgador *otorga más de lo que fue pretendido* por el actor: también aquí se incurre en vicio de incongruencia, ahora llamado *ultra petita*, que descalifica la sentencia;

d) la sentencia presenta una *incongruencia interna*, representada por una incoherencia entre la motivación y la decisión, que así se muestran contradictorias entre sí.

Este vicio de autocontradicción, llamado también *incongruencia por incoherencia*, torna anulable el respectivo pronunciamiento.

En este supuesto, ingresa un vicio de incongruencia propio de la sentencia de segundo o de ulterior grado y que se presenta cuando en la decisión del recurso de apelación no se respeta la regla *no reformatio in pejus*, que indica que el tribunal de alzada carece de competencia funcional para decidir acerca de lo que no fue motivo de agravio de parte interesada y que, por ende, no puede modificar la sentencia impugnada en perjuicio del propio impugnante.

También ingresan en este vicio otros dos supuestos finales: *incongruencia por falta de mayoría* y *por falsa mayoría* de votos de jueces integrantes de un tribunal colegiado.

Toda sentencia de tribunal pluripersonal debe contener pronunciamiento expreso y positivo adoptado por mayoría absoluta de opiniones concordantes de sus integrantes.

Cuando los fundamentos no concuerdan entre sí, no puede hablarse de la existencia de la mayoría absoluta requerida para cada caso por las leyes procesales, razón por la cual corresponde integrar el tribunal con mayor número de juzgadores hasta que sea posible lograr tal mayoría.

Si no se efectúa esta tarea y la sentencia se emite con fundamentos que no concuerdan en los distintos votos que hacen mayoría, se presenta el vicio de *falta de mayoría* que, al igual que todos los demás antes enunciados, también descalifica la decisión.

La *falsa mayoría* se presenta como vicio de incongruencia cuando la sentencia muestra acabadamente que en el ánimo de los juzgadores está el obtener una decisión determinada y, sin embargo, se llega a otra por medio de la suma de votos.

El caso es de rara factura pero no imposible de acaecer; al igual que los anteriores, también descalifica a la sentencia.

6) Aplicación de la norma jurídica.

El problema que plantea la cuestión que versa acerca de qué norma legal debe aplicar el juzgador para la solución del litigio genera una doble respuesta: está vinculado estrechamente y sin más a lo que las propias partes han argumentado (interpretación extrema y grosera de la aplicación del sistema dispositivo) o puede *suplir* las normas citadas por ellas.

Esta última alternativa es la que goza de general aceptación y ha generado la regla *jura novit curiæ* que indica que las partes procesales sólo deben proporcionar al juez los *hechos*, pues él conoce el derecho y debe aplicar al caso el que corresponda según la naturaleza del litigio.

Esta regla admite tres matices:

- a) aplicar el derecho *no invocado* por las partes;
- b) aplicar el derecho correcto, cuando fue *erróneamente invocado* por las partes;
- c) *contrariar* la calificación jurídica de los hechos efectuada por los propios interesados.

Hace relativamente escaso tiempo que la doctrina seria ha comenzado

a meditar rectamente acerca de esta regla y de sus supuestas bondades, que no son tales a poco que se piense en el tema.

Y es que el juez no puede variar la imputación jurídica efectuada por el actor al calificar el hecho en el cual basa su pretensión procesal de objeto transigible, pues de lo contrario produciría de seguro una sentencia incongruente y, como tal, anulable.

Y esto, que se acepta como bueno en los pleitos civiles, proviene de la indebida adopción de una antigua corruptela: la constante ruptura de la ley efectuada gracias al espíritu inquisitorial de ciertos tribunales penales de alzada que, sujetos desde siempre a la regla de juzgamiento *no refomatio in peius* como base primordial de su competencia funcional, no pueden variar una sentencia impugnada en tanto no haya habido agravio al respecto. Sin embargo, lo hacen y todos los días en la mayoría de los países de América, so pretexto de que, *sin tocar el hecho, se limitan a recalificarlo iura novit curiæ*.

Y así, por ejemplo, condenan a pena mayor que la contenida en la sentencia apelada sin mediar agravio del Fiscal o del querellante al respecto. Lo cual es manifiestamente ilegítimo.

5. LOS SISTEMAS PROCESALES

Ya expliqué anteriormente (Capítulos 3, 4, 5 y 6) qué son los sistemas de enjuiciamiento civil y penal y los mencioné como dispositivo o acusatorio, inquisitivo o inquisitorio y mixto.

A esta altura de la obra, ya puede comprender el lector por qué los vocablos utilizados al efecto no pueden ser *principios*.

Antes bien, se presentan en la vida cotidiana:

- a) el *acusatorio*, como una suma de principios procesales³⁵, sin importar mayormente cuáles son las reglas de procedimiento que lo acompañan al efecto de posibilitar su desarrollo, y
- b) el *inquisitorio*, como una suma de simples reglas de procesamiento y sin principios que posibiliten la concreción de un verdadero (o debido) proceso³⁶.

³⁵ Principalmente, los de imparcialidad del juzgador y de igualdad en el instar de los parciales que litigan.

³⁶ Especialmente, los dos mencionados en la nota anterior.

CAPÍTULO 13

LOS ACTOS DEL TRÁMITE PROCESAL

SUMARIO:

1. Concepto y estructura del acto procedimental
2. Características
3. Clasificación

1. EL CONCEPTO Y LA ESTRUCTURA DEL ACTO PROCEDIMENTAL

El tema se estudia habitualmente bajo la denominación de *acto procesal*¹. Empero, si el proceso es una idea *lógica* que, para la obtención de su objeto, requiere del desarrollo de una serie procedimental, parece claro que no cabe hablar propiamente de *actos procesales* sino de *actos procedimentales* o de *actos de procedimiento* para mencionar a todos los que se realizan con miras a lograr la emisión de una/sentencia heterocompositiva del litigio.

En esta tesitura, se entiende por *acto procedimental* a todo aquel que realiza un sujeto con el objeto de iniciar y continuar el desarrollo de la serie.

De tal modo, lo típico de este acto es que tiene vida y eficacia sólo dentro del proceso en el cual se lo ejecuta y su finalidad no es producir efectos externos sino posibilitar el dictado de la sentencia con los efectos que le son propios o asegurar su resultado.

Así concebido, el *acto procedimental* se muestra como una especie del *acto jurídico*.

¹ Así, específicamente en casi toda América Latina.

Como tal, lleva ínsita en su conceptualización la voluntad del agente emisor (con lo cual se diferencia del simple *hecho* con trascendencia procesal: por ejemplo, la muerte de las partes, el transcurso del tiempo, etcétera) y muestra en su estructura interna los mismos elementos del género sólo que modificados por la particularidad de la especie, y así:

- a) su objeto debe ser *idóneo*, y,
- b) la actividad requerida para su exteriorización se halla sujeta a ciertas condiciones de *tiempo, lugar y forma*.

En otras palabras, descompuesto un acto procedimental en sus posibles elementos se ve que son:

- a) el *sujeto* que lo realiza,
- b) el *objeto* sobre el cual versa y
- c) la *actividad* que necesariamente se efectúa para lograr tal objeto.

Los vemos seguidamente.

1) El elemento *sujeto*. Permite analizar en cada caso la aptitud (capacidad y legitimación procesal) y voluntad de actuar de las personas que necesaria o eventualmente concurren al proceso.

2) El elemento *objeto*. Permite estudiar la *idoneidad* del acto para producir efectos (eficacia), su posibilidad jurídica, su moralidad y, en particular, la correspondencia que debe existir entre el contenido y la forma.

3) El elemento *actividad cumplida*. Permite analizar el cómo, dónde y cuándo se realiza: como ya se anticipó, la forma, el tiempo y el lugar donde el acto se cumple.

2. LAS CARACTERÍSTICAS DEL ACTO PROCEDIMENTAL

Según lo expuesto precedentemente, corresponde precisar algunas ideas en cuanto a los caracteres propios de este tipo de actos.

1) En cuanto a los *sujetos*. Los actos procedimentales pueden ser ejecutados por:

- las *partes* del proceso (actos de instancia o de postulación),
- la *autoridad* (actos de conexión de instancias y actos instructorios y decisorios para el desarrollo de la serie),
- sus *auxiliares* (actos de documentación y de comunicación),

- los *terceros que se convierten en partes procesales* (actos de instancia o de postulación) y
- los *terceros que no adquieren tal carácter* (testigos, peritos, martilleros, etcétera).

La aptitud de las partes y de los terceros se mide en términos de *capacidad jurídica y de capacidad procesal* (ver el Capítulo 15); la de la autoridad y sus auxiliares, en términos de *competencia* (ver el Capítulo 10).

2) En cuanto a la *idoneidad del objeto*. Si por *objeto* del acto procedimental se entiende el efecto que su realizador intenta lograr respecto del desarrollo de la serie, su *idoneidad* consiste en que el acto procedimental que se efectúe sea precisamente aquél –y no otro– que corresponde según el patrón legal como necesario para iniciar o continuar dicha serie de acuerdo con el estado en el cual se encuentra: por ejemplo, para lograr la apertura de la fase de confirmación es menester que se encuentren agotadas las dos que le preceden: la de afirmación y la de negación; para ofrecer un medio confirmatorio² es necesario que esté firme la providencia que ordenó la apertura del período, etcétera.

3) En cuanto al *lugar en el cual se realiza la actividad*. Debe ser realizado en la sede donde actúa la autoridad que dirige el proceso.

Aunque esto resulta obvio respecto de ella y de sus auxiliares, cabe destacar que todos los demás actos (de partes y de terceros) no adquieren carácter de *procedimentales* hasta tanto no se presenten ante aquélla o ante quien actúe como su comisionado.

Sin embargo, existen algunos actos que por su propia naturaleza deben ser necesariamente realizados fuera de tal lugar: los de *comunicación*.

4) En cuanto al *tiempo en el cual se realiza la actividad*. Esta característica del acto procedimental asume capital importancia en el sistema procesal que adopta la regla de la *preclusión* para el eficaz desarrollo de la serie. Cada acto debe ser realizado en el momento preciso o dentro del plazo acordado al efecto, so pena de perder el interesado la posibilidad de efectuarlo con objeto idóneo.

² Recuérdese que en esta obra se habla de *confirmación*, no de *prueba*. Ver el Capítulo 22.

Esta circunstancia permite a la doctrina distinguir entre:

a) *término*: el momento preciso en el cual ha de ser realizado el acto: el día tal a tal hora, por ejemplo, y

b) *plazo*: el período de tiempo durante el cual puede actuar el interesado en el momento que lo desee.

Los términos siempre están establecidos por la propia autoridad (juez o árbitro); los plazos pueden ser *convencionales* (pactados por las partes), *legales* (fijados por la ley) o *judiciales* (establecidos por la autoridad).

Ya se ha visto en el Capítulo 12 que la regla de la preclusión puede operar en forma *perentoria* o *fatal* o *no perentoria* o *no fatal*.

La mayoría de las legislaciones se inclinan por la regla de la perentoriedad, que significa que el vencimiento del término o plazo opera en forma automática sin necesidad del pedido ni de la decisión de nadie, haciendo generar para el interesado la imposibilidad de realizar luego lo que no hizo durante la vigencia del respectivo período.

Todo lo referente al tema *plazos* se encuentra ubicado en el plano horizontal del proceso: por tanto, las partes pueden acordar lo que deseen a su respecto.

No obstante, muchas legislaciones vedan el derecho de disponer acerca del medio de debate, lo cual es absurdo pues cuando la pretensión es transigible autorizan a acordar lo que sea en cuanto a ella (ver otra vez el tema relativo al carácter del derecho procesal en el Capítulo 2). Además, y según las leyes procesales, el acto procedimental debe ser realizado:

a) en *día hábil* (el que no es feriado ni festivo) y

b) en *hora hábil* (el concepto es cambiante en las distintas legislaciones: se consideran *hábiles* las horas que van desde las ocho hasta las veinte o desde la salida hasta la puesta del sol, etcétera).

En caso de ser necesario efectuar una actividad dada en día u hora inhábil es menester que la autoridad *habilite* el día u hora.

5) En cuanto a las *formas que deben respetarse en la realización del acto*. La expresión *forma* se utiliza habitualmente para señalar el conjunto de solemnidades o requisitos extrínsecos que deben acompañar a un acto para que resulte idóneo en el desarrollo de la serie.

Ya se ha visto en el Capítulo 12 que existen dos reglas para determinar la vigencia del tema: *libertad y legalidad de formas*.

Todos los códigos que rigen la materia adoptan la de la *legalidad*.

Para mejor comprender el verdadero significado de esta regla cabe recordar que aun contando con antiguo y vulgar desprestigio todo lo que huele a *formalismo* (porque ello lleva rápidamente al *formulismo*) el proceso debe ser —y de hecho lo es— *formalista*.

No puede ser de otra manera, ya que sólo la *forma* (estrictamente concebida como *acto*, como *pura actividad*) es lo que permite mantener el orden mínimo que se requiere para asegurar la vigencia de dos valores de la mayor importancia para la pacífica convivencia de los hombres: la certeza y la seguridad jurídicas.

Utilizando una frase de Montesquieu, “la forma es la condición necesaria para la certeza y el precio de la seguridad jurídica”.

Este concepto permite distinguir adecuadamente entre el *acto* (la forma o actividad cumplida)³ y el *acta* (documento en el cual se registra para constancia el acto cumplido).

Por ejemplo: el jefe de un registro civil que casa a una pareja debe pronunciar las palabras necesarias para ello (por ejemplo, *os declaro marido y mujer...*).

A su turno, el *acta* que se levanta al efecto y que firman el jefe que casó, los contrayentes que se casaron y los testigos que vieron el casamiento es la mera registración de lo que aconteció y se concreta a narrar lo que allí ocurrió.

Fácilmente puede comprenderse que *acto* y *acta* no deben llevar imprescindiblemente la misma suerte...

Si no se entiende cabalmente la diferencia existente entre *acto* y *acta* no puede comprenderse cómo un acto es válido sin perjuicio de que no lo sea el *acta* que lo registra y, a la inversa, cómo puede ser inválido el *acto* y no el *acta* que contiene la constancia de haber sido cumplido.

Por supuesto, esta exacta idea no puede generar un *formulismo* (que no es *formalismo*) extremo, del cual debe huir el legislador pues a menudo crea un abismo insondable entre el proceso y la realidad de la vida.

³ En el derecho penal se denomina *tipo* a lo que en el proceso se menciona como *forma*.

Pero no puede negarse seriamente que debe respetar e imponer un *mínimo de formas* en orden a la naturaleza del Derecho en general y, muy especialmente, de los actos procesales.

En esta tesitura, la ley describe *a priori* un acto determinado fijándolo como *patrón* para que sigan su modelo ejemplar todos los que se realicen en un proceso dado (véanse los requisitos de la demanda explicados en el Capítulo 20).

Ya se verá en el Capítulo 14 que cuando un acto cualquiera respeta el *modelo patrón* se dice que es un acto *regular* en tanto que es *irregular* en caso contrario.

3. LA CLASIFICACIÓN DE LOS ACTOS PROCEDIMENTALES

Varios son los criterios clasificatorios presentados por los distintos autores respecto de este tema a partir de distintas premisas: quién los realiza, cuál es el objeto pretendido o el efecto logrado, etcétera, debiendo señalarse que hay otros doctrinarios que niegan terminantemente la posibilidad de clasificarlos, habida cuenta de la elementalidad de su concepto.

Por mi parte —en la tarea propia de esa obra y al sólo fin docente— adoptaré aquí el primer método explicativo:

1) *Actos que realizan las partes*. Son siempre actos de *instancia*, pudiendo presentarse bajo la forma de petición, reaceramiento, queja, denuncia y acción procesal.

Debo recordar al lector que los cuatro primeros son unilaterales (se dan sólo entre quien insta y la autoridad) en tanto que el último es necesariamente bilateral (debe tomar conocimiento de su existencia y contenido aquel respecto de quien se insta *antes* de que se emita decisión al respecto).

2) *Actos que realiza la autoridad*. Un primer criterio muestra los actos habitualmente denominados de *instrucción* o de *ordenación*: implican una *conexión* entre las distintas instancias mediante fórmulas legales de uso antiquísimo: *citaciones*, *traslados* y *vistas*.

Es una *citación*⁴ la orden que emite la autoridad para que alguien —parte

⁴ Las actuales leyes procedimentales no comprenden de modo adecuado la importancia de la citación, que debe ser hecha seria y formalmente en la persona del propio interesa-

o tercero— comparezca al proceso para realizar allí determinada actividad (para las partes constituye una *carga*; para los terceros, un *deber*). El *traslado* es la forma típica de conexión mediante la cual la autoridad genera cargas procesales. Contiene siempre una orden que debe ser cumplida por el destinatario en un término o plazo determinado por la ley o por la propia autoridad y un apercibimiento (advertencia) acerca del efecto que sufrirá el incumpliente en contra de su propio interés.

La *vista* (en Chile, *con conocimiento* o *con audiencia*) es la forma típica de conexión que no genera carga procesal: la autoridad ordena simplemente que alguien *vea* una actuación determinada a efectos de que proceda como quiera a su respecto.

De tal modo, el silencio subsiguiente al traslado produce un perjuicio al incumpliente; el que le sigue a la vista no.

Un segundo criterio muestra la *dirección* de un acto en el cual se hallan presentes varias personas (por ejemplo, la declaración testimonial de una persona que se hace en presencia de las partes).

3) *Actos que realizan ciertos auxiliares de la autoridad*. A la actividad procedimental concurre un conjunto de auxiliares de la autoridad cuyo número y funciones varían de una legislación a otra: *secretario* o *actuuario*, *ujier*, *notificador*, *oficial de justicia*, *martillero* o *subastador*, *depositorio*, etcétera⁵.

Cada uno de ellos cumple una específica misión en el proceso que, como siempre, es contingente en los distintos códigos.

do, a quien se buscará por un lapso prudencial al efecto (dos, tres o más veces marcan las diferentes leyes procesales). Sólo en el caso extremo de no ser hallado puede hacerse la notificación por medio de un familiar, tomando el notificador todos los recaudos del caso para saber quién es y qué hará para dar noticia de ello al citado. En los países del *common law* este acto de citación se hace con total seriedad y definitivamente en persona: el notificador debe hallar a quien ha de ser notificado y, poniéndole con todo formalismo una mano sobre el hombro —para poder jurar luego como testigo que le presentó la correspondiente cédula al alcance de la mano—, ofrecerle la entrega del documento respectivo. Si no lo toma, se lo tira a los pies y el problema pasa a ser ahora del citado, quien es dueño de hacer lo que desee con el pleito. Pero no podrá decir que careció de noticias de su iniciación. Éste es el paso necesario para poder seguir un juicio penal en rebeldía y nosotros no lo practicamos pues preferimos la ficción de una notificación mal hecha —en homenaje a la celeridad— que una bien realizada en aras de la seguridad.

⁵ Ver qué es cada uno de ellos en el Capítulo 19.

A los efectos de este Capítulo, me detendré sólo en los del secretario y en los del notificador, pues resultan esenciales para el eficaz desarrollo de la serie (advirtiéndose que los demás mencionados recién no actúan necesariamente en *todo* proceso)⁶.

Al *secretario* le corresponde efectuar actos de *documentación*: son aquellos que tienen por objeto incorporar al proceso las instancias escritas o verbales de las partes, los instrumentos confirmatorios acompañados por ellas y las actuaciones escritas u orales efectuadas por terceros, etcétera.

Al *notificador* le corresponde efectuar los actos de *comunicación*: toda conexión procesal y todo acto de dirección debe ser notificado a la contraparte de quien ejerció la respectiva instancia.

Para ello, existen sólo dos métodos posibles: el interesado ocurre ante la autoridad o ésta va hacia él por medio del notificador o de alguno de sus sucedáneos.

En el primer caso, la notificación recibe en todas partes la denominación de *personal*.

En el segundo, y según el medio empleado, se la conoce en los diversos lugares como notificación por *cédula*, con sus diversos sucedáneos: *telegrama*, *carta certificada con acuse de recibo*, *exhorto*⁷, *oficio*⁸ y *edictos*⁹.

Sin perjuicio de ello, en tiempos de escasa litigiosidad y menor número de tribunales de los que hoy existen, se intentó hacer ahorro fiscal mediante la simple fórmula de evitar el desplazamiento de funcionarios judiciales para efectuar las notificaciones personales¹⁰.

Para ocultar la verdadera razón del cambio se dijo por importante doctrina que con ello se acelerarían notablemente los procedimientos en razón de que no habría tantos proveídos de trámite para notificar por *cédula*.

Y así, sin medir las eventuales consecuencias futuras y sin consultar —como siempre— al que las sufriría en lo inmediato, se generó a todos

los litigantes la notable carga de concurrir al juzgado respectivo —en rigor, a *todos los juzgados*— dos veces por semana para notificarse allí personalmente de lo que hubiere para ellos¹¹.

¹¹ El CPC de la Nación argentina, por ejemplo, dispone en su art. 133: "Salvo los casos en que procede la notificación por *cédula* [...] las resoluciones judiciales quedarán notificadas en todas las instancias los días martes y viernes. Si uno de ellos fuere feriado, la notificación tendrá lugar el siguiente día de nota. No se considerará cumplida tal notificación: 1. Si el expediente no se encontrare en el tribunal. 2. Si hallándose en él, no se exhibiere a quien lo solicita y se hiciere constar tal circunstancia en el libro de asistencia por las personas indicadas en el artículo siguiente, que deberá llevarse a ese efecto. Incurrirá en falta grave el prosecretario administrativo que no mantenga a disposición de los litigantes o profesionales el libro mencionado".

Ruego hacer un ejercicio de imaginación para comprender cómo opera de verdad este régimen notable, pero a partir de ubicarse el lector en su respectiva ciudad, a la cual habrá de comparar con el ejemplo que seguidamente expongo respecto de la mía.

La ciudad de Rosario —donde vivo— tiene un millón de habitantes y casi seis mil abogados en el ejercicio relativamente activo de la profesión (lo que significa que *todos* tienen causas en trámite y que *todos* deben concurrir a *todos* los tribunales de la ciudad *todos* los martes y *todos* los viernes de *todos* los meses de *todos* los años para —atención que esto es lo perverso— *no quedar notificados si firman el libro de asistencia* que comprueba la concurrencia).

Para ello, un día martes cualquiera, después de hacer respetuosamente la extensa fila de espera, el abogado del caso llega ante el funcionario judicial de turno y le pide, también respetuosamente, su primer expediente: *Pérez c. González*. El solicitante empleado busca en la pila de rigor y, con toda atención, le informa que no está en la respectiva letra.

Ahí es cuando comienza a funcionar la norma: el abogado pide entonces el *libro de asistencia*, que de inmediato le es presentado. Toma su lapicera y extiende algo parecido a la siguiente constancia: "En fecha tal, comparece el letrado [...] y deja constancia de su concurrencia a la secretaría para notificarse en la causa '*Pérez c/González*'. Pedida al efecto, se le informó que no estaba en letra. Por lo que procede a dejar esta nota a los fines del art. 133 del CPC. Conste". Y seguidamente firma junto con el funcionario que dará fe de la certeza de lo recién apuntado.

De inmediato, el mismo abogado pide la exhibición de "*Pérez c/Fernández*". Y repite todo nuevamente.

Y así, tantas veces como expedientes tenga en esa secretaría, ante la desesperación de todos quienes siguen firme e irreductiblemente en la fila, soportando por horas —en rigor, durante toda la vida— la recurrente repetición del *sketch* que inspiró a un notable actor cómico argentino la realización del inolvidable personaje de funcionaria pública que padecía de aguda histeria.

Ahora concurre al juzgado que está al lado y repite toda la operación. Y luego hace lo mismo en los tribunales de alzada.

Y así, al menos en mi ciudad, recorre sólo para la materia civil y comercial nada menos que *cuarenta y dos mesas de entradas* distribuidas en cuatro pisos de una manzana de extensión cada uno.

⁶ De todos los demás me ocuparé en el Capítulo 19.

⁷ Dirigido a un juez (par del exhortante) con competencia en otro territorio.

⁸ Dirigido a funcionario de menor jerarquía que la del exhortante.

⁹ Publicados en el diario oficial o en el de mayor circulación del lugar de residencia de quien debe ser notificado.

¹⁰ Como es obvio, en esa época no se cobraban al interesado las notificaciones que se hacían.

A este régimen se le dio la denominación de notificación *ficta*¹² y fue adoptado, tarde o temprano, por todos los códigos procesales¹³.

Pero eso mismo hicieron nada menos que *seis mil abogados*, lo que representa un total de *doscientos cincuenta y dos mil movimientos* para que cada uno de ellos visite todos los juzgados y pida tan sólo un expediente en cada uno.

Pero sigamos calculando: si cada uno de esos movimientos tiene una duración de mínimos tres minutos, el total alcanza a la friolera de *setecientos cincuenta y seis mil minutos*, o sea *doce mil seiscientos horas* a las que cabe agregar las que corresponden a las esperas en las mesas de entradas, en los ascensores, etcétera, y en los desplazamientos por todo el territorio judicial.

Y ahora, a correr desde el fuero ordinario hacia el fuero federal. Y repetir allí todo nuevamente.

Y a esperar luego el viernes —apenas tres días después— para reiterar idéntico infierno. Muchas veces he tratado de hacer ver a algún político conocido el enorme desfase que todo esto provoca en la justicia y, particularmente, el absurdo coste hora-hombre que todo ello genera, proponiendo paralelamente la adopción de otro sistema de notificación que muestre mayor inteligencia legislativa, menor coste de tiempo y dinero y una cabal eficiencia en el sistema de enjuiciamiento. Pero lo que aquí he reflexionado debe ser algo realmente nimio pues jamás logré ser escuchado sobre el tema.

Y no se trata de encontrar algo genial: sólo de mejorar el sistema imperante en Tucumán, con alta eficiencia durante más de medio siglo. O de publicar listas de los expedientes salidos del despacho judicial. O de los movimientos habidos en la semana, tanto como para que el interesado sepa ello y concurra al tribunal al día siguiente. Afortunadamente, ya hay varios jueces diseminados por el país que hacen eso al margen de la ley, pero con notable beneficio para todos y con la completa aquiescencia del foro en general.

Pero hay algo más que coadyuva a la calificación que he hecho antes respecto de este cruel sistema de notificación: el abogado no puede enfermarse jamás ni ausentarse de su lugar de ejercicio en días martes o viernes, pues inexorablemente quedará notificado de alguna providencia que lo afecte severamente en algún pleito que lleve como apoderado o letrado. Esto obliga a que todos los abogados trabajen en sociedad —con lo cual se conspira contra la tradicional soledad libertaria que desde siempre han practicado los hombres de derecho— con los problemas que ello genera por razones obvias. Para finalizar: una corruptela que he visto pocas veces en mi experiencia judicial —pero las hubo— muestra que algún juez fecha su providencia en el mismo día en el cual se presentó el escrito respectivo y, sin embargo, lo devuelve a la mesa de entradas diez o quince días después. Ésta es una trampa mortal que impide el desarrollo del litigio conforme con las cláusulas constitucionales, pues si alguien intenta encubrir su morosidad mediante el método tan simple que acabo de describir logra que, cuando el interesado ve por vez primera el expediente, ya se encuentre hartamente consentido el proveído de marras.

¹² La palabra no es castiza pero significa *ficticia, fingida, falsa o irreal*.

¹³ Como ya se ha visto en nota anterior, en mi sentir el régimen es auténticamente perverso y conspira grandemente contra el adecuado ejercicio de la profesión de abogado y, por ende, contra el derecho de defensa en juicio de todas las partes procesales.

En otro avance sobre la idea correcta del *debido proceso* se instrumentó la denominada *notificación tácita*¹⁴.

Al igual que el caso de la notificación ficta, éste vulnera también el *sistema procesal* en el cual toda notificación es un acto esencialmente formal que debe ser realizado conforme con las expresas instrucciones de la ley al respecto, pues han sido establecidas para asegurar la efectiva noticia de lo que debe comunicarse a la parte interesada¹⁵.

En otras palabras: dentro de la economía general de un sistema que vela por la vigencia irrestricta de la garantía del debido proceso, el régimen notificadorio debe basarse en el principio de la *recepción*.

Aceptar lo contrario implica adoptar un método de noticiar que se halla fuera del sistema, que recién ahora se contiene en la norma —por cierto que asistémica— y que se erige en otra trampa más de las que el legislador brinda diariamente a los litigantes¹⁶.

La idea parte de la base de que existe la posibilidad de convalidar un acto procedimental, tal como se verá en el Capítulo siguiente.

¹⁴ El CPC de la Nación argentina, en su art. 134, establece: "El retiro del expediente, conforme al artículo 127, importará la notificación de todas las resoluciones. El retiro de las copias de escritos por la parte, o su apoderado, o su letrado o persona autorizada en el expediente, implica notificación personal del traslado que respecto del contenido de aquéllos se hubiera conferido". A su turno, el art. 127 allí mencionado expresa: "Los expedientes únicamente podrán ser retirados de la secretaría, bajo la responsabilidad de los abogados, apoderados, peritos o escribanos, en los casos siguientes..."

¹⁵ Recordar lo relatado en la nota # 4 de este Capítulo en orden a cómo se cumplimenta la notificación de la citación en los Estados Unidos de América.

¹⁶ La norma actual encuentra sus primeros precedentes en la jurisprudencia autoritaria imperante en los años 50 y reiterada cuasi oficiosamente por la Cámara del Trabajo de Santa Fe mediante sentencia de fecha 21 de junio de 1961 (verla en *Revista Jurídica Juris*, t. 24, p. 133) en la cual se dijo que, *aun sin mediar notificación cierta y expresa, una sentencia queda debidamente noticiada a la parte perdidosa con el sólo retiro de los autos de la sede tribunalicia*. El pronunciamiento era manifiestamente *contra legem*, lo que motivó fundada y ácida crítica del siempre recordado Miguel A. Rosas Lichtschein, a la sazón presidente de la Corte Suprema de Justicia de la provincia, sosteniendo a la postre —con varias razones lógicas y jurídicas— su clara ilegitimidad. Sin embargo, el legislador nacional hizo norma general de lo que, a lo sumo, podría constituir una excepcionalísima excepción. Lo peor del caso es que esto no mejoró la crisis judicial...

Pero sobre el tema, cabe reflexionar meditadamente acerca de que la convalidación de una notificación defectuosa exige la existencia misma del acto notificadorio irregular. Y en todo supuesto de noticia tácita falta, precisamente, ese acto formal y material que la ley requiere.

Toca ahora ver en cada legislación particular cuál de estos métodos se aplica y sabrá el lector si ellos se adecuan o no con el sistema procesal que exige la Constitución y su garantía de procedimiento racional y justo.

CAPÍTULO 14

LA REGULARIDAD Y LA IRREGULARIDAD PROCESAL

SUMARIO:

1. Regularidad del acto procedimental
2. Irregularidad del acto procedimental
3. Presupuestos de la declaración de nulidad procesal
4. Medios para hacer ineficaz un acto procedimental

1. LA REGULARIDAD DEL ACTO PROCEDIMENTAL

Ya se ha visto en el Capítulo anterior que todo proceso está constituido por una serie de actos que realizan las partes, la autoridad y ciertos terceros y que, por tener efectos estrictamente limitados a su ámbito interno, reciben la denominación de *actos procedimentales*.

Al tener vida y eficacia sólo *dentro del proceso*, el acto procedimental se diferencia del acto jurídico en general, ya que no produce efectos externos y su única finalidad es posibilitar la emisión de la sentencia que ha de heterocomponer el litigio.

Esta tajante distinción permite efectuar dos afirmaciones liminares:

1) como luego se verá, la peculiaridad del acto procedimental hace que no se le apliquen las normas que regulan la nulidad civil.

Aunque se ha dicho que, no obstante, al procesalista le sirve de mucho la teoría general que con tanto esfuerzo, tiempo y disidencias conceptuales se ha construido sobre el tema, lo cierto es que con ello se genera un caos doctrinal muy difícil de superar¹;

¹ Piénsese que en la doctrina civilista se habla casi indistinta y, por ello, anárquicamente, de *nulidad*, de *anulabilidad*, de *inoponibilidad*, de *invalidez*, de *ineficacia* y de *inexistencia*.

2) corresponde a la propia ley procesal la regulación de la nulidad.

Ya se ha visto en el Capítulo 12 la necesidad y existencia de dos reglas antagónicas para regular las formas en el proceso: la de la *plena libertad* y la de la *formalidad preestablecida* (legal, judicial o convencionalmente).

En procura de un mayor acercamiento al valor justicia, las distintas legislaciones se inclinan por la segunda, conocida doctrinalmente con la denominación equívoca de *principio de legalidad*, aunque a veces atenuada ligeramente al permitirse de modo contemporáneo algunas libertades en ciertos casos.

En esta tesitura, y como ya lo adelanté en el Capítulo anterior, *la ley describe a priori* un acto determinado, fijándolo como *patrón* para que sigan su modelo ejemplar todos los que se realicen en un proceso dado.

De tal modo, siempre que se respeta el modelo patrón legal, se dice que el acto realizado conforme a él es *regular*, en tanto que es *irregular* (o defectuoso o viciado) en caso contrario.

En otras palabras: la *regularidad* es la adecuación entre la conducta efectivamente cumplida en el proceso y la disposición normativa sujeta a unos determinados *principios* técnicos que generan, en perfecta coordinación con los principios constitucionales, un *sistema* de enjuiciamiento.

La falta de regularidad generará la *irregularidad*, que podrá ser atacada por la vía de la inoponibilidad (en cuanto a los sujetos que realizaron el acto) y de la anulabilidad (en cuanto a las condiciones y requisitos del acto realizado).

Lo veremos seguidamente.

2. LA IRREGULARIDAD DEL ACTO PROCEDIMENTAL

Como resultado de su comparación con el *acto modelo patrón*, varias pueden ser las irregularidades de un acto procedimental: las que afectan a su admisibilidad, a su validez, a su eficacia, a su eficiencia y a su oponibilidad.

El tema incluye lo relativo a la contrapartida de la validez del acto: su *declaración de nulidad*.

Para intentar una aproximación al concepto de *nulidad procesal* resulta conveniente recordar cuál es la *estructura interna* de todo acto procedimental, pues se acepta doctrinalmente —aunque con algunas discrepancias— que cuando las leyes en general refieren a la “inobservancia de las formas de un acto”, comprenden en rigor algo más que la pura forma: *la propia estructura*.

Así, resulta menester descomponer lógicamente el acto procedimental en sus tres elementos posibles: el sujeto que lo realiza, el objeto que procura y la actividad que necesariamente él efectúa para lograrlo.

1) El elemento *sujeto*.

Ya expliqué en el Capítulo anterior que, respecto de todas las posibles personas que actúan procesalmente, este elemento permite analizar su aptitud (capacidad y legitimación para obrar) y voluntad de actuar.

La importancia de su consideración deviene clara cuando se advierte que existen actos jurídicamente *regulares* cuyos efectos alguien intenta extender a otras personas que no concurrieron a su formación.

Es evidente que no cabe hablar acá de irregularidad (en el sentido de *nulidad* que luego se verá), sino de *inoponibilidad* al tercero del acto en cuya concreción no participó.

2) El elemento *objeto*.

Este elemento permite estudiar la idoneidad del acto para producir efectos (eficacia), su posibilidad jurídica, su moralidad y, en particular, la correspondencia que debe existir siempre entre el contenido y la forma.

3) El elemento *actividad cumplida*.

Este elemento permite analizar cómo, dónde y cuándo se realiza el acto. Es decir, la forma, el tiempo y el lugar donde tal acto se cumple. Ciertas aclaraciones se imponen antes de continuar: la mayoría de los autores no acepta la inclusión del estudio de la voluntariedad del acto y de sus implicaciones en el tema propio de las nulidades procesales.

Así, se hallan contestes en que los vicios de la voluntad, en general, no son computables para la determinación de la validez de los actos procedimentales.

Sin embargo, existe una importante corriente disidente tanto en doctrina como en legislación: así, hay autores que aceptan la consideración de ciertos vicios y no la de otros (v. gr.: sí el dolo; no el error de hecho²).

A su turno, alguna legislación (cual es el caso de España) norma la nulidad de todos los actos judiciales practicados bajo intimidación o fuerza, disponiendo que los jueces que hubiesen cedido a ellas, tan luego se vean libres, declaren nulo todo lo practicado y promuevan al mismo tiempo la formación de causa contra los culpables³.

Además, aunque la palabra *acto* supone actividad, destaco muy especialmente que, cuando se la designa, también se implica la *inactividad* u omisión de actuar, pues ello hace a la esencia del sistema preclusivo que consagran casi todas las legislaciones y que supone que un acto es precedente del que le sigue y consecuente de su anterior.

En la doctrina autoral del derecho civil, existen todavía distintos matices de irregularidad y, por ende, de sanciones:

1) el acto *absolutamente irregular* es *absolutamente ineficaz* (se habla de *inexistencia del acto*):

Es *acto inexistente* el que no es. Como tal, dicen algunos autores que no puede ser convalidado ni requiere ser invalidado (ya se verá *infra*, en la nota 5, cuánto ha complicado esto la comprensión del problema en el terreno procesal);

2) el acto *gravemente irregular* es *gravemente ineficaz* (se habla de la *nulidad absoluta* del acto):

² He aquí otra muestra de cómo pagan justos por pecadores en la política legislativa imperante en las actuales leyes procesales. Es cierto que, so capa de alegar la existencia de algún vicio de la voluntad, se han generado en la historia tribunalaria numerosos incidentes que tuvieron por efecto primordial el dar alongaderas a los pleitos. Es cierto también que esa tarea de incidental no respetó la vigencia de la regla moral que ya mencioné en el Capítulo 12. Por eso creo que hay que sancionar al inmoral y con todo el rigor que pueda ser imaginado. Pero no: en lugar de ello, se ha generado una corriente doctrinal y jurisprudencial —sin amparo legal— que impide que todos, buenos y malos, puedan incidentar a base de esta causal. No creo que ello sea legítimo, ni justo ni moral. De ahí que opino que no puede vedarse la posibilidad de alegar la existencia de un *error de hecho* en el cumplimiento de un paso procedimental.

³ Adviértase que la norma castiga la violencia sufrida por el juez. ¿Y por qué no la de la parte procesal?

Es *acto absolutamente nulo* el que, teniendo la condición de acto jurídico, se halla afectado de modo grave: como tal, no puede ser convalidado pero requiere ser invalidado;

3) el acto *levemente irregular* es *levemente ineficaz* (se habla de la *nulidad relativa* o de la *anulabilidad* del acto):

Es *acto anulable* el que, teniendo la condición de acto jurídico, se halla levemente afectado: como tal, puede ser convalidado y admite ser invalidado.

Tal vez porque estas categorías doctrinales —que carecen de preciso sustento legal— no se aceptan desde una óptica puramente fenomenológica⁴; o porque desde antiguo se halla seria y fundadamente discutida la clasificación de *acto inexistente*; o, para finalizar, porque aunque se diga que no se requiere su invalidación, *siempre se exigirá un proceso para comprobar la alegada inexistencia*, los distintos ordenamientos procedimentales no adoptan este criterio clasificatorio⁵, limitándose

⁴ Al pensar en términos de *inexistencia*, la explicación doctrinal choca con la realidad misma por transgredir los límites del campo de la racionalidad pura.

⁵ El tema ha sido tratado en varios congresos argentinos de derecho procesal a partir de la década de los '70, con la modalidad propia de esos encuentros: nadie delibera ni discute tema alguno (en rigor, son escenarios en los cuales pocos escuchan y muchos se escuchan). Sin embargo, se vota por todos los presentes —que en su inmensa mayoría no son precisamente académicos— acerca de lo que, en general, es solitaria propuesta hecha por alguien que puede o no ser reconocido como doctrinario en lo procesal. Y lo notable es que lo así votado se convierte mágicamente en *conclusiones o propuestas del congreso* de marras que, como tales, comienzan a ser citadas sin mayores reflexiones al respecto. Un ejemplo de lo que llevo dicho es, precisamente, este tema de la *inexistencia procesal*, planteado siempre a partir de un ejemplo que se dice irrefutable: la sentencia que se agrega a los autos y que no ha sido firmada por el juez, *no es sentencia*. De ahí lo de *acto inexistente*. El caso no es de laboratorio: lo he visto varias veces en mi vida judicial cuando, en el voluminoso tráfico de expedientes que soporta estoicamente la burocracia tribunalaria, el juez omitió firmar la sentencia que él mismo había redactado y que ya venía signada por el secretario y prolijamente colocada en la parva de expedientes puesta a la firma. Y pasó sin que se firmara... Luego se agregó a los autos, los litigantes se notificaron de ella sin advertir la carencia de firma y, a la postre, el perdidoso cumplió acabada y puntualmente todos los detalles de la condena. ¿Qué se hace ahora? ¿Se devuelve lo abonado so capa de la inexistencia? Pero en tal supuesto, ¿no habrá que discutir si la sentencia tenía o no la firma de rigor? Y ¿dónde se hará esa discusión? ¿En un proceso abierto al efecto? ¿No es que la nada, nada produce, y que el acto inexistente no requiere ser invalidado? ¿Y cómo se hace para devolver? De la misma forma, ¿no es que no puede ser convalidado? ¿Y si no se pide

a normar sólo respecto de las categorías *nulidad absoluta* y *nulidad relativa* (en rigor, *anulabilidad*).

Mas no para allí el problema: ya que el principal efecto de toda sentencia es el del *caso juzgado*, que impide discutir útilmente en nuevo proceso lo ya decidido en ella, desde la óptica procesal cabe hacer ahora una importante acotación: ante la existencia de tal efecto y en aras de evitar la socialmente perjudicial proliferación de pleitos, deben ceder todas las posibles y eventuales nulidades parciales emergentes del proceso ya terminado.

Obviamente, esta solución –que hace a la política más que a la técnica procesal– conlleva que el efecto del caso juzgado purgue cualquier nulidad, aun las llamadas *absolutas* o de *orden público*⁶.

Esta especial característica del proceso, en el cual priva la valía del principio del caso juzgado por sobre la disvalía de la nulidad absoluta, hace que –de hecho– *todo defecto procesal sea de carácter relativo* (o anulable).

Insisto: en el derecho procesal no hay ni deben haber las categorías *inexistencia* y *nulidad absoluta*.

Ello se ve claramente en los distintos ordenamientos procedimentales que adoptan, expresa o implícitamente, una posición *unitaria* al respecto: bajo el rótulo de *violación de las formas* o *nulidad* o *inobservancia* o *anulación de los actos procesales*, norman la declaración de invalidez (o ineficacia) de *todas las categorías* antes mencionadas.

He hecho referencia a nulidades o vicios parciales, pues, a mi juicio, la invalidez total –por indefensión absoluta– no es alcanzada por el

la devolución de lo pagado sin sentencia? Como se ve, el tema merece cierta reflexión. Todo esto no es novedoso: el problema viene del Código Napoleón que, al establecer las causas de nulidad y de anulabilidad, omitió establecer sanción específica para ciertas irregularidades de notable gravedad: frente a un matrimonio de personas del mismo sexo, Zacharie sostuvo que la ley no tenía necesidad de referir al problema, pues la condición de *sexo diferente* era obvia por estar en la naturaleza misma de las cosas. De ahí que al no ser *anulable* por falta de sanción expresa ni ser posible la aceptación de sus efectos, afirmó que el matrimonio era sólo un *hecho jurídicamente inexistente*.

⁶ Esta afirmación es norma vigente en algunos códigos procesales. Por ejemplo, el de Santa Fe dice en su art. 128: “Las nulidades de orden público quedan purgadas por la cosa juzgada”, entendiendo por tal la que se ha logrado legítimamente.

efecto del caso juzgado y ello permite su posterior cuestionamiento por la vía de proceso declarativo⁷.

Ya es hora de intentar un acercamiento a la definición de *declaración de nulidad*: es la sanción (repito que utilizo el vocablo con una significación muy genérica) que priva de efectos (eficacia) a un acto procedimental en cuya estructura no se han guardado los elementos ejemplares del modelo, en tanto ellos constituyen garantía de los derechos justiciables.

De tal modo, la sanción opera no sólo respecto de la simple exteriorización del acto (forma propiamente dicha), sino también en cuanto a sus demás elementos.

3. LOS PRESUPUESTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD PROCESAL

Dos sistemas antagónicos regulan el tema: el que detalla en inventario exhaustivo (y generalmente taxativo) el posible elenco de casos sancionables (por ejemplo, los códigos de Bolivia, Brasil, Colombia⁸, Costa

⁷ Que fue precisamente lo ocurrido en el caso citado en la nota 17 del Capítulo 12.

⁸ Cito como modelo ejemplar de esta tesitura al contenido del art. 140 del código colombiano: “El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: 1) cuando corresponde a distinta jurisdicción; 2) cuando el juez carece de competencia; 3) cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia (repárese en que eso es lo que ocurre en la Argentina cuando hay avocación de un caso y se produce el efecto *per saltum*); 4) cuando la demanda se tramite por proceso diferente al que corresponde; 5) cuando se adelanta el trámite después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión, o si en estos casos se reanuda antes de la oportunidad debida; 6) cuando se omiten los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas o para formular alegatos de conclusión; 7) cuando es indebida la representación de las partes. Tratándose de apoderados judiciales, esta causal sólo se configurará por carencia total de poder para el respectivo proceso; 8) cuando no se practica en legal forma la notificación al demandado o a su representante, o al apoderado de aquél o de éste, según el caso, del auto que admite la demanda o del mandamiento ejecutivo, o de su corrección o adición; 9) cuando no se practica en legal forma la notificación a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deben suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al ministerio público en los casos de ley [...] Las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas si no se impugnaron oportunamente por medio de los recursos que este código establece”. El citado ordenamiento legal trata de la misma forma enunciativa, por ejemplo, a la procedencia del recurso

Rica, Chile, Guatemala y Panamá) y el que se concreta a establecer grandes directrices generales en las cuales debe encuadrar el juez el caso concreto (así lo hacen todos los códigos argentinos, y los de Paraguay y Perú, por ejemplo). Ambos sistemas con obvias ventajas e inconvenientes que no es del caso explicar aquí.

La regla que surge del primer grupo se conoce con el nombre de *nulidad expresa* y es de aplicación bien sencilla: si la hipótesis nulificante se halla inventariada en la norma que rige el caso, procede su declaración. Caso contrario, no.

El segundo grupo no presenta inventario alguno sino que otorga pautas de suficiente latitud para que el juez aprecie en cada caso concreto si cabe o no declarar la nulidad.

Tales pautas están contenidas en *reglas* que doctrinalmente reciben las denominaciones de *especificidad*, *finalismo*, *trascendencia*, *protección*, *subsanción* y *conservación*.

El conjunto de todas ellas se estudia bajo el rótulo de *presupuestos de la nulidad procesal*, entendiéndose la palabra *presupuesto* en el mismo sentido ya explicado en el Capítulo 11.

Por mi parte, en la tesitura ya mostrada a partir del Capítulo 11, creo que la palabra *presupuesto* debe ser entendida como *condiciones*⁹ para la realización de algo: de ahí que denomino como *requisitos* a los que seguidamente expongo.

Como luego se verá, tales requisitos —legislados expresamente en los códigos que adoptan este sistema— juegan armónicamente: en tanto unos son *positivos* (*deben aparecer* en el terreno de los hechos para que la nulidad pueda ser declarada) otros son *negativos* (a la inversa que el anterior, *no deben aparecer* en el terreno de los hechos pues, caso contrario, la nulidad no puede ser declarada).

de apelación. Yo no comparto esta tesitura legal, pues me parece peligrosa para el adecuado derecho de defensa en juicio, ya que es prácticamente imposible que el legislador pueda prever en abstracto y *a priori* todos los supuestos posibles de nulidad. Lo que sí tengo claro es que hay actos procesales que no se presentan como un pronunciamiento judicial que es, precisamente, el objeto de todo recurso.

⁹ Supuesto precedente, supuesto consecuente y requisitos actuales.

Véase ahora cómo armonizan todas esas pautas para poder llegar a la declaración de nulidad de un acto procedimental.

1) *Afirmación de parte acerca de la irregularidad de un acto.*

En primer lugar, toda la explicación debe partir de una premisa básica: es menester que se afirme por una parte en el proceso la *existencia de un acto irregular* (con un vicio de mayor o menor jerarquía, conforme a las categorías antes explicadas) que no guarda las formas que para su validez exige el modelo patrón.

Adviértase que he limitado a la *parte procesal* la afirmación de la existencia de la irregularidad procesal, pues en el proceso seguido conforme con los postulados del sistema acusatorio el juez carece de posibilidad de declarar oficiosamente una nulidad procesal salvo, claro está y tal como ya lo afirmé *supra*, la indefensión absoluta.

Todo lo demás ingresa en el amplio campo del libre consentimiento de las partes¹⁰.

2) *Existencia de sanción de nulidad específicamente prevista en la ley.*

En un sistema esencialmente formalista, como el nuestro, resulta razonable que la propia ley sancione el apartamiento del modelo por ella establecido.

Por supuesto, no siempre fue así: la Ordenanza francesa de 1667, por ejemplo, facultaba a los jueces para declarar o rehusar nulidades según las circunstancias.

Ello degeneró en abuso y, por ende, en arbitrariedad judicial, contra la cual reaccionó la Revolución francesa: su conocida y característica idea de omnipotencia legislativa hizo que plasmara la reacción en norma positiva que luego pasó a casi todas las legislaciones que consagran el sistema: no existe sanción *sin texto legal que específicamente la consagre*.

Y de aquí el nombre del principio¹¹: *especificidad* que, resulta obvio, debe ser de interpretación *estricta*¹².

¹⁰ Esta es una tardía conquista de la civilidad frente al avance absolutista de ciertos jueces que todavía remedan a los que ejercían antes de la Revolución francesa.

¹¹ Así lo denomina toda la doctrina argentina. Para ser coherente con lo que he afirmado en Capítulos anteriores, debo remarcar que se trata de una *regla procedimental*.

¹² Que, por cierto, no es lo mismo que interpretación *restrictiva*.

Aunque el sistema así instrumentado implicaba una indudable conquista, en los términos planteados ofrecía serios inconvenientes: no siempre resultaba posible que el legislador previera *a priori* todos los posibles casos sancionables, con lo cual quedaban fuera de toda factibilidad nulificatoria muchos supuestos en los cuales ella no debía obviarse¹³.

De ahí que fue necesario consagrar otra regla que recibió el nombre de *nulidad virtual* mediante la cual se equiparó toda *cláusula prohibitiva* de la ley a la previsión por ella de la sanción expresa de nulidad.

De tal forma, y desde entonces, el quebrantamiento de la prohibición legal trae aparejada la posibilidad de anular el acto respectivo.

Aun así, el principio es de extrema dureza, pues posibilita inútiles declaraciones de nulidad que a nada conducen y obvia casos en los cuales puede estar resentido el derecho de defensa, con lo cual el sistema todo puede ser tachado de formulista.

Así es como, desde antaño, la regla se atenúa, primero doctrinal y luego legislativamente, mediante la introducción al sistema de dos importantes variantes: las reglas del *finalismo* y de la *trascendencia*.

3) *Finalidad incumplida del acto.*

La regla del *finalismo* enseña que, aun cuando no exista previsión de sanción en la ley, basta que el acto carezca de alguno de los requisitos indispensables o esenciales en orden a la obtención de su fin, para que se considere que el juez se halla facultado sin más para declarar la nulidad.

Esta atenuación, que también es de interpretación estricta, otorga al sistema un grado necesario de flexibilidad que le permite escapar de los excesivos rigores del formalismo extremo (en esencia, se trata de una simple aplicación extensiva del principio de libertad de las formas).

Su aplicación práctica permite afirmar que la forma no es buena sólo por estar consagrada en la ley sino por su aptitud para lograr el fin al cual está dirigido. En otras palabras, se trata de conocer al árbol por su fruto, de subordinar el medio al fin.

¹³ Tal como lo afirmé en la nota 8 de este mismo Capítulo.

4) *Trascendencia del acto (existencia de perjuicio).*

Para llegar a la declaración de nulidad se exige algo más: debe existir un *interés jurídico protegible con fundamento en que el acto ocasiona perjuicio a alguna de las partes*.

Y es que la aplicación estricta de la regla de la especificidad en su formulación originaria permitía mantener la sanción de nulidad para muchas formalidades reconocidamente inútiles, llegándose a declarar la *nulidad por la nulidad misma*, con desconocimiento de la verdadera función de las normas procesales.

Por ello, en la tesitura de escapar al ritualismo, ya desde el derecho francés no se acepta la declaración de nulidad en el *exclusivo beneficio de la ley*.

De tal modo, se exige que el acto que se reputa nulo ocasione, a quien tal cosa sostiene, un *concreto perjuicio de indefensión*.

Congruente con ello, cuando el interesado propone la nulidad, debe invocar la causa que la ocasiona y los hechos en los cuales ella se funda, exponiendo al mismo tiempo las razones que permitan concluir que, por el vicio procesal, quien deduce la nulidad ha quedado efectivamente privado del ejercicio de una facultad o que no ha podido cumplirla cuando era pertinente.

Esta regla exige que la nulidad sea trascendente, y, por eso, recibe el nombre de *trascendencia*.

5) *Debe mediar petición de parte.*

Esta regla merece especial atención, porque es aquí donde se pone de relieve la importancia de la afirmación referida a que no se aplica en el derecho procesal la conocida clasificación de nulidades absolutas y relativas.

La doctrina equipara desde antaño estas categorías con los distintos intereses que pueden hallarse en juego. Y así, se dice que la nulidad absoluta es de orden público y, por ende, incontestable, en tanto que la relativa es de mero interés privado y, por ello, convalidable.

Quienes así lo hacen, efectúan su afirmación desde la óptica exclusiva del litigio civil y sin aclarar debidamente cuándo opera una nulidad

absoluta en el proceso, dejando de lado el penal, cuya esencia responde a otros principios de indudable raigambre constitucional.

Colocando el tema en la mira de una teoría general del proceso de las garantías constitucionales y, por tanto, computando al efecto sus diversas ramas, parece conveniente dejar definitivamente de lado —por confusa e inservible a estos efectos— la distinción entre nulidad absoluta y relativa, trocándola por otra que pueda resultar más clara para el intérprete.

Y, así, habrá que distinguir entre una *nulidad declarable sólo a petición de parte* y *nulidad que también puede (o debe) declararse de oficio por el juez*.

En el orden civil, en el cual se tiene en cuenta preponderantemente el mero interés privado en litigio, es lógico que se necesite la petición de parte como presupuesto de la declaración de nulidad, pues el juez no debe actuar de oficio salvo que exista¹⁴ caso de *auténtica indefensión*.

Sin embargo, esta última afirmación también es relativa, pues sobre la voluntad del juez (en rigor, de la ley) priva la del propio interesado: su consentimiento expreso o tácito a un acto obviamente anulable imposibilita toda actuación oficiosa.

En el orden penal, el interés en juego es por completo diferente: la vida misma y la libertad del reo.

Y aquí, conforme expresas garantías que consagran habitualmente las constituciones, ningún vicio es subsanable cuando el mismo no permite que el acto defectuoso obtenga su finalidad, por lo cual todas las partes pueden impetrar útilmente su anulación o el juez suplirla de oficio en beneficio del reo, ambos en cualquier estado y grado del proceso.

Efectuada esta aclaración, y retornando al campo del proceso civil, fácil resulta comprender el porqué de la inclusión de este presupuesto en nuestro esquema.

Hasta aquí he mencionado los requisitos que pueden considerarse como positivos. Véanse seguidamente los negativos.

6) *Protección del acto.*

En un proceso concebido según la regla moral, no puede permitirse ni apanarse la añagaza o la arteria.

De ahí que parece razonable sostener lógicamente que, por aplicación del principio de moralidad y de elementales reglas de buena fe, no debe alegar la nulidad aquel cuya actuación concurrió a cometer el vicio o que sabía o debía saber su existencia.

Con ello, se trata de proteger la validez del acto, acordando legitimación para impetrar la nulidad sólo a la parte a quien no se puede imputar su comisión viciosa.

Esta regla recibe el nombre de *protección*.

7) *Subsanación del acto.*

Este requisito negativo implica la posibilidad de reparar o remediar el defecto que vicia el acto.

La subsanación puede efectuarse, hablando muy latamente, de diversas maneras:

a) *Actuando el interesado de conformidad con el acto viciado.*

Parece totalmente irrelevante sostener la posibilidad nulificatoria si quien podía quejarse al respecto no sólo no lo hizo sino que, antes bien, cumplió una determinada y concreta conducta en acatamiento a lo dispuesto o actuado con vicio.

b) *Produciendo el interesado un nuevo acto que confirma o ratifica el acto anulable.*

c) *Cumpliendo con su finalidad jurídica.*

Atendiendo a que el requisito del finalismo ya antes citado implica la prevalencia del resultado sobre el medio que debe emplearse para alcanzarlo, un acto defectuoso no debe ser declarado nulo cuando, no obstante su desajuste con el patrón contenido en la norma, *ha cumplido acabadamente con su finalidad*: piénsese, por ejemplo, en una cédula de notificación con irregularidades y que, al llegar a manos del interesado, le permite enterarse cabalmente de lo que se le debía noticiar en el caso.

¿Qué sentido, sino un puro e irracional apego a un absurdo formulismo, tendría declarar la nulidad por el vicio de forma?

¹⁴ Lo afirmo otra vez.

Como se ve, esta idea de la obtención de la finalidad del acto no hace al concepto de nulidad sino al de utilidad de su declaración.

d) *Indiferencia de la declaración de nulidad del acto.*

Teniendo en cuenta la utilidad que produce la anulación, ella no procede cuando es *indiferente a los fines del proceso*. Aunque en rigor no constituye un supuesto de subsanación, algunas legislaciones subsumen el caso en este título.

e) *Sustitución del acto vicioso.*

Aunque tampoco se trata técnicamente de un supuesto de subsanación, es habitual que se incluya como tal a la *sustitución del acto vicioso*, consistente en su repetición con caracteres de regularidad.

f) *Revalidación del acto.*

Igualmente se opera la subsanación por *revalidación del acto*, lo cual ocurre cuando el interesado, sabedor de la existencia del vicio, lo consiente expresa o tácitamente. En este caso, dejando precluir la oportunidad para impugnarlo por el medio adecuado al efecto que, según los distintos códigos, puede ser —en la propia instancia— el recurso de reposición o el incidente de nulidad.

Como es obvio, quedan a salvo en este caso los sujetos a quienes la ley protege de su propia incapacidad (por ejemplo, Cód. Civil argentino, art. 1041).

8) *Conservación del acto por duda.*

Algo más falta aún para llegar a la declaración de nulidad: se trata de una regla que rara vez se halla legislada pero que surge obvia de la naturaleza misma de las cosas y, con mayor razón, en la aplicación del derecho.

Partiendo de la base de que la nulidad es similar a la nada, elementales razones de seguridad y orden permiten afirmar que toda declaración de nulidad es en sí misma disvaliosa y que sólo cabe llegar a ella en grado extremo y hartamente comprobado.

De ahí que resulte preservable todo acto procesal y que la declaración de anulación deba reservarse para ser empleada como medio último ante la existencia de una efectiva indefensión. Por eso, *siempre que*

exista duda en el juez acerca de si cabe o no declarar la nulidad de un acto dado, debe optar por conservar o mantener su validez.

Así nace la regla de conservación.

9) *Declaración judicial de la nulidad.*

Por último, para que un acto sea nulo, cabe destacar la vigencia de un requisito final: *la declaración judicial*, pues no hay nulidad procesal sin sentencia que la declare.

Para terminar, si se acepta —como puro recurso docente— la factibilidad de formular matemáticamente el juego de los distintos presupuestos positivos y negativos que he analizado hasta ahora, puedo sintetizar lo expuesto con la fórmula que inserto al final de este Capítulo.

4. LOS MEDIOS PARA HACER INEFICAZ UN ACTO PROCEDIMENTAL

Adelanto sintéticamente ahora lo que se desarrollará en Capítulos posteriores (particularmente, en el Capítulo 30): según quién sea el sujeto que realiza la actividad que se reputa ineficaz, la declaración respectiva puede ser instada por la parte interesada por distintas vías:

- 1) *acción o excepción*: si el acto que se ataca fue realizado por la contraparte;
- 2) *incidente*: si el acto que se ataca fue realizado por quien no es parte ni autoridad (juez o árbitro);
- 3) *recurso*: si el acto que se ataca fue realizado por autoridad (juez o árbitro).

Este esquema, que se corresponde lógicamente con los que se han visto acerca del proceso, no es aceptado por ciertas legislaciones que confunden los medios de ataque, autorizando vías cuyo ejercicio no se compadece con lo expuesto¹⁵.

Claro está, el sistema codificado siempre es contingente y, para saber cómo opera en un lugar dado, habrá que ocurrir a la ley respectiva. Otras legislaciones, por fin, autorizan también la declaración oficiosa imponiendo al juez el deber de evitar la ineficacia del proceso o de la sentencia que se dicte a su término.

¹⁵ Por ejemplo, la mayoría de los códigos argentinos toleran, incorrectamente, que se ataque en ciertos casos a una sentencia por la vía del incidente y ante el mismo juez que la dictó.

$$\left[\begin{array}{c} \text{ACTO IRREGULAR} \\ + \\ \text{ESPECIFICIDAD} \\ + \\ \text{TRASCENDENCIA} \end{array} \right] + \left[\begin{array}{c} \text{PETICION DE PARTE} \\ \text{(SALVO SUPUESTO} \\ \text{DE CONSENTIMIENTO} \\ \text{DEL INTERESADO)} \end{array} \right] -$$

$$\left[\begin{array}{c} \text{PROTECCION} \\ \\ \text{O} \\ \\ \text{SUBSANACION} \end{array} \right] \left[\begin{array}{c} \text{(CONFORMIDAD)} \\ \text{O} \\ \text{RATIFICACION} \\ \text{O} \\ \text{FINALIDAD} \\ \text{O} \\ \text{INDIFERENCIA} \\ \text{O} \\ \text{SUSTITUCION} \\ \text{O} \\ \text{REVALIDACION} \end{array} \right] - \text{CONSERVACION}$$

$$+ \text{DECLARACION JUDICIAL} = \text{NULIDAD PROCESAL}$$

CAPÍTULO 15

LAS PARTES PROCESALES

SUMARIO:

1. Concepto de parte
2. Calidades esenciales
3. Capacidad
4. Clasificación
5. Legitimación
6. Modificaciones en la posición
 - 6.1. Transformación
 - 6.2. Reemplazo
 - 6.2.1. Sucesión
 - 6.2.2. Sustitución
7. Pluralidad de partes y fenómeno que origina
8. Litisconsorcio
 - 8.1. Concepto
 - 8.2. Clasificación
 - 8.2.1. Relación litisconsorcial
 - 8.2.1.1. Concepto
 - 8.2.1.2. Efectos
 - 8.2.2. Relación litisconsorcial necesaria
 - 8.2.2.1. Concepto
 - 8.2.2.2. Efectos
9. Representación procesal
 - 9.1. Legal o necesaria
 - 9.1.1. De personas jurídicas
 - 9.1.2. De personas físicas
 - 9.2. Convencional o voluntaria
10. Gestión procesal

1. EL CONCEPTO DE PARTE PROCESAL

El concepto de *parte procesal* ha variado notablemente en el tiempo, acompañando la evolución doctrinal del derecho procesal.

La idea que tradicionalmente se tuvo sobre el tema era correlativa del concepto de *acción procesal* concebida como un *derecho concreto* (ver el Capítulo 7), no desvinculado del derecho material que, por medio de su ejercicio, se hacía valer o se discutía en pleito.

De tal forma, para la antigua concepción, el vocablo procesal *parte* configuraba un concepto equivalente al de *parte de la relación jurídica material litigiosa*.

Tan antigua idea debió ceder a poco que se tipificara a la acción como un derecho *abstracto* (por oposición a *concreto*), sin vinculación alguna con el derecho material cuya existencia se pretendiera en el proceso.

Y es que la vida jurídica enseña que no siempre quien litiga es titular del derecho material cuyo señorío afirma.

Para advertir la veracidad de este postulado, suponga el lector que Juan ha vendido una cosa a Pedro y que éste no saldó su precio. Juan pretende el pago y Pedro lo resiste: se ha configurado el *conflicto* en el plano de la realidad social.

Como no existe solución autocompositiva al respecto, ahora Juan demanda judicialmente a Pedro, afirmando que éste le debe el precio de la compraventa: ya se ha visto en el Capítulo 1 que esto constituye el *litigio*.

Si bien se mira, los *sujetos-partes del conflicto* (Juan vendedor-Pedro comprador) coinciden con los *sujetos-partes del litigio* (Juan demandante-Pedro demandado): en otras palabras, y a tenor de lo que sostiene la doctrina generalizada, las *partes de la relación material* se han convertido ahora en *partes de la relación procesal*.

Pero la experiencia jurídica enseña incontrovertiblemente que Juan puede creer —de buena fe— que le vendió a Pedro cuando ello no ocurrió en la realidad.

De tal modo, el conflicto no ha aparecido en el plano de la realidad. Sin embargo, Juan puede afirmar su existencia en el plano del proceso.

Y aún más: sabiendo Juan que carece de toda relación con Pedro, decide demandarlo afirmando, por ejemplo, la existencia de una compraventa incumplida: al igual que en el caso anterior, tampoco aquí existe conflicto y, sin embargo, en ambos supuestos *hay litigio*.

De donde se puede ya colegir que existen relaciones nacidas con motivo del proceso que no se encuentran necesariamente precedidas por una relación material en estado de conflicto.

En otras palabras, no siempre existe plena coincidencia entre los sujetos que litigan (partes procesales) y los sujetos de la relación cuya existencia se afirma en el proceso (partes materiales).

Surge claro así que el concepto tradicional que identifica a la parte procesal con los sujetos de la relación obligacional no alcanza a explicar qué es la “parte” en pleito en el cual, por ejemplo, se rechaza la demanda por ausencia del derecho material afirmado en ella.

De ahí que el concepto de parte debe ser esencialmente de carácter *formal*: con total independencia de la relación material debatida, es *parte procesal* todo sujeto que de manera permanente o transitoria deduce en el proceso una pretensión en nombre propio o en cuyo nombre se actúa (nunca asume el carácter de parte el representante de ella) y aquel respecto de quien se pretende.

2. LAS CALIDADES ESENCIALES DEL CONCEPTO DE PARTE

El concepto vertido en el número precedente permite al lector advertir tres calidades esenciales de toda parte procesal:

1) *en todo proceso las partes deben ser dos*: el pretendiente y el resistente en el afirmado conflicto, el actor y el demandado (en el campo civil) o el acusador y el reo (en el campo penal). No importa a este efecto cuántas son las personas que actúan (una o varias en cada sector): siempre ocupan *dos posiciones o bandos*.

Esta calidad se conoce doctrinalmente con la denominación de *dualidad* del concepto de parte y es la consecuencia natural de la idea de *acción procesal*, que siempre es una instancia *necesariamente bilateral*;

2) *en todo proceso las posiciones duales deben hallarse enfrentadas, exhibiendo un claro antagonismo¹ entre los sujetos (gente o ente) que las ocupan*.

¹ La palabra proviene del griego, *agón*, que significa *lucha, combate*. De ahí que en todo proceso haya un *protagonista* (el actor o acusador) y un *antagonista* (el demandado o reo). Pero con la particularidad de que, como la acción es una instancia bilateral y, por ende, *ambas partes accionan* (ver Capítulo 7), a partir de la etapa de la

Esta característica es propia y, además, natural consecuencia de la idea lógica de proceso ya explicada largamente en el Capítulo 11.

Recuérdese que no hay ni puede haber proceso cuando varios sujetos están inicialmente de acuerdo entre ellos;

3) *en todo proceso las partes deben hallarse en pie de perfecta e irrestricta igualdad*. A esta calidad ya me he referido en los Capítulos 11 y 12, correspondiendo ahora insistir particularmente en una idea ya varias veces sostenida en esta obra: por ser el proceso el objeto al que tiende la acción procesal y, a su turno, por tratarse ésta de una instancia necesariamente bilateral, las partes deben ser *siempre duales, antagónicas e iguales*, pues de lo contrario no se presenta en el caso la idea lógica de proceso y, por ende, se estará ante un simple procedimiento incapaz de lograr los efectos propios de aquél.

De esta característica se extrae que a ambas partes ha de acordarse siempre la posibilidad de hacer valer las afirmaciones, negaciones, confirmaciones y alegaciones que sean menester en orden al litigio operado entre ellas, a fin de que una pueda contradecir a la otra.

Tal es la razón por la cual se conoce doctrinalmente a esta calidad con la denominación de *contradicción*, a la cual ya he mencionado como regla procesal en el Capítulo 12.

Resta agregar que, conforme a diversos criterios (el tipo de procedimiento adoptado para procesar una pretensión, o las contingencias procedimentales de alguna de las etapas del proceso, o el contenido de la materia litigiosa), es habitual denominar a las partes con otros nombres corrientes en la jerga forense:

- *ejecutante y ejecutado*;
- *recurrente y recurrido*;
- *apelante y apelado*;
- *embargante y embargado*;
- *incidentista e incidentado*;
- *deudor y acreedor*, etcétera.

Pero cabe dejar en claro que ninguna de tales contingencias procesales

negación los papeles se alternan: quien era antagonista pasa a ser protagonista y viceversa. De *agon* proviene también *agonía*: pena o sufrimiento angustioso que es lo que, precisamente, se siente al litigar.

puede alterar la posición originaria (de actor o de demandado) asumida en el proceso, que no se pierde nunca.

3. LA CAPACIDAD DE LA PARTE PROCESAL

Toda persona que desea actuar procesalmente debe ostentar una *capacidad* que admite ser analizada desde tres ángulos diferentes:

1) *capacidad jurídica para ser parte procesal*.

El tema ya ha sido desarrollado en la explicación de las condiciones de la acción procesal (ver el Capítulo 7, punto 2, acápite 3).

Sin embargo, cabe reiterar aquí que *toda persona* natural o jurídica tiene este tipo de capacidad por el sólo hecho de serlo.

En rigor, el tópico en cuestión analiza la idoneidad o aptitud jurídica que debe tener cualquiera persona para revistar en calidad de parte procesal (o sea, para ser *titular* de los derechos, deberes, obligaciones y cargas que surjan como consecuencia del proceso).

Se desprende de lo expuesto que las personas de existencia visible ostentan tal capacidad desde su concepción y hasta su muerte comprobada o declarada, y que las jurídicas (de derecho público o privado) lo son de acuerdo con la reglamentación vigente en cada lugar (habitualmente desde el otorgamiento de la personalidad por acto de autoridad hasta su disolución).

Además de lo expuesto, y como simple forma de posibilitar el ejercicio del derecho de defensa en juicio, también ostentan este tipo de capacidad algunos entes que no son propiamente *personas jurídicas* (simples asociaciones, sociedades irregulares o de hecho) y otras más que ni siquiera son *personas* (una *masa* o *conjunto de bienes* que pueden ser titulares de una relación jurídica litigiosa: herencia vacante, masa del concurso o quiebra).

Por supuesto, la actuación de estos entes se encuentra regulada legalmente, estableciéndose que quien litiga por ellos es una persona física legitimada al efecto: curador, síndico, etcétera;

2) *capacidad procesal para actuar personalmente y por sí mismo en un proceso*.

El tema será desarrollado en la explicación de los requisitos de la demanda judicial (ver el Capítulo 20).

Sin embargo, cabe reiterar aquí que el tópico en cuestión se vincula con la aptitud que debe tener el sujeto (gente o ente jurídicamente capaz) que asume el carácter de parte procesal *para ejercer por sí mismo* los derechos, deberes, obligaciones y cargas que genera todo proceso. De acuerdo con ello, carecen de esta capacidad procesal:

2.1) *los incapaces absolutos del derecho civil.*

En la mayoría de las legislaciones lo son las personas por nacer, los menores impúberes, los dementes declarados tales por juez competente y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito; en algunas legislaciones se menciona también en esta categoría a las mujeres casadas;

2.2) *los menores púberes o adultos.*

Salvo en lo que refiere a numerosas excepciones autorizadas por las leyes.

Por ejemplo, no son procesalmente incapaces:

- quienes gozan de autorización para ejercer oficio, profesión o industria o el comercio, si la respectiva pretensión se funda en relación jurídica emergente de tales actividades;
- quienes trabajan, si la respectiva pretensión deriva de sus labores o del ejercicio profesional para el que haya obtenido título habilitante;
- quienes revisten la calidad de imputado penal, en el respectivo proceso;
- quienes pretenden obtener licencia judicial en defecto de autorización paterna o la emancipación por habilitación de edad;
- quienes se hallan emancipados por matrimonio o por habilitación de edad, para actuar en proceso que versa sobre actos de administración de bienes adquiridos a cualquier título y sobre actos de disposición de bienes adquiridos por título oneroso o gratuito a condición, en este caso, de que exista autorización judicial para disponer de ellos, etcétera;

2.3) *las personas inhabilitadas judicialmente.*

Por ejemplo, por razones de ebriedad habitual, uso de estupefacientes, disminución de facultades mentales, prodigalidad, etcétera;

2.4) *los penados.*

Por ejemplo, respecto de pretensiones de contenido patrimonial o derivadas del ejercicio de la patria potestad.

Esta incapacidad deriva de la normativa penal y se circunscribe sólo a lo taxativamente enumerado por la respectiva legislación.

En la Argentina, por ejemplo, esta incapacidad no alcanza a pretensiones fundadas en derechos personalísimos: divorcio, filiación, nulidad de matrimonio, etcétera;

2.5) *los fallidos.*

Por ejemplo, para litigar acerca de bienes de la masa, aunque las legislaciones les permiten solicitar medidas conservatorias de ellos.

Adviértase que haciendo jugar al mismo tiempo ambas capacidades ya vistas –la jurídica y la procesal– resulta que todos los recién enunciados están legitimados para ser partes procesales pero no lo están para actuar por sí mismos en los respectivos procesos (ya que carecen de aptitud para contraer obligaciones).

De ahí que el legislador deba superar normativamente tal antinomia, cosa que hace al instituir la *representación necesaria*, que explicaré luego.

Baste por ahora señalar que cada incapaz de hecho tiene *siempre* un representante necesario que actuará por él en el proceso: el *padre* por el hijo; el *tutor* por el huérfano; el *curador* por el demente, o el sordomudo, o el inhabilitado, o el penado; el *síndico* por el fallido, etcétera;

3) *capacidad procesal para postular por sí mismo en un proceso.*

El tema será desarrollado en la explicación de los requisitos de la demanda judicial (ver el Capítulo 20).

Sin embargo, cabe reiterar aquí que aunque una persona sea *jurídicamente capaz* –y por ende, pueda ser parte procesal– y *procesalmente capaz* –y por tanto, pueda litigar por sí misma, sin que sea menester contar con un representante necesario *ad hoc*– muchas veces las leyes le niegan el derecho de postular *directamente* ante la autoridad, a fin de asegurarle desde la propia norma un correcto ejercicio del derecho de defensa en juicio.

Y así, en numerosas ocasiones se exige la asistencia de un *letrado* en calidad de *patrocinante* (o director de la defensa) o de *representante*

convencional (mandatario judicial), quien es a la postre el que realiza cualquier exposición técnica ante el juzgador.

Los ordenamientos vigentes que imponen asistencia letrada otorgan:

- el *pleno* derecho de postulación a quien ostenta título de abogado;
- un derecho *menos pleno al procurador* (que aun cuando puede actuar solo en ciertas ocasiones, precisa de un patrocinio abogadil en muchas otras)
- y, excepcionalmente, a la propia parte con capacidad procesal o a su representante necesario.

La nómina de casos que integran estas excepciones es relativa y varía de una legislación a otra; a simple título ejemplificativo, recuerdo entre otros a los siguientes:

- la propia parte puede postular para solicitar la concesión del beneficio de litigar sin gastos, o
- para lograr alguna medida precautoria, o
- para contestar requerimientos de carácter personal, o
- para solicitar el libramiento de orden de pago, etcétera.

Cada uno de los casos se explica por sí mismo.

Para terminar este tópico resta agregar que las tres remisiones recién efectuadas envían a temas que aparentemente se hallan vinculados sólo con la persona del actor.

Sin embargo, lo dicho en tales lugares resulta extensivo al demandado (ver al respecto, el Capítulo 21).

4. LA CLASIFICACIÓN DE LAS PARTES PROCESALES

A pesar de su apariencia de simple interés docente o académico, el tema ostenta una clara importancia práctica en razón de que además de las partes que *esencialmente* deben intervenir desde el inicio mismo de todo proceso (actor, demandado y demandado por el reconviniendo)², pueden concurrir a éste diversos sujetos con una propia relación vinculada a la litigiosa por el objeto o por la causa o por ambos elementos a la vez, a raíz de lo cual exhiben un *derecho o un interés legítimo* para intervenir en el curso procedimental del litigio.

² Adviértase que es persona diferente a la del reconvenido.

En otras palabras: sin ser partes del proceso, pueden llegar a serlo.

Pero además, una parte procesal puede circunscribir su actuación a ciertas y limitadas etapas procedimentales, y tener mayores o menores facultades en orden a la pretensión litigiosa.

De ahí que la doctrina admita desde siempre que las partes procesales pueden ser clasificadas en:

1) *originarias e intervinientes o posteriores.*

Las primeras son el actor, el demandado y el demandado por el reconviniendo.

Las segundas son todos quienes concurren voluntaria, provocada o necesariamente a un proceso ya pendiente, sin haber sido siquiera mencionados en la demanda o en la contestación (el tema se comprenderá adecuadamente luego de la lectura de los Capítulos 20 y 21);

2) *principales o primarias, accesorias o secundarias y adjuntas.*

Las *principales* o *primarias* son aquellas que sostienen una pretensión propia e independiente de toda otra: actor, demandado, demandado por el reconviniendo y ministerio público actuando como parte autónoma.

Las partes *secundarias* o *accesorias* son aquellas que actúan en ayuda de una parte principal pero sin pretensión propia: tercero asistente.

Las *adjuntas* son las que actúan por mandato legal en un proceso ya pendiente, resguardando el interés social que eventualmente puede estar comprometido en toda cuestión calificada por la ley con el carácter de *orden público*: ministerio fiscal, defensor general en actuación promiscua, ministerio pupilar;

3) *permanentes y transitorias.*

Las primeras son las que ostentan el carácter de parte durante todo el curso del proceso: actor, demandado y demandado por el reconviniendo.

Las segundas, también llamadas *incidentales*, son quienes intervienen sólo en determinadas actuaciones procedimentales con un fin preciso e interés limitado a ese fin: terceristas;

4) *necesarias y voluntarias.*

Las primeras son quienes indispensablemente deben participar en un proceso para que éste pueda obtener su objeto y resulte útil para la

composición del litigio: actor, demandado, demandado por el reconviniente y tercero interviniente necesario.

Las voluntarias son quienes se vinculan espontáneamente al proceso por ostentar una propia relación conexa con la litigiosa: tercero interviniente con pretensión excluyente;

5) *simples y plurales*.

En las primeras, la posición de parte se halla formada por un solo sujeto actuando en el respectivo bando litigante.

En las segundas, la posición de parte está integrada por varios sujetos.

5. LA LEGITIMACIÓN DE LAS PARTES PROCESALES

Ya se ha visto en el # 1 de este Capítulo que el carácter de *parte procesal* (en rigor, *parte del litigio*) es puramente formal y se adquiere como simple consecuencia de asumir un sujeto el papel de actor o de ser demandado, con total prescindencia de que ostente o no, al mismo tiempo, la calidad de parte material (en rigor, *parte del conflicto*) afirmada como existente con anterioridad en el plano de la realidad social.

Obviamente, para que la sentencia que se emita luego del proceso resulte *esencialmente justa*, lo que allí decida el juzgador acerca del litigio (por simple aplicación de la regla de la congruencia, ver el Capítulo 12) debe coincidir exactamente con lo acaecido en el conflicto.

De tal modo, si éste no existió o no se confirmó su existencia o si quien demandó o fue demandado es o son personas distintas a las que hubieron de demandar o ser demandadas, la decisión del juzgador debe ser adversa a la pretensión del actor.

Resulta así de la mayor importancia saber —en algún momento— si quien adoptó voluntariamente el carácter de parte (actor) o éste le fue impuesto (demandado) es la misma exacta persona que se encuentra en el conflicto llamado a ser heterocompuesto.

Como puede apreciarse, no se trata aquí de investigar si el actor o el demandado tienen capacidad jurídica para ser parte procesal, sino si uno o los dos son las personas ante las cuales cabe emitir útilmente la sentencia.

A esta cuestión —quién debe ser parte procesal (en rigor, quién debe sufrir o gozar de los efectos de la sentencia de mérito)— en un caso concreto se la denomina desde antiguo *legitimación para obrar* (o *legitimatio ad causam*).

La mayoría de los doctrinarios analiza el tema como vinculado o perteneciente sólo al derecho de fondo —y no al procesal— por cuya razón lo estudia siempre como un *requisito de la sentencia de fondo y mérito* y no como uno de la acción o de la demanda, lo que tiene su obvia importancia.

En rigor de verdad, se vincula estrechamente con la deducción útil de una *pretensión*; pero como la decisión al respecto debe ser adoptada en la sentencia, luego de tramitado todo el proceso, se enuncia a este requisito como propio de aquélla.

Sin embargo, algunas legislaciones muy modernas se apartan de estas líneas de interpretación y autorizan un tratamiento auténticamente procesal al darle el carácter de excepción previa siempre que resulte ser *manifiesta*, es decir que pueda afirmarse sin duda alguna desde el inicio mismo del proceso que quien demanda no es la persona del acreedor que puede hacerlo o que quien es demandado no es la persona del deudor.

El problema se presenta a menudo: supóngase que Juan demanda a Pedro por el cumplimiento de un contrato creyendo que es su deudor cuando en realidad es un subcontratista de Diego, verdadero deudor.

En otras palabras: según la relación jurídica sustancial generadora del conflicto, sólo Pedro está legitimado para demandar y sólo Diego está legitimado para ser demandado, pues ambos son los *titulares del derecho litigioso*.

Claro es que podrá demandar Pablo y, por tal razón será parte procesal del litigio, pero como no es el auténtico acreedor no está legitimado para obtener una sentencia a su favor (ya que él no fue parte del conflicto).

El problema se complica en extremo a raíz de que en numerosas ocasiones las leyes legitiman a ciertas personas para demandar o ser demandadas a pesar de *no ser los titulares del derecho*: por ejemplo, es obvio que la titularidad del derecho para demandar la nulidad de un

matrimonio pertenece a los cónyuges, legitimados al efecto como simple consecuencia de ostentar tal titularidad.

Sin embargo, algunas leyes autorizan a que otras personas (por ejemplo, los ascendientes) demanden dicha nulidad y a otras más (los descendientes) para intervenir en el respectivo proceso alegando la validez del vínculo.

Este ejemplo muestra un tipo de legitimación *extraordinaria* que se conoce con la denominación de *legitimación por categorías*: todos quienes están en la misma categoría (de socio, de pariente, de ascendiente, etcétera) pueden actuar procesal y útilmente a pesar de no ostentar en sus personas la titularidad del derecho, que pertenece a otro sujeto.

Son, simplemente, *titulares del interés para obrar*.

Igual ocurre con el caso de la llamada acción subrogatoria, que analizaré luego de explicar en qué consiste la sustitución procesal.

El tema no es pacífico en la doctrina y los autores le brindan diferentes tratamientos que dan a las palabras usadas en este texto un alcance distinto al que ya les he otorgado.

Pero algo queda en claro para el lector: como consecuencia de la enorme amplitud con la cual cabe admitir a la acción procesal, cualquiera puede demandar si afirma en la demanda la existencia de un conflicto en el plano de la realidad social.

Esto no quiere decir que la pretensión aneja a la acción sea estimada sin más al momento de la sentencia, en cuya oportunidad el juzgador debe analizar, por ejemplo, si quien dijo ser acreedor realmente lo es.

Y como esta tarea se cumple sólo en la sentencia (salvo que la falta de legitimación sea manifiesta, en el supuesto de las legislaciones que aceptan su tratamiento dentro del proceso) y allí se hace mérito de la calidad jurídica invocada, parece razonable aceptar que el tema no corresponde a la materia procesal, cual lo afirma importante doctrina.

Volveré sobre este tópico al explicar el Capítulo 26.

6. LAS MODIFICACIONES EN LA POSICIÓN DE PARTE

Habitualmente, actor y demandado permanecen ocupando sus respec-

tivas posiciones antagónicas desde el inicio mismo del proceso y hasta la total ejecución de la sentencia que se emite acerca de la pretensión procesal.

Pero el curso del tiempo entre ambos actos —presentación de la demanda y ejecución del bien de que se trate— así como diversas relaciones que vinculan a las partes con ciertos terceros, generan muchas veces varios cambios de sujetos en la posición ocupada por alguno de ellos.

Y así es que cabe hablar del tema relativo a este tópico, dividiéndolo en dos supuestos: *transformación y reemplazo* de los sujetos que integran la parte procesal.

6.1. LA TRANSFORMACIÓN EN LA POSICIÓN DE LA PARTE

Existe *transformación* en la posición de parte cuando ésta ha sido ocupada inicialmente por un solo sujeto (parte simple) y con posterioridad pasa a ser ocupada por varios (parte compleja) o viceversa.

Este supuesto se presenta cuando a una de las partes originarias (actor o demandado) se le suma en el curso procedimental por lo menos un sujeto (tercero interviniente coadyuvante) que ostenta una propia relación con alguna de aquéllas que es conexa por la causa con la que se halla litigiosa.

Del mismo modo, cuando sobre la base de una relación jurídico-material inescindible no han demandado o no se ha demandado a todos los sujetos que necesariamente deben ocupar la respectiva posición de parte procesal para que la sentencia a dictar sea de cumplimiento *posible y útil*.

El caso inverso —de compleja a simple— se presenta cuando varios sujetos han demandado o sido demandados conjuntamente y, por una de varias razones posibles, algunos de ellos se retiran del proceso dejando la posición de parte ocupada por un solo sujeto (por ejemplo, algunos coactores desisten del derecho litigioso y uno solo de ellos decide permanecer litigando).

La importancia del tema es obvia: cuando varios sujetos se encuentran colitigando en una determinada posición procesal sobre la base de un mismo hecho (supuestos de conexidad causal y de afinidad, ver el Capítulo 8) existe entre ellos un especial vínculo que hará que ostenten

siempre una *suerte común* respecto del hecho (caso de relación litisconsorcial, ver el # 8.2.1 de este Capítulo) o de la conducta que el juzgador les imponga eventualmente cumplir después de sentenciar el litigio (caso de relación litisconsorcial necesaria, ver el # 8.2.2.1 de este Capítulo).

De tal modo, el juzgamiento no es igual en los distintos supuestos y eso debe ser tenido en cuenta por el juzgador al momento de sentenciar. El tema se comprenderá luego de conocer los efectos de la relación litisconsorcial (como género y como especie, ver el # 8 de este Capítulo).

6.2. EL REEMPLAZO DE LOS SUJETOS QUE OCUPAN O QUE DEBEN OCUPAR LA POSICIÓN PROCESAL

Durante el curso procedimental o aun para iniciar el proceso, puede ocurrir que el sujeto que se halla ocupando o que debe ocupar originariamente una de las posiciones procesales sea reemplazado por otro u otros a raíz de razones varias que se explicarán luego.

En orden a tales razones corresponde tratar el tema desde una doble óptica: la *sucesión procesal* y la *sustitución procesal*.

6.2.1. LA SUCESIÓN PROCESAL

Existe *sucesión procesal* siempre que el sujeto que ocupa efectivamente una de las posiciones procesales originarias es reemplazado por otro u otros, a consecuencia de un acto entre vivos o por causa de muerte que transmite los derechos litigiosos —con la consiguiente pérdida de legitimación— y convierte al reemplazante en el nuevo legitimado para obtener una sentencia de mérito.

La sucesión puede ser a título *universal* o *singular* y ambas tienen origen en los dos supuestos recién mencionados e implican la natural consecuencia en el proceso de la transmisión genérica o particular de los derechos sustanciales.

1) Existe *sucesión procesal* a título *universal* cuando se opera la transmisión de una *universalidad de bienes* y alguno de los que la componen se halla en litigio.

Este tipo de sucesión puede ser:

a) *por fallecimiento (mortis causæ) real o presunto de una persona física.*

A raíz de ello, se transmiten sus bienes en favor de sus herederos y legatarios de cuota. Inmediatamente después de que esto ocurre, el carácter de *sucesor* es asumido por *todos* los herederos y legatarios —como masa representada por un administrador (ver el # 3 en este Capítulo)— hasta que se realiza la división de la herencia y se aprueba la partición; desde allí en más permanecerá como parte procesal sólo aquel heredero o legatario de cuota a quien se adjudicó la cosa que se halla en litigio.

Resta agregar aquí que esta figura sucesoria no se presenta en todos los supuestos justiciables, pues hay casos en los que la muerte de la parte procesal determina sin más la extinción del respectivo proceso, sin posibilidad de que participen en él eventuales sucesores (por ejemplo, muerte del presunto insano estando pendiente el juicio de declaración de incapacidad);

b) *por extinción o disolución de personas jurídicas.*

En este caso ocurre algo similar al del fallecimiento de persona física, debiendo suceder en la posición de parte procesal quien actúe en calidad de *liquidador*.

Sin embargo, algunas legislaciones (como la argentina) establecen que este supuesto no implica la pérdida de la personalidad jurídica —solución por cierto contingente— la cual se reputa que continúa al solo efecto de concluir las operaciones sociales y de liquidar el respectivo patrimonio;

c) *por fusión y escisión de sociedades.*

Ambos casos implican una necesaria transferencia de patrimonio. A raíz de ello, y de hallarse en litigio algún bien perteneciente a los primitivos entes (sociedad absorbida o sociedades escindidas), la calidad de parte procesal será sucedida a las nuevas sociedades.

2) Existe *sucesión procesal* a título *singular*, cuando se opera la transmisión de un derecho litigioso.

Esta sucesión puede ser:

a) *por actos entre vivos.*

Por ejemplo, compraventa, donación, permuta, cesión, etcétera, del objeto controvertido en un litigio.

Este tipo de sucesión ostenta disímil regulación en los diferentes ordenamientos procesales: en tanto algunas leyes permiten sin más la presencia en el proceso pendiente del comprador, cesionarios, etcétera, con la consiguiente extromisión (alejamiento) de la parte originaria (vendedor, cedente, etcétera)³, muchas otras no autorizan la extromisión o, a lo sumo, la sujetan a la aceptación de la contraparte⁴. En este supuesto, el sujeto que continúa actuando en la respectiva posición procesal pasa a ostentar la calidad de sustituto procesal (ver el número siguiente);

b) *por causa de muerte.*

Como consecuencia del fallecimiento de una persona, su legatario puede sucederla en el proceso donde se discute acerca de la cosa legada.

El supuesto no debe ser confundido con el expuesto precedentemente bajo el # 1) a) ya que aquí no se trata de un legatario de cuota y, por tanto, la transmisión se reduce a un bien determinado y no a una universalidad.

Como se desprende de lo explicado antes, en todos los supuestos tratados existe el reemplazo material de un sujeto por otro en virtud de haber cambiado la legitimación para actuar en el proceso en orden a obtener una sentencia que heterocomponga útilmente el litigio.

De tal modo, no existe sucesión procesal cuando el reemplazo se produce sin cambio de legitimación, lo cual ocurre, por ejemplo, cuando se producen variantes en la capacidad procesal de la parte: quien es capaz pierde su aptitud de litigar personalmente por sentencia de incapacitación o, a la inversa, cuando quien es incapaz (menor de edad) adquiere capacidad (por ejemplo, llega a la mayoría de edad).

En ambos casos existe un desplazamiento de personas: en el primero aparecerá el representante legal a suplir la inactividad de la parte; en el segundo, la propia parte desplazará a quien hasta entonces la representaba.

³ Cuando esto ocurre, la parte extromitida queda vinculada a los efectos de la sentencia que se emita acerca del litigio.

⁴ Cuando esto ocurre, el cesionario puede actuar en el proceso en calidad de tercero *coadyuvante*, aunque algunas legislaciones le otorgan el carácter de *asistente*.

Pero adviértase bien que el carácter de parte (en cuanto a la legitimación) no ha variado en absoluto: *la parte es siempre la misma.*

6.2.2. LA SUSTITUCIÓN PROCESAL

Ocurre algunas veces que la ley o el contrato *legitiman* a ciertos sujetos para actuar en un proceso dado aun cuando, en puro derecho, ostenten la calidad de *terceros* respecto de una relación jurídica.

Por ende, no son ni pueden ser sin más partes ni sucesores singulares o universales de ellos en la relación material para intervenir en su discusión procesal en razón de tener una propia vinculación con alguna de las partes originarias gracias a la cual pueden ejercitar un derecho conferido por la ley, o deben asumir una obligación de garantía legal o contractual.

Cuando tal tercero decide actuar en un proceso, adopta la denominación tradicional de *sustituto*⁵ y pasa a ocupar la posición procesal de la parte *sustituída*.

Tal cosa puede hacerse respecto:

1) del *actor*:

El tercero lo sustituye *siempre voluntariamente* a fin de incoar el proceso (quien demanda es el propio sustituto) en razón de que la ley lo legitima para demandar directamente al deudor de su deudor: es el caso de la llamada *acción subrogatoria*;

2) del *demandado*:

El tercero lo sustituye voluntariamente o provocado al efecto por el propio demandado en el proceso ya pendiente, en razón de que le adeuda –legal o contractualmente– una obligación de garantía respecto de la pretensión litigiosa: es el caso de la *citación en garantía*, que explicaré en el Capítulo 18. Allí volveré sobre el tema.

Para la cabal comprensión de la figura cabe compararla con la *sucesión* y la *representación* (ver los # 6.2.1 y 9 de este Capítulo):

⁵ Cuando refiere a una persona, la voz *sustituto* (que opera tanto como adjetivo cuanto como sustantivo) refiere a quien hace las veces de otra o desempeña sus mismas funciones. En este caso, es el sustantivo con el cual se menciona al sustituyente de otro.

a) en la sucesión hay siempre un *cambio* de persona legitimada para intervenir en la relación jurídico-material y, por ende, para actuar procesalmente, a raíz de lo cual un sujeto (por ejemplo, el cesionario) puede pasar a ocupar en el proceso el mismo exacto lugar de otro (por ejemplo, el cedente).

A consecuencia de ello, el sucesor (porque *continúa* a la persona del causante) carece de facultades para deducir defensas personales propias frente a la contraparte (aunque alguna legislación, contingentemente, disponga lo contrario).

En la sustitución se presenta un *nuevo legitimado* al lado del legitimado primitivo; por tanto, no hay cambio alguno en el régimen de legitimación sino una *suma* de sujetos que pueden actuar útilmente.

En consecuencia, el sustituto —que no *continúa* a la persona de causante alguno, pues no lo hay— puede deducir defensas personales propias frente a su contraparte;

b) en la representación (como se verá luego en el # 9 de este Capítulo), el representante actúa siempre a *nombre de un tercero* (el representado) y carece de todo interés propio respecto de la relación litigiosa.

En la sustitución, en cambio, el sustituto actúa siempre a *nombre e interés propio* aunque utilizando al efecto una relación jurídico-material ajena, a la cual se halla indirectamente vinculado por la ley o por el contrato.

Además, los efectos propios del caso juzgado afectan por igual a sustituto y sustituido pero nunca alcanzan al representante.

Hasta aquí he descrito el fenómeno puro, con prescindencia —al igual que en el resto de la obra— de una concreta legislación acerca del tema.

Pero debo advertir al lector que cada normativa vigente regula dicho fenómeno en forma harto disímil.

De ahí que muchas veces exista confusión doctrinal respecto de las figuras de sucesión y sustitución, lo que se agrava en demasía cuando no se permite la extromisión del sustituido o del causante en la sucesión singular.

Una cabal comprensión del tema exige el estudio detenido de la legislación de que se trate.

7. LA PLURALIDAD DE PARTES Y EL FENÓMENO QUE ORIGINA

Adelantando aquí lo que diré textualmente en el Capítulo 23, deseo remarcar que es natural que *un* procedimiento judicial sea el continente de *un* proceso originado en *una* pretensión demandada por *un* sujeto contra *otro* sujeto.

Sin embargo, la realidad jurídica enseña que un sujeto puede pretender un objeto de uno o varios sujetos o, a la inversa, que varios sujetos pueden pretender de un sujeto uno o varios objetos y, finalmente, que varios sujetos pueden pretender uno o varios objetos de varios sujetos.

Cuando ello acontece, las normas procesales permiten configurar lo que la doctrina llama *proceso acumulativo* (en rigor, se trata de *procesos acumulados*) entendiendo por tal a aquel procedimiento que sirve para la satisfacción de por lo menos dos pretensiones.

El tratamiento puntual del tema se hará en el Capítulo 23, al tratar la *acumulación procesal*.

Por ahora, interesa destacar —cual lo adelanté al clasificar el concepto de *parte*— que una o las dos posiciones procesales pueden ser ocupadas por más de un sujeto: resulta de ello que hay una *parte plural* que está constituida por lo menos por dos sujetos que reúnen, originaria o sucesivamente, sus pretensiones o resistencias por mediar entre aquéllos una especial vinculación originada por una conexidad objetiva, una conexidad causal, una conexidad mixta objetivo-causal o una afinidad (ver sus conceptos en el Capítulo 8).

Ya hice notar en el # 6.1 de este Capítulo que el fenómeno de la pluralidad ostenta una singular y obvia importancia, toda vez que la tarea de juzgar es diferente cuando se trata de sentenciar acerca de una sola pretensión o de varias acumuladas.

Para poder comprender esta afirmación y el fenómeno procesal que se deriva de ella, cabe poner especial atención en el vínculo existente entre los diversos sujetos que se hallan colitigando en la misma posición procesal (actora o demandada) y no con la contraparte.

Los ejemplos del caso ya fueron expuestos en el Capítulo 8:

1) cuando entre las diversas pretensiones existe una *conexidad objetiva* (caso 4.3.2) hay siempre un interés concurrente de por lo menos tres sujetos.

Aquí cabe distinguir dos supuestos:

a) la *conexidad objetiva* es por *identidad del objeto pretendido*

Caso del desalojo intentado por el propietario de un fundo ocupado parcialmente por un locatario y parcialmente por un usurpador;

b) la *conexidad objetiva* es por *incompatibilidad de las diferentes pretensiones que versan sobre un mismo objeto*

Caso de dos personas que pretenden excluyentemente ser titulares de un mismo predio que posee otra;

2) cuando entre las diversas pretensiones existe una *conexidad causal* (caso 4.3.3) o una *conexidad mixta objetivo-causal* (caso 4.3.4) o una *afinidad* (caso 4.4), existe siempre un interés concurrente de por lo menos dos sujetos (advuértase que el número mínimo imprescindible de interesados es diferente en los supuestos 4.1 y 4.2).

Como en todas las hipótesis planteadas hay más de una persona ocupando la posición de parte procesal y, reiterando idea recién expuesta, corresponde investigar siempre si existe algún vínculo entre ellas y, en su caso, determinar cuáles son los efectos que derivarán de esto respecto de los sujetos plurales.

La doctrina no es pacífica acerca del tema; más aún: confunde al intérprete y al propio legislador, haciéndole emplear vocablos cuyo uso no se adecua con lo que acaece en la realidad.

Varios son los métodos que permiten explicar docentemente el fenómeno: desde hablar de la existencia de una *parte* integrada por varios sujetos hasta mencionar la coexistencia de *tantas partes* como sujetos se hallan litigando.

En anteriores trabajos utilicé uno de esos métodos; hoy utilizaré el otro, considerando que posibilita una mejor comprensión del tema.

1) Cuando entre las diversas pretensiones existe una *conexidad objetiva*, cada uno de los sujetos que litiga asume el papel de parte procesal *absolutamente independiente* de las demás que ocupan su misma posición

(caso de conexidad por identidad del objeto) y, con mayor razón, de las que se hallan ocupando posiciones antagónicas (caso de conexidad por incompatibilidad de pretensiones sobre un mismo objeto).

2) Cuando entre las diversas pretensiones existe una *conexidad causal* o una *afinidad*, cada uno de los sujetos que litiga asume el papel de parte procesal que actúa no independiente sino *coordinadamente* con las demás, en razón de que *siempre* existe un mismo y único *hecho causal* como basamento de todas las pretensiones.

Y, claro está, tal hecho debe ser juzgado *unitariamente* de modo que se acepte su existencia o su validez frente a todos o frente a ninguno, toda vez que no resulta lógicamente posible que el juez lo tenga por válido respecto de un litigante y como inválido en cuanto al otro que ocupa la misma posición.

Esta circunstancia origina el fenómeno de la *relación litisconsorcial* que explicaré luego.

3) Cuando entre las diversas pretensiones existe una *conexidad mixta objetivo-causal*, cada uno de los sujetos que litiga asume un papel idéntico al recién señalado; por tanto, en razón de que aquí también el *hecho causal* es único y el mismo respecto de todas las pretensiones, su juzgamiento debe ser unitario e igual para todos los litigantes que ocupan la misma posición.

Pero hay algo más: como la conexidad es mixta, la solución que se brinda al litigio no sólo debe ser idéntica respecto del *hecho causal* sino también en cuanto al *objeto pretendido*.

Esta circunstancia origina el fenómeno de la *relación litisconsorcial necesaria*, que explicaré seguidamente.

8. EL LITISCONSORCIO

8.1. EL CONCEPTO

Etimológicamente, la palabra *litisconsorcio* deriva de la expresión latina *lis* (*litis*), que puede ser traducida por *litigio*, y *consortio* (*onis*), de *cum* y *sors*, que significa *suerte común*.

Resulta de ello que, técnicamente, la voz *litisconsorcio* refiere a un *litigio con comunidad de suerte* entre las diversas personas que integran una de las posiciones procesales de actor o demandado.

Como ya lo dije en el número precedente, ello no puede ocurrir siempre en *todo* supuesto de existencia de varios sujetos integrando un mismo bando procesal, sino sólo cuando entre los colitigantes media una propia vinculación jurídica de tal entidad que requiere una *decisión judicial uniforme* para todos.

Por eso es que se ha dicho que entre los conceptos de *pluralidad de partes* y de *litisconsorcio* hay una relación de género a especie: todo litisconsorcio supone una pluralidad de partes, pero no ocurre lo propio a la inversa.

También dije en el número anterior que esta particular vinculación se presenta sólo en tres casos: cuando entre las distintas pretensiones que se sustentan en un mismo pleito hay *conexidad causal*, *conexidad mixta objetivo-causal* y *afinidad* (advuértase que en los tres supuestos el vínculo común es el mismo *hecho causal*).

Quedan así absolutamente descartados todos los supuestos de *conexidad objetiva* en los cuales podrá haber pluralidad de partes (absolutamente independientes) pero nunca litisconsorcio.

Por no haber advertido esta circunstancia tan obvia, la doctrina generalizada ha confundido al legislador y confunde hoy al intérprete hasta el punto que sigue hablándose de *litisconsorcio impropio* cuando ello no es litisconsorcio.

Se entenderá mejor la crítica luego de leer el punto siguiente.

8.2. LA CLASIFICACIÓN DEL LITISCONSORCIO

Tradicionalmente, la doctrina acepta cuatro criterios clasificatorios respecto del tema:

1) según que la pluralidad de sujetos consista en la actuación de varios actores frente a un demandado, de un actor frente a varios demandados, o de varios actores frente a varios demandados, el litisconsorcio se denomina, respectivamente, *activo*, *pasivo* y *mixto*.

Este tipo de clasificación sólo se concreta a mostrar la *posición procesal* en la cual se halla colocada la relación litisconsorcial, cosa que nada agrega o quita al concepto y que, de consiguiente, carece de toda relevancia técnica. Por tanto, es aconsejable prescindir definitivamente de ella;

2) según que la pluralidad de sujetos, actores o demandados, aparezcan *desde la iniciación* del proceso (casos de acumulación subjetiva de pretensiones conexas por la causa o afines y de acumulación subjetiva de pretensiones conexas por el objeto y por la causa, ver el Capítulo 8) o se verifique durante su *posterior desenvolvimiento* (casos de sucesión procesal sin extromisión, integración de litigio, acumulación de procesos —ver el Capítulo 23— e intervención adhesiva autónoma o coadyuvante, ver el Capítulo 18), el litisconsorcio puede ser *originario* o *sucesivo*.

Al igual que el caso anterior, este criterio clasificatorio carece de todo sentido técnico y constituye sólo un método para la presentación académica del tema;

3) según que entre los sujetos que forman la posición con pluralidad de partes exista o no una verdadera vinculación jurídica que los haga seguir o no una suerte común, el litisconsorcio se clasifica en *propio* (una de sus variantes es el *necesario*) e *impropio*.

En razón de que este criterio clasificador sólo produce confusión en el intérprete, toda vez que —en rigor de verdad— el llamado litisconsorcio impropio *no es litisconsorcio* (no hay *suerte común* entre los diversos colitigantes), propongo dejarlo definitivamente de lado;

4) según que la constitución del litisconsorcio obedezca a la libre y espontánea voluntad de las partes o se halle impuesta por la ley o por la naturaleza inescindible de la relación o situación jurídica que constituye la causa de la pretensión procesal, se distingue el litisconsorcio *facultativo* del *necesario*.

Este criterio clasificatorio obedece a la grave confusión conceptual que existe en la doctrina y en el propio texto de algunas leyes procesales, que denominan litisconsorcio facultativo a casos de pluralidad de partes emergentes de supuestos de pretensiones conexas por el objeto (recuérdese que allí son *siempre* independientes y, por tanto, *nunca* requerirán ostentar una *suerte común*).

Pero además, la palabra *facultativo* parecería indicar que la formación del litisconsorcio queda librada a la *exclusiva voluntad* del actor, cosa que es manifiestamente inexacta aun cuando la pretensión se base en una relación jurídica *escindible*, toda vez que si alguien demanda en

procesos separados (por ejemplo, a sus codeudores solidarios) las pretensiones *deben ser acumuladas* aun contra la voluntad del actor para que sean juzgadas en pronunciamiento único a fin de que puedan operar los efectos específicos de esta peculiar relación (ver el # 8.2.1.2 de este Capítulo).

Por tanto, se trata de una clasificación errónea que crea confusión en el intérprete y que, por ende, conviene también dejar de lado.

Por las razones expuestas, y no siendo aceptable *ninguno* de los criterios clasificatorios vistos precedentemente, dado que son inútiles o que confunden al lector, estimo que sólo cabe hablar de *litisconsorcio* (como género) para referir a la vinculación que existe entre varios sujetos ligados por una relación jurídica *escindible* y *litisconsorcio necesario* (como especie del género) para referir a la vinculación entre varios sujetos ligados por una relación jurídica *inescindible*.

8.2.1. LA RELACIÓN LITISCONSORCIAL

8.2.1.1. EL CONCEPTO

El género *litisconsorcio* existe cuando entre diversas pretensiones se presenta un vínculo de conexidad causal o de afinidad.

De tal forma, el litisconsorcio surge entre *varios sujetos* que son *cotitulares de una relación jurídica escindible* (ver el ejemplo en el Capítulo 8) o *afines* (idem), que ocupan una *misma posición procesal* y que deben tener *comunidad de suerte* en cuanto es idéntico el *hecho causal* de las respectivas pretensiones.

Esta *escindibilidad* es la que torna facultativo para el acreedor (he aquí otra de las razones que han generado el error legislativo de denominar *litisconsorcio* a los supuestos de conexidad objetiva, en los cuales siempre hay independencia de actuación) el demandar, verbigracia, a uno o a otro de sus deudores o a ambos: el caso se presenta paradigmático en el supuesto de deuda solidaria, en el cual el acreedor puede elegir de entre sus varios deudores a la persona que demandará y percibir de ella el total de su acreencia.

Pero debe quedar en claro que tal facultad es *relativa*, toda vez que ello no significa dejar librada a la exclusiva voluntad del actor la formación del litisconsorcio so pretexto de que lo hace con fundamento

en una relación escindible y de que nadie puede obligarlo a demandar a quien no quiere, ya que si demanda a sus diversos deudores en procesos separados éstos *deben ser acumulados* para su juzgamiento en pronunciamiento único que contenga igual solución para todos respecto del hecho causal (el tema se comprenderá cabalmente luego de la lectura del Capítulo 23).

Y ésta es, precisamente la diferencia fundamental que existe entre la relación litisconsorcial (casos de conexión causal, de conexión objetivo-causal y de afinidad) y la simple acumulación subjetiva de pretensiones (casos de conexidad objetiva, ver los Capítulos 8 y 23) ya que esta última se caracteriza por ser verdaderamente *facultativa* para el actor en razón de que aquí es factible procesar y sentenciar por separado a cada pretensión y, aún más, separarlas después de haber sido incoadas conjuntamente.

De ahí que se diga desde antaño que en la relación litisconsorcial *no hay absoluta independencia* en la actuación de cada litisconsorte sino una clara *coordinación de intereses*, lo que se ve en sus *efectos*, aunque en el terreno de lo fáctico pueden presentar posiciones personales contradictorias (lo que se aprecia con facilidad en el caso de litisconsorcio necesario).

La necesidad de un pronunciamiento único es lo que hace que el fundamento de este instituto se halle en los principios jurídicos de *certeza* y de *seguridad* y que nada tengan que ver con el tema las reglas procesales de *economía* y *celeridad*.

8.2.1.2. LOS EFECTOS DE LA RELACIÓN LITISCONSORCIAL

Dado que este tipo de relación se genera respecto de pretensiones *escindibles* entre los distintos sujetos—de ahí su no necesidad—la *suerte común* de los diversos litisconsortes alcanza *exclusivamente* a la declaración de existencia o inexistencia, o a la validez o invalidez del *hecho común* que sustenta la conexidad causal o la afinidad, con lo cual se diferencia nítidamente del litisconsorcio necesario (que se explicará luego).

En razón de que todos los colegitimados (litisconsortes) gozan de plena autonomía de gestión dentro de un procedimiento único y salvada la uniformidad de la decisión judicial que recaiga sobre el hecho común,

la sentencia que se dicte sobre los procesos acumulados *podrá ser distinta* respecto de los litisconsortes en orden a las diversas *defensas personales* que ellos hayan podido esgrimir.

Así, si al ser demandados dos codeudores solidarios uno de ellos prueba la nulidad de la obligación cuya prestación se pretende, la respectiva declaración alcanzará al restante litisconsorte aunque nada haya alegado al efecto o, aún más, se haya allanado a cumplirla, pues se trata de la *validez del hecho común*.

En cambio, declarada la existencia y validez de la susodicha obligación, la sentencia podrá considerarla prescrita para uno y no para otro o aceptar una espera para uno y no para otro, etcétera.

De allí la trascendencia de la anterior afirmación: si el litisconsorcio no se forma inicialmente y el actor demanda por separado a quienes pudo demandar conjuntamente y no lo hizo, los procesos *deben ser acumulados*, pues en orden al *hecho común* se requiere un *pronunciamiento judicial único* realizado en un *mismo acto de juzgamiento* a fin de asegurar la uniformidad de aquél respecto de todos los litisconsortes.

8.2.2. LA RELACIÓN LITISCONSORCIAL NECESARIA

8.2.2.1. EL CONCEPTO

La especie *necesaria* del género *litisconsorcio* existe cuando entre diversas pretensiones se presenta un vínculo de *conexidad mixta objetivo-causal* (ver ejemplo en el Capítulo 8).

De tal forma, el litisconsorcio necesario surge entre *varios sujetos* que son *cotitulares* de una relación jurídica *inescindible*, que ocupan una *misma posición procesal* y que deben tener *comunidad de suerte* respecto de las dos pautas de conexidad: en cuanto al *hecho causal*, por ser *relación litisconsorcial*, y en cuanto a la *declaración o condena judicial* que recaiga sobre el objeto, por ser *necesaria*.

La *inescindibilidad* surge de la *conexidad mixta objetivo-causal*, que exige la *necesaria citación* de todos los legitimados en el litigio que se genera con motivo de aquélla, pues la eficacia y utilidad de la sentencia que se dicte se encuentra subordinada a la circunstancia de que la respectiva pretensión sea propuesta por varias personas o frente a varias personas o, simultáneamente, por y frente a varias personas.

Se desprende de ello que el fundamento último de este instituto se encuentra en la *seguridad jurídica* y que nada tiene que ver aquí la *economía procesal*.

En otras palabras, y como lo sostiene la mejor doctrina, el litisconsorcio necesario debe existir siempre que, por hallarse en tela de juicio una relación o estado jurídico que es *común e indispensable* con respecto a la pluralidad de sujetos, su modificación, constitución o extinción no tolere un tratamiento procesal por separado y sólo pueda lograrse por medio de un pronunciamiento judicial único para todos los litisconsortes.

Como lo que distingue al litisconsorcio necesario de la relación litisconsorcial es la *inescindibilidad* de la relación jurídica, conviene recordar ahora que ésta puede provenir:

1) de la propia ley

Por ejemplo, el artículo 254 del Código Civil argentino⁶, conforme al cual la demanda por reconocimiento de filiación matrimonial debe entablarse *conjuntamente* contra el padre y la madre, y

2) de la propia naturaleza de la relación controvertida

Es el caso de la división de condominio o de la partición de herencia que, aun cuando la ley nada diga al respecto, deben ser propuestas frente a todos los condóminos o coherederos; o de la pretensión de declaración de simulación de un acto jurídico, que debe dirigirse contra todas las partes que lo realizaron; o de la pretensión de nulidad de un acto jurídico, que debe ser demandada contra todos sus otorgantes; o de la impugnación de paternidad por parte de un tercero que debe ser dirigida contra el padre, la madre y el hijo, etcétera.

8.2.2.2. LOS EFECTOS DE LA RELACIÓN LITISCONSORCIAL NECESARIA

En razón de tratarse en el caso de la especie del género litisconsorcio, el *necesario* tiene los mismos efectos ya vistos precedentemente, en el # 8.2.1.2.

⁶ La norma dice: "Los hijos pueden reclamar su filiación matrimonial contra sus padres si ella no resultare de las inscripciones en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. En este caso, la acción deberá entablarse conjuntamente contra el padre y la madre..."

Pero como aquí se trata de una relación inescindible en virtud de existir conexidad mixta objetivo-causal entre las pretensiones litigiosas, este tipo de relación produce otro efecto que es propio de su *necesariedad*: también debe ser común la suerte que corran todos los litisconsortes en cuanto al objeto pretendido.

En otras palabras, la sentencia que se emita respecto de todos los colitigantes no sólo debe ser *única e idéntica* en cuanto al *hecho causal* sino también en cuanto a la *declaración jurídica que contenga o en orden a la conducta que imponga cumplir*.

Un ejemplo ayudará a esclarecer la idea. Ya he mencionado antes que el artículo 254 del Código Civil argentino establece que la pretensión de filiación matrimonial debe ser incoada *conjuntamente* contra el padre y la madre. Lógica y congruentemente con ello, la decisión final que recaiga en la causa estimará o desestimará la demanda, pero *contra ambos litisconsortes*, toda vez que no es factible concebir racional ni jurídicamente un hijo matrimonial que lo sea del padre y no de la madre, o viceversa.

Resulta así —y como se verá más específicamente luego— que nada de lo que haga un litisconsorte (v. gr., reconocimiento del derecho) podrá ser opuesto al otro y, lo que es más importante, que ninguna relevancia tendrá ello si el otro litisconsorte obtiene la demostración de la inexistencia de tal derecho.

Simplificando la idea: si la madre se allana a la demanda en el ejemplo dado, su allanamiento no tendrá influencia alguna sobre el litigio del padre; pero es más: si éste logra salir triunfante en su defensa, arrastrará con ella a la madre, no obstante el allanamiento de la misma.

Por supuesto, el ejemplo puede multiplicarse: si la madre consiente la sentencia inferior que le otorga tal carácter y el padre la impugna y logra finalmente la revocación, el pronunciamiento inferior quedará sin efecto para el padre que la recurrió y también para la madre que lo consintió.

Otro tanto ocurre, verbigracia, en el supuesto de intentarse demanda pretendiéndose la declaración de nulidad de una compraventa (en cuyo caso no es razonable que la sentencia declare la nulidad para el comprador y no para el vendedor o viceversa) o en la división de con-

minio (cuya respectiva pretensión exige, también razonablemente, que la cosa se divida o mantenga en común, pero frente a todos, etcétera).

De lo expuesto se desprende que el litisconsorcio necesario debe efectuarse siempre *originariamente* y que si así no se hiciera, por obvias razones de utilidad procesal, el juez debe ordenar (actuando la voluntad de la ley y aun contra la voluntad de las partes) la adecuada e inmediata *integración del litigio*.

9. LA REPRESENTACIÓN PROCESAL

En el # 3 de este Capítulo, al explicar la *capacidad de la parte*, adelanté que puede ser *jurídica* (para ser parte), *procesal* (para actuar personalmente y por sí misma en el proceso) y *postulatoria* (para instar directamente ante la autoridad).

Interesa ahora la segunda, que refiere a la *legitimatio ad processum*.

Reiterando lo antes expresado, cabe recordar que toda persona (gente o ente) por el solo hecho de serlo tiene capacidad jurídica para ser parte procesal. Empero, es obvio que todas las personas jurídicas no pueden actuar de hecho por sí mismas: al igual que ciertas personas físicas, carecen de capacidad civil para obligarse personalmente (menores impúberes, por ejemplo).

Para obviar en el proceso esta antinomia que existe entre ambas capacidades —y al igual que lo que ocurre en el derecho en general— todos los ordenamientos legales aseguran el derecho de defensa de tales personas (que son jurídicamente capaces para ser partes aunque procesalmente incapaces para actuar por sí mismas) mediante otra figura que corresponde explicar ahora: la *representación*.

Pero el concepto no se detiene en lo expuesto: conocido es que toda persona tiene plena libertad para *apoderar* a un tercero a fin de que lo represente en ciertos actos por simple aplicación del principio de libertad inherente a ella.

Por tanto, cabe entender aquí por *representación* la actuación que cumple en el proceso un tercero ajeno al litigio sosteniendo la defensa del derecho o del interés de la parte procesal que no puede o no quiere actuar por sí misma.

Surge de ello que la representación admite ser clasificada en *legal o necesaria y convencional o voluntaria*.

9.1. LA REPRESENTACIÓN LEGAL O NECESARIA

Es la que requiere *toda persona jurídica y todo incapaz civil de hecho* para poder asumir efectivamente la calidad de parte procesal, supliendo así la imposibilidad fáctica para hacerlo de las primeras y la propia incapacidad para obligarse de las segundas, con lo cual se asegura el derecho de defensa en juicio de ellas.

9.1.1. LA REPRESENTACIÓN LEGAL O NECESARIA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Las personas jurídicas (o morales o de existencia ideal) pueden ser de carácter *público* (el Estado, la Provincia, el Municipio, las entidades autárquicas, la Iglesia Católica en ciertos países, los estados extranjeros, etcétera) o *privado* (las sociedades civiles, las sociedades comerciales, las fundaciones, ciertas asociaciones —a las cuales generalmente se les exige que tengan por objeto principal el bien común y poseer patrimonio propio—, etcétera).

Todo ente —público o privado— actúa de hecho y necesariamente por medio de personas físicas a quienes las leyes o estatutos otorgan el carácter de *representantes* para adquirir derechos y contraer obligaciones a nombre del *representado*.

Esta actuación ha sido ejemplarmente explicada en la nota al artículo 35 del Código Civil argentino:

Para realizar la idea de la persona jurídica era necesario crear una representación que remediase de una manera artificial su incapacidad de obrar; pero solamente en el dominio del derecho de los bienes. Muchas veces las personas jurídicas son creadas para otros fines más importantes que la capacidad de derecho privado, y entonces, los órganos generales de las personas jurídicas las representan al mismo tiempo en la materia de derecho privado. Cuando se da por fundamento necesario de la representación artificial, la incapacidad natural de obrar de una persona jurídica, que es un ser ideal, debe esto entenderse literalmente. Más de un autor se figura que un acto que emanase de *todos* los miembros de una corporación,

debía considerarse como acto de la corporación misma, y que la representación no ha sido introducida, sino a causa de la dificultad de traer a todos los miembros de la corporación a una comunidad de voluntad y de acción. Pero en realidad, la totalidad de los miembros que forman una corporación difiere esencialmente de la corporación misma, y aunque los miembros de ella, sin excepción alguna, se reunieran para obrar, no sería esto un acto del ser ideal que llamamos persona jurídica. El carácter esencial de una corporación es que su derecho repose no sobre sus miembros reunidos, sino sobre un conjunto ideal [...] La persona jurídica, pues, sólo por medio de sus representantes, puede adquirir derechos y ejercer actos, y no por medio de los individuos que forman la corporación aunque fuese la totalidad del número.

Respecto de las personas de carácter público, la designación del representante legal está efectuada exclusivamente por la ley y ello es materia harto contingente (por ejemplo, respecto del Estado nacional lo es el Presidente o el Procurador General del Tesoro, etcétera; de las provincias, el Gobernador o el Fiscal del Estado, etcétera; de los municipios, el Intendente, etcétera).

En cuanto a las personas de carácter privado cabe estar a lo que disponga cada estatuto de creación (puede ser representante el presidente, el gerente, varios gerentes en actuación conjunta, el fundador, el director, etcétera).

Lo que importa destacar, finalmente, es que quien actúa en carácter de *representante* —legal o convencional— y salvo que la propia ley disponga lo contrario (caso del padre respecto del hijo en algunas legislaciones) debe acreditar la representación asumida en el tiempo y la forma que cada ordenamiento establezca al respecto.

9.1.2. LA REPRESENTACIÓN LEGAL O NECESARIA DE LAS PERSONAS FÍSICAS

Las *personas físicas* (o de existencia visible o naturales) pueden ser civilmente *capaces* (es la regla) o *incapaces* (es la excepción) en atención a diversas razones tenidas en cuenta por el legislador en cada caso.

La incapacidad jurídica (y, por ende, procesal), deriva exclusivamente de la ley, razón por la cual la enunciación de los incapaces es contingente y siempre debe ser hecha a partir de un ordenamiento concreto.

En la Argentina, por ejemplo, la incapacidad es de *hecho* o de *derecho*. Procesalmente, sólo interesa la primera y entre quienes la padecen cabe mencionar:

- a las personas por nacer;
- a los menores impúberes;
- a los dementes;
- a los sordomudos que no saben darse a entender por escrito;
- a ciertos menores púberes o adultos;
- a los inhabilitados judicialmente por razón de ebriedad habitual, uso de estupefacientes;
- a las personas con disminución de sus facultades mentales y prodigalidad, para ciertos actos;
- a los condenados a una determinada pena de reclusión o prisión;
- al fallido para ciertos actos, y
- a los ausentes, en algunos casos y para ciertas actuaciones.
- Otras legislaciones establecen más incapacidades, por ejemplo, la de la mujer casada, los monjes de clausura, etcétera.

Por supuesto, cada incapaz tiene su representante necesario preestablecido por la ley: de la persona por nacer, sus padres, o sus curadores a falta o incapacidad de aquéllos; de los menores impúberes, sus padres o tutores; de los dementes, sordomudos, inhabilitados y condenados, los curadores designados; del fallido, el síndico, etcétera.

En caso de ser necesaria la concurrencia al proceso en el cual es parte el incapaz, lo hará el respectivo representante asumiendo a nombre de aquél el papel de actor o demandado.

9.2. LA REPRESENTACIÓN CONVENCIONAL O VOLUNTARIA

En general es la que puede otorgar la parte que, siendo capaz para actuar por sí misma en un cierto proceso, prefiere que lo haga un tercero a su nombre. A tal efecto, debe extender un *poder* (*general* o *especial*) o *mandato judicial* ante autoridad competente para certificar el acto.

Algunas legislaciones —en rigor, la mayoría— imponen que dicho tercero sea *letrado* (procurador, abogado, licenciado en derecho, etcétera) que esté habilitado para postular judicialmente.

Otros ordenamientos, en cambio, van más allá: exigen *imperativamente* la representación convencional de un letrado (de donde resulta que ésta pierde el carácter de *voluntaria*) en todo proceso, so pretexto de que así se posibilita una mejor y más adecuada defensa de los derechos litigiosos.

Cuando esto ocurre, la respectiva ley es congruente: otorga al letrado el pleno derecho de postulación (ver Capítulos 7 y 20) y lo restringe severamente respecto de la propia parte.

Rige aquí en toda su extensión la afirmación final hecha en el # 9.1. de este Capítulo: el representante convencional debe siempre acreditar fehacientemente el carácter que dice ostentar en el proceso, dentro del plazo y en la forma que establezca cada ley al respecto.

Y esto es de la mayor importancia para lograr que la sentencia a dictar sea útil para heterocomponer el litigio y, de consiguiente, puedan extenderse a la parte (representada) los efectos emergentes del caso juzgado.

Cuando la representación —legal o convencional— no se acredita idóneamente, existe en el representante una *falta de personería* (incorrectamente denominada a veces *falta de personalidad*) que habilita a la contraparte a deducir la correspondiente excepción que se explicará en el Capítulo 21.

10. LA GESTIÓN PROCESAL

La mayoría de las legislaciones —que no todas— permite que en caso de ausencia del lugar del juicio de una parte procesal, un tercero (generalmente un pariente) que no es su representante, actúe a nombre del ausente en el proceso al cual éste no puede concurrir y es urgente que lo haga.

El tercero que así actúa recibe el nombre de *gestor procesal* y su gestión está sujeta a diversos requisitos que las leyes establecen contingentemente: prestación de fianza, ratificación por la parte de lo actuado por él durante su ausencia, sujeción a que esto ocurra en cierto plazo, cumplimiento de algunas cargas específicamente determinadas en cada caso, invocación de una razón de urgencia, etcétera, todo bajo pena de ser anulada la gestión y cargarse las costas correspondientes al propio gestor.

CAPÍTULO 16

EL MINISTERIO PÚBLICO

SUMARIO:

1. Concepto de *ministerio público*
2. Ubicación en el orden estatal
3. Composición
4. Competencia

1. EL CONCEPTO DE MINISTERIO PÚBLICO

Como bien se sabe, es recién a partir de Montesquieu que la división de funciones del Estado (los mal llamados *Poderes* Ejecutivo, Legislativo y Judicial) adquiere su definición actual.

Es por esta razón que el Poder Judicial —tal cual lo concebimos hoy— no existía en la alta Edad Media, cuando todo litigio se resolvía exclusivamente entre los propios particulares afectados y, a lo sumo, bajo la comprobación —por parte de quien ejercía el *poder*— de la regularidad de los procedimientos utilizados.

En esa época, y feudalismo mediante, se efectuó una gran acumulación de riqueza y de armas en manos de unos pocos, lo cual, a su turno, convirtió a esos pocos en auténtico *poder* que se impuso sobre el resto de los individuos.

A consecuencia de esa imposición, los particulares perdieron la posibilidad de solucionar privadamente sus conflictos: ya había fuerza armada que lo impedía por las más variadas razones, todas fáciles de comprender.

En este cuadro de situación, circa 1300, surge una figura nueva en el orden jurídico imperante y que carece de precedentes en Grecia o en Roma: el *procurador*. He ahí el antecedente primero de lo que hoy se conoce como *ministerio público*, representante de quien ejercía el poder (rey, señor feudal, etc.).

En esos comienzos, el procurador se colocó al lado de la víctima en su lucha contra el victimario, so capa de que la *infracción*—otro concepto nuevo en la época— no sólo lesionaba el interés particular sino también el del propio Poder, cuyas instrucciones no eran cumplidas.

Posteriormente, esa actuación *conjunta* cesó y el procurador pasó a *sustituir* a la víctima¹ en la persecución de la infracción, no tanto para castigar al victimario cuanto para exigirle una *reparación pecuniaria*²—la más nefasta invención de ese tiempo— del daño sufrido por el rey o soberano de turno.

Así es como aparecen, históricamente, las *multas* y las *confiscaciones de bienes* a favor de las nacientes monarquías, a las que enriquecieron incrementando grandemente sus propiedades.

A estos efectos, no siendo factible que el procurador se enfrentase personalmente en pruebas de fuerza y destreza (a la antigua usanza), el combate armado se convirtió en *indagación*³.

De ahí en más se desarrolló notablemente todo el sistema procedimental que ya he apuntado en Capítulos anteriores al describir lo que se conoció con el nombre de *inquisición española*.

Conforme a estos antecedentes, puede conceptuarse al *ministerio público* de la época como la institución que, representando al soberano, intervenía necesariamente en la persecución de delitos para lograr medianamente una reparación económica para el fisco⁴.

¹ Con lo cual—literalmente— le expropió la posibilidad de vengarse y de reclamar directa y personalmente el pago de la indemnización al agresor o de la deuda al deudor.

² La *reparación pecuniaria* es una verdadera sanción que, al igual que la de *expropiación*—acto de quitar a uno la propiedad de lo que le pertenece— y *confiscación de bienes*—convertir en *fiscal* un bien privado—, encuentra su origen en la necesidad del señor feudal de ingresar dinero a sus arcas. Tan perverso fue el sistema ideado para la confiscación de bienes que se extendió como castigo a los herederos de los delincuentes.

³ Ya estamos en plena época inquisitorial, en la cual el ejemplo cunde.

⁴ Es el tesoro o erario del Estado.

De ahí su primigenia denominación de *procurador*⁵, *promotor*⁶, *patrono*⁷ o *agente fiscal*.

Después de la creación de los Estados modernos, este concepto no varió en mucho: ya podrá comprenderse mejor esta afirmación cuando enuncie el inventario de las funciones que las actuales leyes le asignan.

Lo que interesa destacar ahora es que los orígenes tan poco claros y las obvias finalidades *políticas*—que no jurídicas— que se tuvieron en miras al crear la institución la han convertido en el tema menos estudiado por los autores de la materia.

Y es que tal finalidad ha generado las mayores discusiones entre quienes ejercen el poder en todas las épocas, con lo cual se ha desvirtuado su tratamiento doctrinal: cualquier explicación pasa siempre por el meridiano de la filosofía política del autor que, así, exalta sus preferencias y degrada las ideas que no comparte.

A mi juicio, es ésta la razón primera de la nunca acabada discusión acerca de la naturaleza jurídica de la institución.

No siendo la finalidad de esta obra evacuar todos los interrogantes que el tema merece y requiere, baste decir que, de acuerdo con la absoluta mayoría de las legislaciones vigentes, el *ministerio público* es una institución estatal con competencia asignada por diversas leyes, cuyo ejercicio lo convierte en una *posible parte procesal* que se torna en *necesaria*—no importa por ahora si su actuación es *principal* o *promiscua*— en todos los litigios de naturaleza penal y en gran parte de los no penales.

⁵ Desde la Ley 1, Tít. 5, Partida 3, es "quien recaba o hace algunos pleitos o cosas ajenas por mandato del dueño de ellas".

⁶ Antiguamente, *promotor* era quien velaba por la observancia de la ley penal y quien era designado por el juez en una causa penal concreta para que lo ayudara a formalizar y sostener la acusación (advirtase que esto ocurría en la mejor época de la inquisición oficiosa). Posteriormente fue el abogado designado permanentemente por el rey para defender en juicio los intereses del fisco, los negocios correspondientes a la causa pública y a las prerrogativas de la corona.

⁷ *Patrón* o *patrono* es desde antiguo el *defensor* o *protector*. Con este significado se lo denomina también al abogado, pues defiende y protege a sus clientes. Es interesante saber que *patrono* deriva de *pater-onus* (*padre de carga*), de donde derivan *patronato*, *patronazgo* y *patrocinio*. En este orden de ideas, repárese en que las Leyes de Partidas referían al *patrono del fisco* con la función de defender las causas que interesaban al rey.

Antes de entrar a detallar las funciones que cumple esta figura conviene ver la ubicación que ostenta en el orden estatal y cuál es su conformación.

2. LA UBICACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL ORDEN ESTATAL

Ya se ha visto que los inicios de la institución la muestran ubicada dentro de la esfera propia de quien ejerce el poder (rey), cuyos intereses defiende.

De ahí que, ya en el Estado moderno, el ministerio público aparezca definitivamente en la órbita presupuestaria del Poder Ejecutivo, con clara dependencia funcional del máximo órgano de la administración que, como tal, designa a sus integrantes, les asigna funciones, les da órdenes, suspende y cesantea.

El orden constitucional que impera en el presente siglo, cada vez más alejado de toda idea de autocracia y de autoritarismo⁸, se ha preocupado por dar otra ubicación al ministerio público, no sólo para terminar con la antigua, nefasta y poco republicana dependencia del Poder Ejecutivo sino, fundamentalmente, para lograr por fin la existencia de un *acusador procesal* cuando ello fuere menester respecto de los integrantes del poder político, de suerte que no esté sujeto a las instrucciones y guarda de obediencia debida de los propios eventuales acusados.

Y así, a pesar de que en muchas partes se mantiene en la órbita del Poder Ejecutivo (Nación Argentina desde 1860), en otras se vincula al ministerio público con el Poder Legislativo (Constituciones de la República Democrática Alemana de 1974 y de Bulgaria de 1971) o con el poder judicial, cuya planta permanente integra (caso de la mayoría de las provincias argentinas); en otros casos, y mucho más inteligentemente, se le ha otorgado una *autonomía* plena (caso de Brasil desde 1993 y de Costa Rica, pionera en la materia) o aparente (caso del Paraguay, donde maneja presupuesto propio pero actúa como asesor y defensor del Poder Ejecutivo).

La Constitución argentina de 1994 ha adoptado la figura del *órgano extrapoder*; empero, al tiempo en que esto escribo, no funciona como tal y no hay visos de que así pueda ocurrir en lo inmediato.

⁸ Salvo en lo que toca a cierta doctrina que campea en el derecho procesal civil.

Aunque parezca obvio, es preciso remarcar la necesidad de lograr la plena independencia de la *función acusadora* (en rigor se trata o debería tratarse de un verdadero *cuarto poder* equiparado absolutamente a los otros tres conocidos) para lograr un respeto definitivo a los principios republicanos de cogobierno e intercontrol de poderes, de todo lo cual estamos aún tan lejos en América del Sur.

Y es que así como no parece conveniente que la dependencia funcional se establezca con el Poder Legislativo o con el Poder Ejecutivo, por cuanto la institución se coloca al servicio de los intereses políticos y partidistas del sector gobernante, tampoco parece razonable —en plan de estricta lógica jurídica— su inserción dentro de la esfera propia del Poder Judicial, cual ocurre en la mayoría de los sistemas vigentes en América Latina.

Y ello porque, de tal forma, la dependencia se establece ahora con la autoridad judicial llamada a resolver los litigios en los cuales el ministerio público es *parte procesal*; y no es sensato hacer que la parte dependa funcionalmente del propio juzgador.

Nótese bien que no afirmo que el juez no pueda *dirigir el debate procesal* (cosa correcta), sino que no debe indicar a las partes cómo acusar, demandar, contestar, etcétera, con lo que puede perder la obvia neutralidad que ha de ostentar durante todo el curso procedimental para no romper la igualdad entre ellas.

La recurrente presencia del ministerio público en la estructura y presupuesto del poder judicial ha logrado —tiempo y mucho esfuerzo doctrinal mediante— que sus integrantes sean vistos como verdaderos jueces o compartiendo sus caracteres, derechos y deberes.

De ahí que algunos autores —con tesis hoy superada— exigen a los integrantes del ministerio público una categórica *imparcialidad* en el desempeño de su función sin advertir que tal afirmación contiene una clara *contradictio in terminis*: decir que el fiscal es la *parte imparcial* del proceso constituye un disparate lógico imposible de sostener por más que los autores hayan persistido años en el error.

De tal modo, debe quedar en claro que aspiro a que todo sistema jurídico republicano cuente con un ministerio público independiente de todo otro poder del Estado, con un orden interno que sea funcio-

nalmente vertical –para posibilitar y respetar el principio de actuación unitaria y no contradictoria entre sus distintos integrantes– y que se concrete en el cumplimiento de su labor a las pautas que luego enumeraré al analizar las actividades que le competen.

Finalmente: la decisión política de aceptar la independencia absoluta del ministerio público y su actuación como verdadero cuarto poder del Estado implica resolver los problemas que ello genera: decidir desde el propio texto constitucional quién designa a la cabeza del poder (recuérdense los distintos sistemas que ya se han visto respecto de la designación de los jueces) y al resto de sus integrantes y ante quién responden todos por el incumplimiento de sus funciones.

3. LA COMPOSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

Precisamente por las razones históricas antes apuntadas, el otorgamiento de las más diversas competencias a sus integrantes ha generado una institución compleja que, según las circunstancias de tiempo y espacio, requiere mayor o menor número de componentes o, más propiamente dicho, *secciones* en las cuales puede dividirse el ministerio público.

Como se trata de *defender los intereses del Estado y de sus variados fines*, hay integrantes que actúan como:

- *acusadores públicos*;
- *otros, controlando el régimen de legalidad*;
- *otros, en defensa de los intereses pecuniarios del fisco*;
- *otros, representando o defendiendo a los pobres*;
- *otros, actuando junto con sus representantes legales en defensa de los intereses de quienes se supone desprotegidos de hecho: incapaces y ausentes*;
- *y otros, modernamente, dentro de una sociedad de consumo cual la que nos toca integrar, defendiendo los derechos de los consumidores en general con la legitimación de lo que se ha dado en denominar intereses difusos.*

De esta forma se ha compuesto un ministerio público formado por:

- 1) un *ministerio fiscal* dedicado tanto a la acusación pública como a la defensa de los intereses pecuniarios del Estado, al control de la

legalidad y a la concreción de un contradictorio en cierto tipo de procedimientos, y

- 2) un *ministerio pupilar* dedicado a la defensa de los intereses de los menores, pobres y ausentes. Esta defensa se efectúa *solitariamente* por un *defensor general* respecto de pobres y ausentes y *promiscuamente* en caso de menores e incapaces, actuando en cada litigio *al lado del representante legal* (padres, tutor, curador).

Además, y respecto de estos últimos, actúan *colegiadamente* varios *defensores generales* para decidir el destino de los patrimonios pertenecientes a menores e incapaces.

El *ministerio fiscal* está compuesto por distintos funcionarios que, según el grado de conocimiento judicial ante el cual cumplen su función, reciben la denominación de *fiscal* o *agente fiscal* o *procurador fiscal* o *promotor de justicia* o *asesor de menores* (en primera instancia), de *fiscal de cámara* (de apelación) (en segunda instancia) o de *procurador general* (en tercera instancia o corte suprema de justicia).

Por supuesto, y como sucede siempre en esta obra, el lector debe ocurrir a la normativa vigente en un lugar dado a fin de poder saber cómo funciona y se compone la institución.

En razón de que todos estos funcionarios se han dedicado desde antaño a las más variadas tareas, en los últimos tiempos se han distribuido de modo tal que los mencionados en el párrafo anterior se han quedado principalmente con la actividad *acusadora* y *controladora del orden legal* (ya se verá luego qué es lo que hacen en este aspecto) en tanto que la defensa del interés puramente patrimonial del Estado se ha atribuido por derivación a otros funcionarios que, lógicamente, deben componer el concepto de ministerio público: son los abogados del Estado que actúan en algunos países como integrantes de una *fiscalía general* (caso del Paraguay) o de una *procuración general del tesoro* (caso de la Argentina) o de una *fiscalía de Estado* (caso de algunas provincias argentinas, como las de Santa Fe y Mendoza), cuyas respectivas cabezas desempeñan las tareas propias del asesor jurídico del presidente, del gobernador, etcétera.

Pero ahí no concluye el concepto: según los intereses políticos y las necesidades sociales de cada época, la actividad de control se ha deriva-

do nuevamente a otras instituciones que, si bien se presentan como independientes del ministerio público propiamente dicho, integran por lógica su concepto en cuanto cumplen una función eminentemente controladora.

Así, por ejemplo, la *fiscalía nacional de investigaciones administrativas*, de obvia naturaleza similar a la de la institución que nos ocupa, y los *tribunales de cuentas* y algunas *auditorías o sindicaturas* de las sociedades del Estado que, aunque también con funciones de control, no actúan como partes procesales.

Del mismo modo, para la defensa de los intereses difusos de los consumidores en general, los distintos ordenamientos han creado figuras como las del *ombudsman* o *defensor del pueblo* que, por elementales razones, deberían integrar también la institución que analizo, al menos dentro de un plano de adecuada lógica racional, máxime cuando tienen competencia para actuar en calidad de partes procesales.

Finalmente: en algunos países en los que se ha otorgado al ministerio fiscal la potestad de accionar penalmente se le anexó la *policía judicial* como parte integrante de la institución.

4. LA COMPETENCIA DEL MINISTERIO PÚBLICO

Dado que las leyes otorgan las más variadas y disímiles competencias a las distintas secciones en las que se puede dividir la institución conviene inventariar —a título meramente ejemplificativo— las funciones asignadas según sus ramas: ministerio fiscal y ministerio pupilar, las que —a su turno y según ya se ha visto— admiten nueva división.

Así, el *ministerio fiscal* actúa:

1) como *acusador público*, al promover la averiguación y enjuiciamiento de los delitos cometidos y ejercer la llamada *acción penal*, salvo en los casos de necesario ejercicio privado, a menos que la ley acepte la presencia de un querellante particular.

Este *impulso procesal penal* lo realiza con *exclusividad* sólo en aquellos ordenamientos legales que parten de una clara y lógica idea de proceso, pues en la mayoría de los casos tal impulso está en manos del propio juez (cosa realmente absurda, si las hay).

La iniciativa propia del fiscal, a su turno, se encuentra sometida a dos reglas antagónicas: es el mismo ministerio quien decide si acusa o se abstiene de hacerlo (la regla se conoce con la denominación de *principio de oportunidad*) o es el legislador (la ley) quien ordena al funcionario que mantenga una postura incriminadora (*principio de legalidad*)⁹;

2) como *control del orden legal*, las mayorías de las legislaciones exigen del funcionario actuante, y dentro de la esfera de un determinado grado de conocimiento:

- que vigile el cumplimiento de las reglas de la competencia judicial (¡otra vez la *parte imparcial* controlando a los jueces... cuando, de verdad, está sujeta —como verdadera parte procesal que es— a su potestad procesal!);
- y que vigile el cumplimiento de las reglas de procedimiento, de la ejecución de las sentencias penales y de las leyes que regulan la restricción de la libertad personal;
- y que cuide la recta y pronta administración de justicia, denunciando las irregularidades y malas prácticas y peticionando ante quien corresponda la aplicación de sanciones disciplinarias contra jueces (?) y demás funcionarios del poder judicial;

⁹ Ésta es la regla que impera en América Latina en la cual ya nada se investiga por tener que investigar todo... Quienes conocen desde dentro el sistema judicial penal saben perfectamente que allí se practica desde hace años la regla de la *oportunidad*, eligiendo el juez en cada caso el asunto al que dedicará su tiempo, pues de no hacerse así la función es imposible de cumplir. Con lo cual se suplanta ilegítimamente la regla de la legalidad, que es la que establece la ley.

Y para que se vea la vetustez de esta afirmación relato una experiencia personal: cuando ingresé al Poder Judicial de Santa Fe en el mes de marzo del año de 1956 lo hice como *ayudante* en un Juzgado Correccional, con competencia material para conocer de los delitos de lesiones culposas, cuyos respectivos expedientes se movían exclusivamente al son de los propios interesados (a la sazón, actuando como querellantes particulares autónomos). En mi primer día de trabajo, y sin entender yo los porqués de lo que allí se hacía, me dieron cientos de sumarios penales promovidos por el tipo delictivo mencionado con la precisa directiva de ponerlos minuciosamente por orden alfabético y por fecha de turno de ingreso. Al terminar la tarea, tuve que empaquetarlos y colocar en la cabeza de cada atado de expedientes un enorme cartel que decía, por ejemplo, "a prescribir en marzo de 1958" (a dos años vista de la fecha); "a prescribir en junio de 1958", etcétera. Con el tiempo entendí que así se hacía uso de la regla de la *oportunidad*...

– y que dictamine en las más variadas suertes procedimentales, tales como las cuestiones relativas a:

- la caducidad de una instancia,
- y a la competencia,
- y a las propias de las tramitaciones de exhortos,
- y de aseguramiento de pruebas, cuando la urgencia del caso impide dar noticia a la parte a la cual se habrá de oponer el resultado,
- y de otorgamiento del beneficio de litigar sin gastos,
- y de divorcio en ciertos ordenamientos en los cuales se restringe su declaración,
- y de otorgamiento de filiación o de carácter de heredero, etcétera.

Como se ve, la lista puede llegar al infinito con sólo proponérselo el legislador de turno...

Por supuesto, exigir que los fiscales controlen a los jueces, más allá de lo que puedan actuar como partes en un proceso, es subvertir el orden natural de las cosas.

Al mismo tiempo, la atribución de esa competencia controladora constituye una enorme hipocresía que no se puede cohonestar.

De ahí que la tendencia contemporánea mayoritaria sea la de otorgar al ministerio público el exclusivo papel de *acusador penal* y, en posición que comienza a imponerse con fuerza arrolladora, con función requiriente sujeta a la regla de la *oportunidad*;

3) como *defensor de los intereses pecuniarios del fisco*, interviene en calidad de ejecutor de impuestos, tasas y multas en aquellos ordenamientos o lugares en los cuales no existe una dependencia propiamente abogadil del Estado (tal como la procuración del tesoro o fiscalía de Estado) o debe denunciar a la correspondiente autoridad administrativa toda infracción a las leyes impositivas que comprueban en expedientes judiciales, etcétera.

Por supuesto, esta función debe enmarcarse en la órbita propia de los abogados del Estado, con lo cual se evitará la atribución de competencias que hacen poner en duda la independencia con la cual el ministerio público debe manejarse;

4) como *parte procesal necesaria*, aparece en todos los denominados

legalmente como *actos de jurisdicción voluntaria* a fin de integrar un *contradictorio* (ver el Capítulo 9).

La enunciación es contingente en cada normativa: a título de ejemplo cito los casos de mi Provincia de Santa Fe: es contradictorio necesario en la protocolización de instrumentos públicos, en la apertura de testamento cerrado, en la reposición de escrituras públicas, en la autorización para contraer matrimonio y en todos los demás actos que no están legislados en la normativa procesal pero sí en la de fondo, como por ejemplo la autorización a menores emancipados para disponer o para estar en juicio o para contraer deudas o para demandar a sus padres o para autorizar al padre a la venta de bienes del hijo o al tutor para invertir la renta del pupilo, etcétera.

Por su parte, el *ministerio pupilar* actúa por medio de:

1) los *defensores generales*:

1.1) en forma *autónoma*, al ejercer la defensa de los derechos de los pobres que no pueden afrontar los gastos del juicio (algunas leyes establecen que su solo patrocinio tiene para el patrocinado los mismos efectos que el otorgamiento del beneficio de litigar sin gastos); también ejerciendo la defensa de menores, incapaces de hecho y ausentes que carecen de representación legal;

1.2) en forma *conjunta* o *promiscua* con los representantes legales de menores (padres o tutor) e incapaces y ausentes (curador): cuando actúa al lado de ellos controlando y, llegado el caso, supliendo la defensa.

En este aspecto, el Código Civil argentino dispone en su *artículo 493*:

“El Ministerio de Menores debe intervenir en todo acto o pleito sobre la tutela o curatela, o sobre el cumplimiento de las obligaciones de los tutores o curadores. Debe también intervenir en los inventarios de los bienes de los menores e incapaces, y en las enajenaciones o contratos que conviniese hacer. Puede deducir las acciones que correspondan a los tutores o curadores, cuando éstos no lo hiciesen. Puede pedir la remoción de los tutores o curadores por su mala administración, y ejecutar todos los actos que correspondan al cuidado que le encarga la ley, de velar en el gobierno que los tutores y curadores ejerzan sobre la persona y bienes de los menores e incapaces”;

2) el *ministerio público de menores e incapaces* (como órgano colegiado integrado por varios defensores generales), que en la mayoría de las legislaciones fiscaliza la conducta de los representantes legales de menores, incapaces y ausentes sobre la conservación de sus bienes; también toma las medidas necesarias para proveer de representación legal a quien no la tiene, aprueba las rendiciones de cuentas de los representantes legales que administran bienes de menores, incapaces y ausentes y ejerce el control de las administraciones concernientes a personas que se hallan bajo tutela o curatela, etcétera.

CAPÍTULO 17

EL JUZGADOR Y SUS AUXILIARES

SUMARIO

1. El juzgador
 - 1.1. El juez
 - 1.1.1. Concepto
 - 1.1.2. Requisitos
 - 1.1.3. Sistemas para la designación
 - 1.1.4. Incompatibilidades
 - 1.1.5. Garantías y derechos
 - 1.1.6. Deberes
 - 1.1.6.1. Funcionales
 - 1.1.6.1.1. Esenciales
 - 1.1.6.1.2. Legales
 - 1.1.6.2. Procesales de dirección
 - 1.1.6.3. Judiciales de resolución
 - 1.1.6.4. De ejecución
 - 1.1.7. Facultades
 - 1.1.7.1. Ordenatorias
 - 1.1.7.2. Conminatorias
 - 1.1.7.3. Sancionatorias
 - 1.1.7.4. Decisorias
 - 1.1.8. Responsabilidad
 - 1.2. El árbitro
 - 1.2.1. Concepto de arbitraje
 - 1.2.1.1. Clases
 - 1.2.1.2. Origen
 - 1.2.1.3. Litigios sometibles a arbitraje
 - 1.2.1.4. Sujetos que pueden promoverlo
 - 1.2.1.5. Procedimiento arbitral
 - 1.2.1.6. Resolución del arbitraje
 - 1.2.1.7. Ejecución del laudo arbitral
 - 1.2.2. Concepto de árbitro
 - 1.2.2.1. Requisitos
 - 1.2.2.2. Distintos tipos

1.2.2.3. Derechos

1.2.2.4. Facultades y deberes

2. Los auxiliares del juzgador

2.1. Secretario

2.2. Oficiales y auxiliares subalternos

2.3. Técnicos

2.4. Defensores letrados

1. EL JUZGADOR

Ya he dicho con insistencia en todo el curso de esta obra que el *proceso* es una figura inconfundible en el mundo jurídico, pues deben intervenir en su realización, *esencial y contemporáneamente*, tres sujetos determinados: quien pretende (*actor o acusador*), quien resiste (*demandado o reo*) y quien está convocado por la ley o por el acuerdo de las propias partes para heterocomponer el litigio operado entre ellas.

De ahí que el *juzgador* sea siempre un *sujeto esencial* y, por ende, necesario en la formulación conceptual lógica de todo proceso.

También he advertido en el Capítulo 9 acerca de la exacta similitud que en las tareas de procesar y de resolver el litigio existe entre los posibles juzgadores: *juez y árbitro*.

A ellos me referiré seguidamente.

1.1. EL JUEZ

1.1.1. CONCEPTO

Aunque la palabra *juez* se utiliza en el idioma corriente para denominar a personas que realizan muy distintas actividades¹, técnicamente refiere sólo al funcionario público que integra el Poder Judicial y que tiene como misión específica la de *procesar y resolver* los litigios presentados a su conocimiento (y, en su caso, *ejecutar* lo resuelto).

Por tanto, de acuerdo con lo sostenido en el Capítulo 9, salvo el caso de *juicio político*² y de algún otro que eventualmente pueda existir en

una legislación determinada, es el *único funcionario público con aptitud para ejercer actividad jurisdiccional*.

Con tal conceptualización, la figura del juez difiere fundamentalmente de la del otro posible juzgador (el árbitro), ya que éste no es funcionario público, no integra el Poder Judicial (aunque alguna ley procesal aislada así lo acepte) y carece por completo de aptitud para ejecutar lo resuelto por él mismo.

Pero con esto no terminan las diferencias existentes entre los conceptos de *juez* y de *árbitro*.

En un Estado de derecho que muestre un orden jurídico esencialmente justo, todo juez ostenta los siguientes caracteres:

1) Su designación es *permanente*, por todo un lapso que puede variar en su extensión pero que siempre es dilatado; y ello porque los textos constitucionales modernos y contemporáneos prohíben el juzgamiento por *comisiones o tribunales especiales*.

Cabe advertir aquí que los sistemas de duración de la función varían entre dos extremos que operan por igual en las distintas normativas: la designación se efectúa por un período de tiempo variable en las legislaciones (dos, tres, cuatro o más años) o por toda la vida del magistrado³.

En el medio de tales extremos se admiten diversas variantes: los jueces duran como tales hasta una determinada edad, hasta que tengan la posibilidad de obtener un retiro jubilatorio ordinario, etcétera.

Por supuesto, para conocer cuál es el sistema que opera en un lugar y tiempo dados habrá que ocurrir a la normativa constitucional o a la ley que organiza el Poder Judicial.

El árbitro, en cambio, obtiene siempre una designación *transitoria*, que sirve sólo y exclusivamente para el litigio en el cual los propios interesados han acordado su nombramiento.

(integrada por representantes del *pueblo* de la Nación), con lo cual se ve claramente —otra vez— a las tres personas que deben concurrir conjuntamente para hacer un verdadero proceso (en el caso, y para que no haya confusión: los representantes de las provincias, que hacen de juzgador; los representantes del pueblo, que hacen de acusador; y el funcionario acusado) (ver arts. 53 y 59 de la Constitución Nacional).

³ Ésta es la tónica actual en todo el país.

¹ Por ejemplo, cuidar que se observen las normas impuestas en certámenes literarios o deportivos y distribuir los premios; resolver dudas que tienen algunos sujetos; solucionar ciertos problemas dentro del ámbito propio de la administración, etcétera.

² En la Argentina, es el que hace la Cámara de Senadores (integrada por representantes de las *provincias*) de la Nación a ciertos funcionarios políticos y por responsabilidad de la misma naturaleza, que han sido acusados ante ella por la Cámara de Diputados

De esta cualidad se deriva otra no menos importante: para que un juez pueda actuar como tal respecto de un determinado asunto es menester que el cargo respectivo haya sido creado y la competencia atribuida con *anterioridad* a la existencia del hecho que genera el proceso (esta afirmación es norma expresa en todas las constituciones modernas y contemporáneas)⁴.

Por lo contrario, el árbitro es designado corrientemente *después* de acaecido tal hecho (aunque nada empece a que la nominación sea anterior, lo cual implica también la creación del cargo y la determinación de su competencia).

2) El carácter de permanencia se halla íntimamente vinculado con otro que constituye su natural consecuencia: el juez es *inamovible*, lo que significa que dentro del lapso para el cual fue designado no puede ser destituido sin un previo juzgamiento al efecto que sólo puede versar acerca de su incapacidad física o mental o de su conducta adecuada a un hecho típico (ético o penal) previsto con anterioridad por la ley. Volveré luego sobre el tema al tratar los *derechos* del juez.

El árbitro, en cambio, no ostenta jamás este carácter, toda vez que las leyes que regulan el tema permiten que los propios interesados cancelen la designación cuando se presentan ciertas circunstancias y que varían de legislación a legislación.

3) De modo habitual, la función del juez es cumplida en la *sede de su asiento*, fijado previamente por la ley.

De allí que en doctrina se afirme que el juez es *sedentario*⁵ por oposición al sistema en el cual es *itinerante* y, por ende, debe desplazarse de continuo desde un lugar a otro⁶.

A la inversa, y salvo la excepción del caso de *arbitraje institucional* (ver el # 1.2.2.2. de este Capítulo) —que también funciona sedentariamente— el árbitro es por esencia itinerante, debiendo acomodarse a las exigencias de las partes para poder efectuar el arbitraje.

4) En la mayoría de los ordenamientos americanos los jueces son *técnicos*, toda vez que la posesión de título de abogado (o similar) constituye generalmente un requisito esencial para la designación.

Por lo contrario, una de las formas que admite la heterocomposición privada es el *arbitramento*, sistema en el cual nada exige que el *arbitrador* sea técnico en derecho (ver el # 1.2.1. de este Capítulo).

5) Por último, el juez es *remunerado* siempre por el Estado (y así debe ser), en tanto que el árbitro lo es por las partes.

6) Resta agregar una cualidad más, que he dejado para el final, pues no resulta definidora y propia del concepto específico de juez, ya que también debe ostentarla el árbitro. En otras palabras: es cualidad propia del concepto de *juzgador*, comprensivo del de juez y del de árbitro.

Al definir la esencia de la actividad jurisdiccional, he explicado en los Capítulos 9 y 12 que para lograr la vigencia plena del *concepto lógico de proceso*, el juzgador debe ser *imparcial, imparcial e independiente*.

Corresponde ahora insistir acerca de esta última adjetivación que se refiere a su *independencia*.

Parece claro para todo razonamiento que cuando dos partes que se hallan en conflicto acuerdan la designación de un árbitro determinado, existe en ellas una expresa conformidad y creencia en la calidad de *auténtico tercero*⁷ de éste respecto del litigio y, además, media entre ambos interesados un control recíproco y conjunto acerca de la independencia del juzgador luego de su designación como tal (repárese especialmente en que el árbitro es designado de consuno *por las dos partes en litigio*).

Pero ese control no puede mantenerse sin restricciones cuando se trata de un juez, toda vez que su designación no proviene de las partes en litigio sino de otra autoridad, tal como se verá en el punto siguiente (repárese aquí en que el juez es designado *por ninguna de las partes en litigio*).

De ahí que —desde siempre— la mejor doctrina quiera preservar al juez de toda suerte de influencia política y, por supuesto, de compromisos con intereses partidarios.

⁷ Con sus características de *ajenidad y de neutralidad*.

⁴ A estos efectos, para nada importa la fecha de designación del juez a cargo del respectivo juzgado. De no ser así constituiría un *tribunal especial* en la terminología constitucional.

⁵ Lo que está asentado en un lugar y no precisa de mayores desplazamientos.

⁶ Tal como ocurría en el siglo pasado en el oeste de los Estados Unidos de América.

Se insiste entonces en la adopción de un sistema de designación de jueces que permita a cada uno de ellos y al conjunto que integra y forma parte del Poder Judicial, actuar en cada caso justiciable con absoluta independencia y con total prescindencia de la voluntad de la facción política que ejerce el poder en un momento dado.

Pero esto constituye sólo una declaración de principios. Lo que tan claro resulta para el hombre corriente —aquel que debe sufrir el autoritarismo— no es comprendido o, siéndolo, no es aceptado por los legisladores que insisten en mantener sistemas que permiten la existencia de jueces dependientes de otro Poder, como puede verse con facilidad en diversos ordenamientos jurídicos vigentes en el mundo (ver el # 1.1.3. de este Capítulo).

1.1.2. LOS REQUISITOS PARA SER JUEZ

Casi todas las Constituciones del continente o, en su defecto, las leyes orgánicas de los poderes judiciales, contienen normas expresas que regulan las distintas exigencias para acceder al cargo de juez.

Generalmente pueden computarse los siguientes requisitos:

- 1) *ciudadanía* del respectivo país (o provincia en los Estados de organización federal), predominando los ordenamientos que requieren que sea *nativa* y no por *naturalización*;
- 2) una *edad mínima* que, aun dentro de cada sistema legislativo, varía entre los distintos grados de conocimiento judicial. Por ejemplo, en el orden federal argentino, se exigen veinticinco años de edad para ser juez de primer grado y treinta para serlo de segundo o ulterior grado;
- 3) *título universitario de abogado* (o su similar en ciertos países, por ejemplo licenciado en derecho) y, a veces, *expedido por universidad oficial*;
- 4) una *antigüedad mínima* en el ejercicio de la profesión de abogado⁸ que, al igual que la edad, también varía respecto de los diferentes grados

⁸ Como forma de promover y de fomentar la *carrera judicial* se ha interpretado forzosamente esta cláusula constitucional, entendiéndose que el ejercicio de la *profesión de abogado* se hace también y puede ser suplido con la mera atención de una mesa de entradas en un juzgado cualquiera, alcanzando expedientes a quienes los solicitan. ¡Y es tan obvio que no es así!

de conocimiento. Por ejemplo, en el orden federal argentino se exigen cuatro y seis años para ser juez de primer y segundo grado, respectivamente;

5) una *residencia inmediata* por un cierto tiempo relativamente prolongado en el lugar en el cual se ejercerá la función judicial. En general, las leyes que establecen este requisito lo relacionan con quien no es nativo de dicho lugar;

6) posesión de una *renta* determinada que demuestre la solvencia patrimonial del aspirante al cargo de juez. En la Argentina, este requisito es de carácter constitucional, aunque de hecho —como tantas otras cosas— no se cumple habitualmente;

7) *dignidad y decoro de vida*, demostrados en el escrupuloso control de los actos públicos y privados;

8) con relación al punto anterior, también se exige del aspirante a juez que no ostente alguna causal de *inhabilidad* para acceder al cargo judicial.

Tales causales son contingentes en las distintas legislaciones, pero pueden ser sintetizadas en las que se hallan generalmente aceptadas como tales: no pueden ser jueces:

- quienes se encuentran procesados penalmente por delito doloso;
- ni los condenados judicialmente por delito doloso (casi siempre por un plazo igual al de la condena y otro tanto);
- ni los quebrados, mientras no sean rehabilitados.

Finalmente, y por otras razones de fácil comprensión, algunas leyes establecen que los abogados jubilados son inhábiles para ingresar a la judicatura y que no pueden desempeñar funciones en un mismo fuero (ver el Capítulo 10) los cónyuges, aunque estén divorciados y los parientes dentro de un cierto grado de consanguinidad y de afinidad;

9) *prestación de juramento* para el ejercicio de la función. Recién a partir de tal acto el designado juez puede desempeñar el cargo respectivo.

1.1.3. LOS SISTEMAS PARA LA DESIGNACIÓN DE JUECES

Varios y disímiles son los sistemas adoptados por las constituciones o por las leyes para la designación de jueces. Como es obvio, todos ellos

responden a filosofías políticas diferentes, algunas de las cuales intentan lograr un adecuado y armonioso equilibrio e intercontrol de los Poderes del Estado, en tanto que otras apuntan a la sujeción de un Poder (el Judicial) a otro (el Ejecutivo o el Legislativo). El lector advertirá esta circunstancia luego de repasar los sistemas vigentes en el mundo.

En general, puede afirmarse la existencia de dos sistemas netamente diferenciados para la designación de jueces: el que la hace depender de una *elección* y el que exige un *nombramiento* de alguna autoridad.

Los veremos seguidamente.

1) Elección mediante sufragio popular

Adoptado como sistema actual en algunos Estados de los Estados Unidos de América y de la ex Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, es teóricamente el más puro y perfecto que pueda imaginarse, pues el juez accede a su cargo por la voluntad de la mayoría de los ciudadanos que creen y confían en él.

Además, es el único modo de designación que *legitima originaria, directa y democráticamente al magistrado*, ya que todos los restantes sistemas operan por *legitimación indirecta* (no lo designa el pueblo sino sus representantes).

Sin embargo, la elección presenta un grave inconveniente, obvio en razón de la función que ha de cumplir el juez: para llegar a serlo, todo aspirante debe efectuar actividad proselitista, para lo cual ha de contar con el apoyo de un partido político que lo promueva para ocupar el cargo; y ello puede generar irremediablemente ciertos compromisos ideológicos o partidistas que no son deseables en quien está llamado a juzgar a todos los miembros de una sociedad dada (y no sólo a quienes lo votaron).

El sistema opuesto rechaza de plano toda posibilidad de elección popular y exige para el acceso al cargo de juez un método diferente:

2) el nombramiento realizado por una autoridad competente al efecto

Atendiendo a que casi todos los regímenes constitucionales consagran la coexistencia de tres Poderes en la organización del Estado (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), este sistema admite tantas variantes como posibilidades de atribuir la respectiva competencia.

Véanse ahora las soluciones que extraigo de la historia más o menos reciente y que no necesariamente se hallan en vigencia en la actualidad:

2.1) el nombramiento lo efectúa exclusivamente el Poder Legislativo

Es el caso de los jueces superiores en la Constitución de la ex URSS de 1977;

2.2) el nombramiento lo efectúa exclusivamente el Poder Ejecutivo

Es el caso de los jueces federales en la ex Alemania Federal, según cláusula constitucional de 1956.

Estas dos variantes —que otorgan a uno solo de los Poderes del Estado la facultad absoluta de nombramiento judicial— no son aceptadas de buen grado por la mejor doctrina en aras de lograr una auténtica independencia funcional de juez, ya que la unilateralidad de la decisión puede someter al juzgador, por lo menos, a una clara dependencia ideológica de quien ejerce el poder político.

Para evitar la crítica recién apuntada, se acuerda el siguiente modo de designación.

2.3) el nombramiento lo efectúa exclusivamente el Poder Judicial

Es el caso de los jueces inferiores en Uruguay, según la Constitución de 1951.

El sistema se conoce en doctrina con la particular denominación de *cooptación*⁹ y quienes lo pregonan afirman que procura lograr la más completa independencia del Poder Judicial y su absoluta y definitiva separación del Poder Ejecutivo (del cual aquél emergió históricamente) y, por ende, de sus intereses de sector.

De allí que en la eterna lucha por el derecho, se ha dicho —y con cierta razón, frente a los nefastos resultados de los otros sistemas— que resulta el método más conveniente políticamente para lograr una plena independencia —al menos, ideológica— del Poder Judicial y, por ende, un adecuado intercontrol del ejercicio del poder; por la misma razón, se

⁹ Castizamente, es la elección de una persona como miembro de una sociedad o cuerpo por el voto de los asociados. En algunos países se utiliza al revés: la votación de todos impide el ascenso de la persona a quien le corresponde ascender en la carrera judicial. Por lo que conozco, cuando esto ha ocurrido, el así rechazado renunció de inmediato al cargo inferior que ejercía.

dice que con este método puede obtenerse la prestación de un adecuado y eficiente servicio a todo justiciable.

Sin embargo, la cooptación pura presenta otros riesgos que parecen tan terribles como los de los otros sistemas que implican lógicamente una cierta dependencia: ya desde antaño se arguye que este método de designación permite y prohija la formación de un *espíritu de casta* que, a la postre, deriva seguro en un *gobierno de los jueces*, razonablemente temido desde siempre después de la experiencia francesa de la Revolución de 1789, de la cual fue una de sus importantes concausas¹⁰. La crítica es válida. Los países que han adoptado el sistema de la cooptación exhiben una clara concepción elitista del poder con una correlativa ineficiencia en la actuación del sistema de justicia.

Para posibilitar la existencia real de la deseada independencia, se han instrumentado otros tipos de

2.4) *Actos complejos de designación*, exigiéndose la concurrencia al acto de, por lo menos, *dos Poderes* del Estado.

Y conforme a ello, se dan las siguientes posibilidades:

2.4.1) *el nombramiento lo hace el Poder Ejecutivo a propuesta del Poder Judicial*

Es el caso de Bélgica, según la Constitución de 1831;

2.4.2) *el nombramiento lo hace el Poder Legislativo a propuesta del Poder Judicial*

Es el caso de los jueces superiores de Uruguay, según la Constitución de 1951.

Estos dos sistemas se presentan como una variante atenuada del de la cooptación;

2.4.3) *el nombramiento lo hace el Poder Ejecutivo con intervención previa del Poder Legislativo, el cual presta su acuerdo o conformidad para la designación*

Es el caso de la Argentina donde, según la Constitución de 1853, los jueces de la Nación son nombrados por el Presidente con acuerdo¹¹

¹⁰ No otra cosa se ve en la Argentina actual con la desenfrenada actuación de los jueces decisionistas.

¹¹ Es la resolución tomada por varias personas reunidas en asamblea, junta o tribunal.

del Senado; también es el caso de la provincia de Santa Fe, donde el nombramiento lo efectúa el Gobernador con acuerdo de la Asamblea Legislativa compuesta por los miembros de las Cámaras de Diputados y de Senadores.

Las tres variantes señaladas –y muy particularmente la última– coinciden y terminan habitualmente en una cierta politización del Poder Judicial, ya que sus integrantes son designados por el poder político de entre quienes son obviamente sus seguidores.

Muestra acabada y paradigmática de esta afirmación se encuentra en muchos países de Sudamérica, de los cuales puede afirmarse sin equivocaciones que no hay Justicia en ellos.

Para apartarse de los sistemas antes mencionados que encomiendan a uno o más Poderes del Estado la designación de los jueces, se ha generado otro que otorga la respectiva competencia a un órgano que no depende jerárquicamente de ninguno de dichos Poderes y que, por ende, se supone *apolítico*.

Es el caso de los llamados

2.5) *Consejos Judiciales o Consejos de la Magistratura*

Al principio existentes, por ejemplo, en Francia (Constitución de 1946), Italia (Constitución de 1948) y España (Constitución de 1978).

El caso de España es el que por obvias razones nos toca más de cerca: allí se ha instaurado un *Consejo General del Poder Judicial* concebido como órgano máximo y de plena autoridad en el Poder, destinado a asumir gran parte de las atribuciones antiguamente conferidas al Ministerio de Justicia y con la afirmada finalidad de garantizar la plena independencia de la función judicial.

No obstante la pureza de la intención del constituyente, al derivar al legislador la reglamentación del sistema, fue desvirtuado por éste toda vez que la composición del Consejo la efectúa el rey a propuesta del Congreso de Diputados y del Senado (de entre sus propios miembros, entre abogados y entre jueces de todas las categorías que se hallan en servicio activo).

Con lo cual continúa el problema que intentó evitarse, pues todo lo que ha ocurrido es un simple desplazamiento del sujeto que designará

al juez: antes lo hacía el poder político; ahora, quienes han sido nombrados al efecto por el poder político. Y esto es puro gatopardismo.

Desde la Constitución de 1993, Paraguay también ha instaurado un Consejo de la Magistratura concebido —en rigor— para otros fines: no permitir que sea el poder político de turno el que pueda efectuar las designaciones.

Con lo que se ha entregado la respectiva facultad a representantes de las más diversas entidades cuya ideología final no puede prever el constituyente.

Lo mismo ha hecho la Argentina a partir de la Constitución de 1994, sin medir adecuadamente las consecuencias dañosas que pueden inferirse a la Justicia¹².

Un último sistema —vigente en el Brasil por expresa cláusula constitucional— es el fruto de la combinación de los anteriores.

Allí el ingreso se hace por concurso pero respetando

2.6) *Diversas procedencias de los concursantes*

Aquí, el ingreso a la judicatura —salvo la excepción que luego mencionaré— se hace siempre e ineludiblemente por el *primer grado de conocimiento* y depende también de un concurso de oposición¹³ (y no de meros antece-

¹² Es norma habitual en los distintos Consejos que existen en el mundo el establecer un concurso de oposición de conocimientos jurídicos para otorgar al ganador el ingreso a la magistratura. Como seguramente advertirá el lector, ello no resulta ni remotamente suficiente para integrar un Poder Judicial adecuado que pueda brindar un servicio eficaz al justiciable.

Y es que no existe método alguno para concursar la honestidad, la decencia, la contracción al trabajo, la prudencia, la austeridad, etcétera, condiciones todas más importantes que la única que es habitual concursar.

¿Para qué se quiere un juez muy capaz intelectualmente si es deshonesto, desidioso, imprudente, etcétera?

La experiencia de los últimos años —al menos en la Argentina, con regímenes de concursos y algún Consejo que otro— ha sido terrible: basta leer cualquier periódico para tomar conocimiento de un escándalo tras otro...

¹³ Un buen sistema de prueba de oposición —por ejemplo— fue reglamentado por el Tribunal de Justicia de San Pablo en 1950 y consiste en la redacción de una sentencia a base de una hipótesis de trabajo propuesta por la comisión examinadora o bien sobre casos concretos ya juzgados por el Tribunal y que se presentan a los aspirantes luego de haberse retirado las fojas correspondientes a la sentencia. En cualquier caso, se permite al concursante la libre consulta de obras de contenido jurídico. Y se afirma por diversos autores que el sistema logró mejorar notablemente la judicatura del país en general.

dentes) organizado por el Superior Tribunal de Justicia con la colaboración del respectivo Consejo Seccional de la Orden de los Abogados.

A partir del ingreso en la carrera de la magistratura, los ascensos sucesivos deben hacerse *necesariamente*¹⁴ de un grado de conocimiento a otro *inmediatamente* superior mediante la aplicación de dos criterios que operan alternadamente: la *antigüedad* y el *merecimiento* (con lo cual se descarta el simple concurso para acceder, por ejemplo, a una Cámara de Apelación).

Cuando corresponde el primer criterio (de antigüedad), asciende *necesariamente* el más antiguo en el correspondiente escalafón salvo que su designación sea rechazada por las tres cuartas partes del total de los jueces superiores en votación efectuada al efecto¹⁵. En tal caso, se repite la votación con quien sigue en el orden escalafonario.

Cuando, a su turno, corresponde el ascenso por el segundo criterio (de merecimiento), ha quedado librado a la reglamentación de cada Estado el modo de valorarlo.

Según la normativa vigente en 1950 en el Distrito Federal, por ejemplo, se establecía que debía tomarse en cuenta la conducta del juez en su vida pública y privada, la productividad y laboriosidad puestas en el ejercicio del cargo desempeñado, las demostraciones de cultura jurídica que hubiera dado y el número de asuntos fallados, teniéndose en cuenta al efecto el número de pronunciamientos anulados, confirmados y revocados por el superior¹⁶.

Tratando de sintetizar las cualidades exigidas para el ascenso por merecimiento, algún autor indicó concretamente cinco: vasto conocimiento del derecho, probidad a toda prueba, grande independencia de carácter, espíritu recto y consumada experiencia.

Sobre la base de estos criterios, se forma una lista que, en lo posible, debe contener *tres* nombres de entre los cuales elige *uno* el poder político para hacer la designación del caso.

¹⁴ Lo que implica que no hay designaciones originarias en los tribunales superiores. Exactamente lo contrario a lo que ocurre en la Argentina.

¹⁵ Ver la nota 9 en este mismo Capítulo.

¹⁶ Si bien se mira, es un excelente método de concurso, pues el juez es evaluado a base de lo que hace todos los días. Y es de suponer razonablemente que continuará haciendo lo mismo luego de ascender.

Pero el sistema no se detiene en este punto: en la composición de cualquier tribunal, *un quinto* de los lugares totales debe ser cubierto –alternativamente en algunos Estados– por un miembro del ministerio público y por un abogado en ejercicio, de notorio merecimiento y óptima reputación, *elegido en terna por sus propios pares de la respectiva Orden*.

Como se ve, el sistema permite la convivencia armónica de diferentes características judiciales: la prudencia y experiencia que da la antigüedad, el ímpetu, laboriosidad y conocimiento jurídico de quienes se han destacado notablemente en grados inferiores de la judicatura, el sentido de investigación altamente desarrollado que siempre ostenta quien durante mucho tiempo ha actuado como acusador público y la calma, agudeza y rapidez de comprensión que de todo problema jurídico presenta un abogado prestigioso, que ve su nombramiento –así– como una suerte de público reconocimiento a una vida entera dedicada a la profesión¹⁷.

Lo que importa destacar, finalmente, es que el sistema funciona y bien, con clara aprobación y beneplácito general de los componentes de los distintos foros que integran el país.

1.1.4. LAS INCOMPATIBILIDADES DE LOS JUECES

Al explicar los requisitos necesarios para acceder al cargo de juez hice referencia a que todos los ordenamientos consagran ciertas *inhabildades*, entendiendo por tales aquellos supuestos previa y taxativamente establecidos en la ley para que un aspirante que encuadre en ellos no pueda acceder a la judicatura.

Toca aquí hablar de las *incompatibilidades*, que son los supuestos de vida que la ley establece también previa y taxativamente para que un juez *ya designado* no incurra en ellos bajo distintas penalidades que pueden llegar a la exoneración del cargo.

¹⁷ Cosa parecida se ve en la excelente obra *El caso de los exploradores de cavernas* de Lon Fuller que, en traducción al castellano de Carrió, es de imprescindible lectura para todo juez que se precie de serlo. Allí se muestra, en una sentencia dictada sobre caso ocurrido en lugar y tiempo imaginarios, cómo operan los posibles modelos psicológicos de los jueces.

En otras palabras: se trata de lo que un juez en ejercicio *no debe hacer* para no lesionar la dignidad de la investidura judicial.

Por supuesto, el régimen de incompatibilidades es contingente. De allí que exista enorme diferencia entre un ordenamiento y otro.

En la tarea propuesta en esta obra he de concretarme ahora, y sin pretensión de taxatividad, a señalar las incompatibilidades más corrientes en las distintas legislaciones que resultan imprescindibles en un verdadero sistema procesal.

1) *Incompatibilidades propiamente dichas*

Se presentan con referencia estricta a la *función judicial* (por eso es que se afirma doctrinalmente que son *funcionales*) y, dentro de muchas legislaciones, impiden que el magistrado continúe en el cargo cuando incurre en alguna de ellas.

Las causales que se corresponden con esto son:

1.1) *incompatibilidad por acumulación de varias funciones judiciales*

Tratan de impedir el simultáneo desempeño de cargos judiciales (ver, por ejemplo, el art. 34 de la Constitución argentina);

1.2) *incompatibilidad por parentesco*

Mencionada ya como clara causal de inhabilidad, trata ahora de impedir que los cónyuges o los parientes dentro de ciertos grados puedan desempeñar funciones simultáneas en un mismo tribunal o en un mismo fuero;

1.3) *incompatibilidad por indignidad*

Mencionada también como causal de inhabilidad, trata ahora de impedir que el juez ya designado caiga en ella (por ejemplo, un juez no puede concursarse o quebrar);

1.4) *incompatibilidad en el régimen de vida*

Todo legislador ha previsto para el juez un régimen de vida correcto e irreprochable. Congruente con ello ha prohibido toda forma de conducta que de una u otra manera afecte la dignidad de su investidura o, eventualmente, pueda comprometer su imparcialidad.

Habitualmente legisladas en forma genérica, con simple referencia a la prohibición de ejecutar actos que comprometan de cualquier forma la investidura judicial, comprenden supuestos tales como:

– la asistencia a espectáculos inmorales o a lugares indecorosos;

- la práctica habitual o a la concurrencia asidua a lugares destinados exclusivamente a la realización de juegos de azar y de apuestas;
- el exceso en la bebida;
- el uso de estupefacientes;
- la compañía de personas públicamente conocidas por sus costumbres licenciosas, desordenadas o de malos antecedentes;
- la vida privada que viole reglas jurídicas o morales;
- la infidencia respecto de asuntos vinculados con sus funciones, etcétera.

También encuadran en este tipo de incompatibilidad ciertas actividades mencionadas aisladamente por algunas normativas vigentes y que deben generalizarse, pues resulta obvio que no pueden presentarse en la vida del juez.

A título de ejemplo, menciono los deberes de

- levantar embargos decretados sobre su remuneración (lo razonable y se espera de los jueces es que paguen sus deudas, evitando así poder ser embargados);
- no aceptar dádivas (lo que traerá consecuentes agradecimientos);
- no participar en asociaciones profesionales (lo que implica tener intereses en común con mucha gente);
- no practicar deportes en calidad profesional (lo que supone dependencia de alguien), etcétera.

2) Incompatibilidades que implican prohibiciones

Están contenidas en la mayoría de las legislaciones vigentes en resguardo de la imparcialidad que debe predominar en la función judicial.

Tales prohibiciones al juez son:

2.1) de realizar actividad política

Conforme a ella el juez no debe efectuar propaganda ideológica, ni firmar manifiestos, protestas o programas, ni formar parte de corporación o partido político, ni aceptar designaciones relativas a ellos, etcétera;

2.2) de realizar actividad profesional abogado

Absoluta, terminante, obvia y casi universalmente, todas las legislaciones prohíben al juez el litigar ante cualquier Poder Judicial en tarea propia de la profesión de abogado.

Ello comprende la tramitación de asuntos judiciales de terceros¹⁸ y el otorgamiento de consejo o asesoramiento en caso de litigio actual o posible (aun invocando el juez su calidad de académico);

2.3) de realizar actividad mercantil o lucrativa

Ciertas legislaciones prohíben al juez el ejercicio de actos de comercio en el territorio donde ejerce su actividad y cargo en forma permanente, permitiéndoles, otras, participar como accionista en cualquier empresa comercial con tal de que no tome parte en la gerencia administrativa;

2.4) de realizar actividad que lo coloque bajo subordinación de otro poder del Estado o de persona privada (gente o ente)

Esto por obvias razones que hacen a su independencia funcional. Generalmente, se excluye de esta prohibición el ejercicio de la docencia, en especial la universitaria en materia jurídica;

2.5) de realizar algunos actos jurídicos con relación a ciertos bienes

En virtud de esta verdadera *incapacidad de derecho*, generalmente los jueces no deben comprar ni siquiera en remate público, por sí o por interpósita persona, ni permutar ni ser cesionarios o locatarios de los bienes que están o estuvieron en litigio ante el tribunal en el cual ejercen la función.

Del mismo modo, no deben ser cesionarios de pretensiones litigiosas de cualquier naturaleza¹⁹.

1.1.5. LAS GARANTÍAS Y LOS DERECHOS DE LOS JUECES

Como un modo de asegurar irrestrictamente la independencia del Poder Judicial y, en forma individual, la de cada uno de los jueces que lo integran, las distintas normativas vigentes en el continente les otorgan ciertos derechos y prerrogativas, algunos de los cuales se hallan garantizados desde el propio texto constitucional de varios países (que no de todos).

¹⁸ Si bien algunas normativas vigentes le permiten actuar personalmente cuando se trata de defender un derecho propio, otras le acuerdan la posibilidad de hacerlo también cuando el interés litigioso pertenece al cónyuge o al hijo o a los padres. La tendencia actual es hacer esto lo más restrictivo posible.

¹⁹ Cód. Civil, art. 1442: "...ni se puede hacer cesión a los abogados o procuradores judiciales de acciones de cualquier naturaleza, deducidas en los procesos en que ejerciesen o hubiesen ejercido sus oficios; ni a los demás funcionarios de la administración de justicia, de acciones judiciales de cualquier naturaleza, que fuesen de la competencia del juzgado o tribunal en que sirviesen".

Siempre a título ejemplificativo, la generalidad de los regímenes constitucionales efectúa la siguiente enunciación:

1) *Garantía de duración vitalicia en la función*

Como máxima garantía de separación y recíproco intercontrol de poderes en un sistema de cogobierno armónico, muchas Cartas políticas establecen que los cargos judiciales se cubren en forma vitalicia, por toda la vida del nombrado o hasta que llegue a cierta edad avanzada o se halle en condiciones legales de acogerse al retiro jubilatorio.

Ésta es la tónica política contemporánea, superadora de los regímenes propios del pasado —y que aún subsisten en muchos lugares— mediante los cuales la designación judicial se efectúa por un plazo determinado, vencido el cual la autoridad competente debe proceder a nueva designación (de la misma o de distinta persona), con los inconvenientes propios del sistema: cuando el régimen de designación de los jueces opera por la sola voluntad del Poder Ejecutivo o del Poder Legislativo o de ambos, pero con exclusión de la del Poder Judicial, el sistema es perverso, condiciona a la judicatura y la hace *dependiente* de la facción gobernante, que muchas veces renueva o niega el nombramiento en función de los “méritos” políticos del candidato.

Sin embargo, y en una clara muestra de que todas las ideas evolucionan cíclicamente, en los últimos años la doctrina ha comenzado a efectuar un giro de ciento ochenta grados hacia la adopción de esta solución: ahora comienza a extrañarse el sistema de la *periodicidad*, que podrá ser más o menos larga, pero habrá de ser periodicidad al fin.

Y es que merced a complejos problemas sociológicos imposibles de explicar en este texto, se ha enquistado en algunos Poderes Judiciales —particularmente de la Argentina— una impericia técnica y un *vedettismo* tal en muchos de sus integrantes, cuando no una desidia extrema, que ha originado una casi absoluta ineficiencia del sistema de justicia, por la cual vuelve a clamar la gente.

2) *Garantía de inamovilidad*

La casi absoluta totalidad de ordenamientos constitucionales contemporáneos establece que, después de comenzar sus funciones, el juez no puede ser separado de su cargo ni cesar en el ejercicio de la judicatura por acto discrecional de la autoridad que lo designó.

Por lo contrario, se requiere un juzgamiento *ad hoc*, como se verá luego.

Y esto es muy bueno para el sistema, pues así se evita que un juez quede sujeto a los caprichos del político mandamás de turno.

La inamovilidad es una garantía que opera por igual tanto en el régimen de designación vitalicia como en la que la sujeta a un cierto plazo.

Dentro de la denominación propia de esta garantía existe otra que también se encuentra aceptada por muchos textos constitucionales: el juez no puede ser *trasladado* ni *ascendido* sin que preste previamente su consentimiento.

3) *Garantía de intangibilidad remuneratoria*

Como un complemento necesario de las garantías anteriormente mencionadas, diversas constituciones aseguran que la remuneración del juez —siempre a cargo del Estado— no puede ser suspendida ni disminuida mientras permanezca en el ejercicio de la función.

Además de los precedentemente mencionados, las leyes orgánicas o las procesales —y no las constituciones— otorgan otros derechos que, siempre a título ejemplificativo, continúo enumerando seguidamente.

4) *Derecho a percibir jubilación o retiro y pensión*

Como consecuencia de la permanencia vitalicia o por largo tiempo en el desempeño de una función que exige un cúmulo inusual de incompatibilidades, las leyes en general aseguran la subsistencia de los jueces cuando lleguen a una cierta edad o cuando una imposibilidad física les impida mantenerse en el pleno ejercicio del cargo.

5) *Derecho a gozar de vacaciones*

Se trata de un elemental y universalmente aceptado período de descanso que en las leyes procesales se denomina *feria judicial*.

En algunos países dicha feria opera durante un cierto lapso en verano y otro en invierno para todos los jueces al mismo tiempo, lo que posibilita la suspensión de los trámites procedimentales y, por ende, el disfrute de vacaciones por parte de los abogados y litigantes²⁰.

²⁰ Esto es importante de advertir en la actualidad, cuando los medios de prensa en general insisten en que los tribunales no deberían cerrar nunca por el gran atraso funcional que exhiben permanentemente. Aunque ello es cierto, la solución no pasa

Por supuesto, el cierre tribunalicio no es total, ya que la propia ley que regula la feria judicial siempre establece la diagramación de una suerte de *guardia judicial* (jueces y funcionarios de feria) que atienden los asuntos de urgencia en todos los fueros y grados de conocimiento.

Los asuntos de feria son contingentes en los distintos ordenamientos. Pero puede decirse que en la mayoría de ellos son:

- los procedimientos cautelares,
- los concursos y quiebras,
- las pretensiones de amparo judicial,
- la tramitación de procedimientos propios del fuero penal que soliciten las partes y
- aquellos en los cuales el reo se halla privado de libertad y, en general,
- los que a juicio del juzgador se hallan expuestos a la pérdida de un derecho o a sufrir un grave perjuicio.

En otros países el régimen es diferente: las vacaciones judiciales se diagraman para ser gozadas en forma escalonada por todos los jueces, de modo que el tribunal —como conjunto de órganos— permanece siempre abierto y recibiendo toda suerte de asuntos litigiosos.

Ya he sostenido en nota que el sistema no es beneficioso para el logro de una adecuada eficiencia del servicio en razón de que el Poder Judicial casi nunca opera en pleno y, además, se cercena el derecho a vacaciones de los abogados que carecen de suplentes idóneos para continuar la tramitación de los asuntos justiciables.

6) Derecho a juzgamiento por un foro privativo con motivo del cumplimiento de la función judicial

en manera alguna por la eliminación de la feria judicial. Repare el lector en que durante ella se suspenden todos los plazos y no pueden iniciarse nuevos pleitos salvo, claro está, los propios asuntos de feria que se enuncian en el texto. Si esto no se hace al menos una vez al año y por un período acorde con el que todo trabajador precisa para tomar vacaciones en sus tareas habituales, ningún abogado, perito, procurador, etcétera, puede parar en sus labores en razón de que, de continuar abierto el tribunal, siguen iniciándose pleitos, se convoca a las más variadas audiencias, etcétera, que exigen la presencia del abogado que lleva el caso. Obviamente, la solución estaría en que todo abogado tuviere un socio para reemplazarse recíprocamente entre sí. Pero exigir esto no es constitucional y, sobremanera, tampoco es sensato.

Como consecuencia natural de la garantía de inamovilidad, por la cual no puede ser separado de su cargo por la autoridad que lo designó, algunas constituciones y muchas leyes establecen que, por razones de incapacidad física o mental y por mal desempeño del ejercicio de la función, el juez puede ser apartado del cargo pero con la condición de que la respectiva causal sea analizada y juzgada por un tribunal que generalmente es de estricto carácter político (por ejemplo, el Senado o la Asamblea Legislativa) o mixto y *ad hoc* (Jurados de enjuiciamiento de magistrados judiciales, compuestos generalmente con las más diversas variantes: legisladores, jueces superiores, jueces de igual jerarquía que quien se halla sometido a juzgamiento, abogados en ejercicio pleno de la profesión, etcétera).

Las causales reveladoras de mal desempeño también son contingentes y varían de un ordenamiento a otro.

Las más comunes son:

- falta de idoneidad física, intelectual o moral;
- conducta revelada por la comisión de actos regulados como incompatibles con el cargo (ver el # 1.1.4. de este mismo Capítulo);
- inadecuado ejercicio de la función judicial, por desconocimiento manifiesto del derecho o por retardo imputable y reiterado en el juzgamiento de los litigios sometidos a su conocimiento, etcétera.

7) Derecho a no ser detenido ni ver restringida en modo alguno su libertad de actuar

Este derecho —conocido doctrinalmente con la denominación de *inmunidad judicial en materia penal*— es aceptado por todas las legislaciones republicanas y se funda en la necesidad de evitar que, so pretexto de imputar a un juez la comisión de un delito, el mismo pueda ser arrestado, entorpeciendo con ello la marcha de la justicia y, particularmente, imposibilitando que conozca de una determinada causa justiciable en la cual haya intereses políticos de por medio.

Esta inmunidad no es exclusiva de los jueces: existe una *parlamentaria* (también en materia penal, pero reducida a que el legislador no puede ser acusado ni molestado por las opiniones o discursos que emita en el desempeño de su mandato, ni detenido salvo que sea sorprendido *in fraganti* en la ejecución de ciertos delitos, generalmente mayores) y otra *diplomática* (sólo en cuanto al sometimiento de embajadores,

ministros y cónsules extranjeros a un foro privativo dentro del país en el cual desempeñan sus funciones).

Como se ve, la judicial es o debe ser la única *inmunidad absoluta* (el juez no puede ser detenido ni siquiera *in fraganti*) al menos doctrinalmente y en un sistema republicano de adecuado y recíproco inter-control de Poderes.

Sin embargo, algunos legisladores no lo han aceptado así, sometiendo dicha inmunidad a ciertas pocas y variadas restricciones, lo cual no es bueno ni condice con la idea de República.

8) *Derecho a exceptuarse del cumplimiento del deber de comparecer en calidad de testigo*

Toda persona de existencia visible mayor de una determinada edad —que cambia en las distintas legislaciones— tiene que atestiguar cuando es requerido judicialmente al efecto.

Para ello, debe *comparecer* ante la autoridad requirente y *testimoniar la verdad* acerca de lo que se le pregunte en el acto respectivo.

De estas distintas actividades se extraen tres deberes que para todo testigo surgen con motivo de la existencia de un proceso: el de *comparecer*, el de *declarar* y el de *decir la verdad*.

Por ahora interesa sólo el primero de ellos: en general, los jueces pueden acogerse al derecho que comento y, en consecuencia, exceptuarse de comparecer ante la autoridad que requiere su testimonio.

Pero como en modo alguno están ellos exentos del deber de declarar, dos sistemas existen en las normativas vigentes para que puedan hacerlo: declarar en su propio despacho, en día y hora que establezca el juez ante quien han de declarar o responder por escrito a las preguntas que éste les curse mediante un oficio librado al efecto.

Ya volveré sobre el tema en el Capítulo 22.

9) *Derecho a exceptuarse de ciertas medidas cautelares*

En la mayoría de las legislaciones, la remuneración de un juez es siempre embargable. De ahí que me haya referido al tema al tratar de las incompatibilidades judiciales, sosteniendo que todo juez tiene el deber de levantar las medidas cautelares que se decreten sobre sus bienes, salvo casos excepcionales emergentes de las relaciones de familia.

Algunas legislaciones, no obstante, y como consecuencia de la garantía de intangibilidad y de la existencia de normas que prohíben trabar embargo sobre ciertos bienes (no es el caso de la Argentina) establecen para el juez el derecho de que su remuneración, así como sus libros, no sean embargados.

No me parece razonable esta excepción ni congruente con la dignidad de vida que cabe exigir siempre de todo juez, por lo que debe ser evitado a todo trance en homenaje a la idea de república.

10) *Derecho a exigir la total colaboración de la fuerza policial para ejecutar sus sentencias, para lograr la efectivización de sanciones impuestas con motivo de la función judicial y para obtener la cautela de bienes, derechos o personas*

Como es obvio, el juez no puede ejercer fuerza personal ni dispone de una dotación que esté en condiciones de hacer cumplir forzosamente sus mandatos.

Lo mismo cabe decir respecto de la imposición de sanciones o de la expedición de cautelas.

De ahí que siempre deba ocurrir al auxilio de las instituciones que tienen a su cargo la seguridad de las personas y la prevención y represión de delitos, que siempre y en todas partes se hallan bajo la dependencia inmediata del Poder Ejecutivo.

Para asegurar que éste preste efectivamente tal auxilio toda vez que sea solicitado por un juez, algunas constituciones disponen ejemplarmente el deber de la autoridad administrativa de otorgarlo en forma irrestricta siempre que sea necesario a criterio del juez solicitante.

11) *Derecho a recibir cierto tratamiento por parte de justiciables y letrados*

Algunas legislaciones —que no todas— establecen detalladamente el tratamiento protocolar que debe otorgarse a un juez.

A guisa de ejemplo, menciono que varias normativas vigentes prescriben que, para dirigirse a un juez o para permanecer en su presencia, el interesado debe hallarse de pie, que ha de tratarlo de *excelencia*, *señoría*, etcétera²¹.

²¹ En la provincia de Santa Fe, ello fue erradicado por ley del año de 1962.

Todo esto marcha a contramano de la historia. No creo que sea bueno para el justiciable ni para el propio Poder Judicial establecer un tratamiento al mejor estilo de la nobleza europea ya en retirada. Aquí sí que conviene seguir el republicano ejemplo que muestran los Estados Unidos de América, donde lo que aquí expongo puede parecer de otra galaxia.

Para finalizar: respecto de los tribunales superiores la mayoría de las legislaciones acuerdan el derecho —en rigor no se trata de una facultad— de elegir libremente a quien ejercerá la autoridad o presidencia del Cuerpo, de acordar, elaborar y decretar su reglamento interno, etcétera.

1.1.6. LOS DEBERES DE LOS JUECES

Toda la actividad jurisdiccional (concebida como la suma de las tareas de *procesar*, *sentenciar* y *ejecutar*) se realiza mediante el ejercicio de una serie de *deberes* (sujeciones) y de *facultades de obrar* (poderes o potestades).

La doctrina no es pacífica respecto de la conceptualización, denominación y clasificación de tales deberes y facultades de los jueces: basta dar una somera lectura a las obras más conocidas para advertir que cada autor habla un idioma propio y distinto del idioma de los demás.

Sin embargo, media un acuerdo casi generalizado para formular todo concepto a partir de la denominación *deber-potestad* (o viceversa), con la cual se utiliza un término formado por dos palabras con significado antagónico²².

Por mi parte creo que resulta más sencillo utilizar al efecto los vocablos que el propio idioma castellano permite usar aun en el tema que ocupa ahora la atención.

Por tanto, entiendo por

a) *deber*, el imperativo jurídico que ordena una concreta conducta positiva o negativa del juez, cuya omisión lo hará pasible de algún tipo de sanción o responsabilidad (administrativa, civil o penal), y por

²² Es *deber* lo que tiene que hacerse aunque no guste, especialmente si es por imposición legal o moral, acepción ésta que se distingue claramente de *derecho*: facultad de hacer o exigir lo que la ley establece, si es que gusta. De *potestad* (del latín *potestas*: poder) deriva *potestativo*: referido a un acto, que no es necesario sino que libremente puede hacerse u omitirse.

b) *facultad*, la aptitud, poder o derecho para hacer siempre voluntariamente alguna cosa u obrar en determinado sentido, cuyo ejercicio está encaminado al mejor desempeño de la función.

De tal modo, la diferencia esencial entre *deberes* y *facultades* radica en que en los primeros no hay actividad volitiva del juez, pues la ley determina imperativamente su actuación; en las segundas, en cambio, la ley posibilita la realización de la conducta, pero su efectivo ejercicio depende del exclusivo querer del propio juez, quien, en cada caso, puede optar por hacer o dejar de hacer.

Efectuadas estas aclaraciones preliminares, véase ahora cuáles son los *deberes de los jueces*.

Una primera y elemental clasificación permite diferenciar los *funcionales* de los *procesales*, según que se relacionen con la función misma o con el desenvolvimiento y culminación del proceso, ahondándose la distinción si se atiende a que los funcionales existen para todo juez, independientemente de que intervenga o no en un determinado proceso.

Los vemos a continuación.

1.1.6.1. LOS DEBERES FUNCIONALES

Pueden ser clasificados, a su turno, en *esenciales* y *legales*, según que la imperatividad devenga inmanentemente de la propia función o, al contrario, que atienda a necesidades contingentes que responden a razones derivadas de la política legislativa vigente en un tiempo y lugar dados, tendientes a lograr un eficiente servicio al justiciable.

1.1.6.1.1. LOS DEBERES FUNCIONALES ESENCIALES

Son los más importantes de toda la nómina que puede efectuarse respecto del tema, pues algunos de ellos se correlacionan acabadamente con los *principios procesales* que ya he explicado en el Capítulo 12.

Sin pretensión de taxatividad, creo que estos deberes son:

1) *Independencia*

Al tratar las características propias de la función judicial he señalado que el ideal del Estado republicano lleva aneja la necesidad de existencia de un recíproco intercontrol de poderes.

Y es que parece claro que todas las buenas intenciones del legislador y toda la justa ordenación del Derecho de nada sirven a una comunidad jurídica si la seguridad absoluta de su realización no aparece garantizada por jueces independientes, alejados de las incidencias de la política diaria.

De tal modo, este deber indica claramente que todo juez ha de actuar con total y absoluta independencia del poder político de turno.

Tan importante es esto que sin independencia no hay actividad jurisdiccional y, sin ésta, *no hay proceso* (tal como lo he sostenido recurrentemente en el Capítulo 9).

Pero insisto en la idea sostenida al intentar describir el concepto de *imparcialidad*: independencia de toda obediencia debida, de todo prejuicio, etcétera.

2) *Imparcialidad*

Al igual que el anterior, este deber entronca con un claro principio procesal (ver el Capítulo 10) que indica que la actividad es jurisdiccional sólo cuando el juez actúa sin interés propio (*inmediato*: de él mismo, o *mediato*: de su cónyuge, hijo, etcétera) en un proceso.

Tanto es así, que ya he sostenido que si el juez no guarda el deber de imparcialidad, no habrá proceso a raíz de su actuación sino sólo una apariencia de su idea.

3) *Lealtad*

En la generalidad de las leyes procesales se menciona a este deber como propio y específico de las partes, con olvido de que también opera plenamente respecto del juez en razón de que por aquél ha de expresarse a los litigantes las razones que impiden su actuación (por ejemplo, por parcialidad), mantener una obvia discreción en el desarrollo del proceso para evitar el *strepitus fori* y cuidar de no adentrarse en la intimidad de las partes.

Además, la lealtad aparece clara en la seriedad de la actitud que, como juez, debe tener al emitir su resolución²³.

²³ Esta afirmación me la sugiere la lectura del párrafo que transcribo seguidamente, tomado de *Noches áticas* de Aulio Gelio: "Los que han escrito la vida y hechos de los varones preclaros, refieren que Quilón —el Lacedemonio, uno de los siete sabios de Grecia— habló así a sus amigos cuando sintió próxima la muerte: 'Páreceme que en

4) *Ciencia*

Doctrinalmente se afirma que este deber es el que impone al juez el conocimiento del derecho en grado suficiente como para aplicarlo eficientemente a casos concretos que debe procesar, resolver o ejecutar.

Pero esto no ha de entenderse sino como una continua labor de investigación que posibilite a la postre una adecuada información jurídica que le permita ejercer con eficiencia la función²⁴ sin descuidar —so pretexto de una especialización determinada— la óptica de conjunto que permite ver al Derecho como un todo en el cual no hay compartimientos estancos.

Además, este deber exige en el juez un imprescindible contacto con la vida, generadora de una experiencia propia que le haga doler la injusticia a fin de evitarla en la función.

el largo curso de mi vida nada he dicho ni hecho de lo que tenga que arrepentirme. Y tal vez vosotros mismos me tributéis este testimonio. Si no me engaño en esta hora suprema, no creo haber cometido alguna acción cuyo recuerdo deba afligir mi conciencia, exceptuando una sola, y de tal naturaleza que todavía ignoro si puedo ser inocente o culpable. Debía sentenciar con otros dos jueces en la causa de un amigo acusado de crimen capital. La ley le condenaba evidentemente y, por ello, tenía que dictar sentencia de muerte contra un hombre a quien quería, o bien emplear artificios para sustraerlo de la ley. Después de mucho meditar acerca de los medios que debía emplear para salir airoso en posición personal tan delicada, creí como mejor la decisión que finalmente adopté: di en voz muy baja mi sentencia condenatoria y aconsejé de viva voz a mis colegas que absolviesen. Así pues, en circunstancias tan difíciles, cumplí al mismo tiempo los deberes de amigo y de juez. Pero confieso que esta acción me entristece pues temo que no sea otra cosa que fraude culpable el haber aconsejado a los otros —al mismo tiempo y en el mismo asunto y cuestión— que hicieran exactamente lo contrario de lo que yo creía que debía hacer. Así, pues, Quilón, aquel hombre tan profundamente sabio, no supo hasta qué punto pudo infringir la ley y la justicia por amistad. Y esta duda atormentó su conciencia en el último momento de su vida". Cosa parecida he visto —y varias veces— cuando algunos jueces de tribunales colegiados explicaban al perdedor que habían coadyuvado a condenar las razones por las cuales habían tenido que hacerlo en contra de sus propios sentimientos o pareceres. Y esto es realmente lamentable...

²⁴ En mi largo paso por Tribunales he visto a jueces que asistían recurrentemente a todas las conferencias, cursos, etcétera, que se organizaban desde las más variadas instituciones (y siempre tuvieron fama de ser buenos magistrados que hacían honor a la función). Otros, en cambio, jamás asistieron a una sola, dando al efecto las más insólitas explicaciones (y, por cierto, casi todos no eran respetados por el foro en general, precisamente por su desconocimiento permanente del derecho).

5) Diligencia

Desde siempre se sabe que la justicia tardía no es justicia.

Para lograr su efectiva realización el juez ha de actuar diligentemente, cumpliendo las tareas encomendadas por la ley dentro del tiempo establecido para ello.

6) Decoro

Parece obvio destacar que el decoro, como *honor, respeto y consideración que recíprocamente se deben el juez y las partes*, es un elemento esencial para el desempeño de la función, por lo que implica la circunspección, gravedad, pureza, honestidad, recato y estimación que el juez debe inspirar a las partes y a la gente en general a fin de que sus sentencias tengan algo más que la mera autoridad emergente de la ley: la autoridad moral de la propia persona del juzgador.

1.1.6.1.2. LOS DEBERES FUNCIONALES LEGALES

Ya los he concebido como aquellos cuya imperatividad responde a contingentes necesidades que atienden a razones derivadas de una política legislativa determinada con la mira puesta en el logro de un servicio eficiente.

En la organización judicial de la mayoría de los ordenamientos vigentes, estos deberes son:

- 1) prestación de *juramento* como condición de la investidura en el cargo;
- 2) *residencia* en el lugar donde tiene su sede el tribunal;
- 3) *asistencia al despacho* con la periodicidad y tiempo necesario para atender satisfactoria y diligentemente las instancias de las partes;
- 4) *suplencia* de otro juez en caso de ser menester y
- 5) permanente *ausencia de cualquier causal de incompatibilidad* (ya desarrolladas en el # 1.1.4. de este Capítulo).

Cada uno de ellos se explica por sí solo.

1.1.6.2. LOS DEBERES PROCESALES DE DIRECCIÓN

Son los que la ley impone al juez con relación a la dirección y desarrollo del proceso, desde la admisión de la demanda hasta el cerramiento del

trámite procedimental (ya se verá más adelante que el proceso se inicia con la deducción de la demanda y tiene un desarrollo que culmina con el llamamiento de autos).

Durante tal curso cabe al juez conectar las instancias de las partes: a esta tarea se la conoce como de *dirección del proceso* (recuérdese que todo el trámite está gobernado por la regla de la *bilateralidad*).

Para que el juez logre dirigir eficientemente un proceso, la absoluta generalidad de las leyes vigentes le impone ciertos deberes que son contingentes y, por tanto, cambiantes de código a código y, por supuesto, radicalmente diferentes si se compara un juez del sistema inquisitivo con otro del sistema acusatorio.

En la tesitura de esta obra sólo cabe hacer una enunciación de tales deberes a partir de una clasificación que tiene en cuenta distintas ópticas: la del proceso *en sí mismo* y como *medio de debate*, la de los *sujetos intervinientes* y la del *litigio* que se controvierte.

1) Deberes que surgen con relación a la pura actividad de procesar

Pueden ser computados a título ejemplificativo²⁵:

- presidir todo acto en el cual deba intervenir la autoridad judicial;
- actuar con un secretario que dé fe de lo que el juez actúe²⁶;
- efectuar adecuado control de los trámites atinentes a la secretaría y, congruente con ello, revocar o corregir providencias simples dictadas por el secretario;

²⁵ La explicación del contenido preciso de cada uno de estos deberes excede el marco de este trabajo y tolera otro libro al efecto. Hace muchos años lo escribí —se trata de *El juez, sus deberes y facultades* que publicó ediciones Depalma en el año de 1982— que recuerdo ahora al sólo efecto de abjurar de las ideas que allí sostuve en pro de un juez inquisitorial. Nuevamente reconozco que estuve mucho tiempo equivocado y que por ello no volvería a escribirlo en los mismos términos. De ahí que no haya autorizado hasta hoy una segunda edición después de tantos años...

²⁶ Desde hace ya muchos años esto se ha subvertido: históricamente, el secretario era el *funcionario fedatario* del juzgador y, como tal, lo controlaba en cuanto a qué, dónde y cuándo hacía. Hoy, carrera judicial mediante y dada la gran movilidad que hubo en los últimos cincuenta años en las plantas tribunales de todo el país, el Secretario ayuda al juez a hacer sentencias, firma antes que él el despacho diario, convirtiéndose en una suerte de director de hecho del proceso, dependiendo en todo del juez quien, además, le otorga permisos y licencias, propone ascensos, etcétera. Y la pregunta se impone: ¿quid custodiet custodiet?

- determinar inicialmente el tipo de procedimiento a seguir en el caso concreto²⁷;
- vigilar para que durante la tramitación del proceso se procure la mayor celeridad y economía;
- concentrar las diligencias procesales;
- disponer toda diligencia necesaria para evitar nulidades;
- pronunciar de oficio nulidades de orden público (sólo cuando existe indefensión absoluta);
- declarar la caducidad del proceso (cuando el instituto está aceptado en la legislación respectiva y ella exige un obrar oficioso);
- fijar los plazos procesales cuando la ley no lo ha hecho;
- controlar el pago de costas y gastos²⁸.

2) En cuanto a los sujetos intervinientes

Pueden computarse los siguientes deberes:

- mantener la igualdad jurídica de las partes²⁹;
- excusarse mediando causal al efecto;
- prevenir³⁰ y sancionar todo acto contrario al deber de probidad, a la lealtad y a la buena fe procesal;
- cuidar el orden y el decoro en los juicios;
- procurar, en ciertos casos, el avenimiento de las partes (por ejemplo, en la Argentina rige este deber para casos de divorcio)³¹.

3) En cuanto al litigio operado entre las partes

Los deberes admiten nueva clasificación: respecto de la *pretensión*, del *derecho que la sustenta* y de la *confirmación de los hechos controvertidos*.

²⁷ El tema es de la mayor importancia para asegurar adecuadamente el desarrollo el método de discusión. Sin embargo, no siempre se hace.

²⁸ Como es fácilmente comprensible esto no es ni puede ser tarea del juez, salvo despropósito de algún legislador con vocación de ser nadie.

²⁹ Es absolutamente imposible lograr una igualdad en la vida.

³⁰ Creo que esto es un dislate del sistema inquisitorial. Nunca he podido comprender cómo es que puede ser *prevenida* una actuación de este tipo: ¿qué debería hacer un juez al efecto?

³¹ En general, los jueces no están preparados para hacer estas tareas que exigen conocimientos específicos y uso de técnicas adecuadas. ¿No sería bueno encargar la función a expertos que sepan qué hacer y liberen a los jueces del tiempo que todo esto demanda para que puedan alguna vez dedicarse a hacer sentencias, que es lo que la sociedad espera de ellos?

a) En cuanto a la *pretensión*, los deberes son:

- velar por la competencia judicial, cuando es de carácter improrrogable (ver el Capítulo 8);
- señalar los defectos de las peticiones antes de darles trámite;
- integrar el litigio en caso de estar controvertida una relación jurídica inescindible;
- acumular procesos en un mismo procedimiento cuando exista entre ellos conexidad causal o afinidad;
- comprobar la ausencia de litispendencia y de los efectos del caso juzgado.

b) En cuanto al *derecho que sustenta la pretensión*

El único deber es el de calificar jurídicamente la relación litigiosa (en orden a la regla *jura novit curiae*, ver el Capítulo 12).

c) En cuanto a la *confirmación procesal*

Siempre a título ejemplificativo, los principales deberes son (para todos ellos, ver el Capítulo 22):

- determinar los hechos a confirmar;
- mantener la vigencia de la regla procesal de concentración;
- desechar liminarmente todo medio de confirmación que sea de improcedencia notoria;
- en algunas legislaciones hacer lo mismo respecto de medio confirmatorio impertinente;
- abstenerse de cuestionar la validez intrínseca de la prueba testimonial;
- recibir por sí todas las instancias confirmatorias;
- eliminar o modificar preguntas en el pliego de testigos y de posiciones en el de declaración de parte;
- carear testigos y partes;
- ordenar inspecciones;
- determinar los puntos sobre los cuales debe versar una pericia;
- establecer el modo de diligenciar cualquier medio de confirmación no previsto en la ley respectiva.

1.1.6.3. DEBERES JUDICIALES DE RESOLUCIÓN

Estos deberes se relacionan exclusivamente con la actividad de *sentenciar* y nada tienen que ver con la de *procesar*³².

Cabe poner énfasis nuevamente en estas diferentes tareas que cumple el juez, pues desde la óptica unitaria del proceso que ya he mostrado en el Capítulo 2, recalco que la *actividad de procesar* es siempre idéntica en cualquier tiempo y lugar y aun respecto de las más variadas materias litigiosas, pues la serie lógica es la misma en todos los casos cuando se respeta la idea de proceso y no se usa esta denominación para otra cosa.

Lo que se muestra verdaderamente cambiante es la *actividad de sentenciar*, sujeta a reglas que varían en el tiempo y en el espacio y que le imponen al juez un determinado obrar: por ejemplo, si se procesa por delito penal, el juez debe absolver al reo en caso de duda; si la pretensión es laboral, debe estar a favor del operario en el mismo supuesto, etcétera³³.

Haciendo ahora una conceptualización de este deber conforme a la tesis expositiva adoptada en esta obra, cabe decir que consiste en *fallar* (resolver) todos los *casos justiciables* presentados a sede judicial por *parte interesada*, aplicando a los hechos confirmados por ellos la *norma jurídica* que los regule si se adecua al ordenamiento constitucional vigente³⁴.

³² De ahí que sea incorrecta la denominación habitual de *deberes procesales de resolución* que en alguna oportunidad anterior he adoptado para designar a este tema.

³³ En rigor de verdad, esta regla tendría que tener amplia vigencia para cualquiera y todos los actos justiciables. ¿Por qué no se aplica también en el campo de lo civil, sin necesidad de inventar teorías exóticas que llevan al mismo resultado?

La extensión que aquí postulo no es original: ya la contenía la Ley 1, Tit. 14, Partida 3, que decía "Naturalmente, pertenece la prueba al demandador cuando la otra parte le negare la demanda o la cosa o el hecho sobre que le hace la pregunta; que si no probase, deben dar por quitado al demandado de aquella cosa no probada en contra de él".

El glosador posterior sostuvo a su respecto que "esta regla debe observarse tanto en materias civiles como criminales, porque siempre tiene derecho el reo a que se le considere poseedor legítimo de la cosa que se le demanda, o libre de la obligación que se le supone, o inocente del delito que se le imputa. De modo que, en caso de duda, ha de favorecerse más al reo que al actor".

³⁴ En libro anterior agregué a este párrafo la frase *o reglas de equidad* (ver mi libro *El juez: sus deberes y facultades*, Depalma, Buenos Aires, 1982). Hoy no la repito pues he

Los caracteres que se extraen de este concepto son:

1) *Noción de deber de fallar*

Esta actividad consiste en heterocomponer (resolver) todos los litigios sometidos al conocimiento judicial aun en defecto de norma jurídica que lo regule de modo expreso³⁵.

Este deber es relativamente moderno y no opera en forma universal. Aún hoy impera en algunos ordenamientos el instituto de la *absolución de la instancia*³⁶ (o *sentencia inhibitoria*) que otorga al juez la facultad de abstenerse de sentenciar en caso concreto en razón de carecer de elementos confirmatorios suficientes para condenar o absolver al demandado o reo.

En otras palabras: la absolución no se produce respecto del delito imputado o de la obligación de restituir la cosa pedida, por ejemplo, sino sólo del proceso sustanciado al efecto; en tal caso, sobreviniendo nuevos medios confirmatorios, el actor o acusador pueden volver a demandar y acusar sobre la misma cosa o delito, respectivamente.

En el orden penal, este instituto que implica siempre un *no juzgamiento* de la pretensión sometida a la decisión judicial se conoce con la denominación de *sobreseimiento* (algunas legislaciones adoptan esta designación para algunos supuestos propios del campo civil)³⁷.

Castizamente, este vocablo significa *cesar en una instrucción sumarial* o, también, *dejar sin efecto ulterior un procedimiento*, por lo que sólo cabe *sobreseer* en supuestos en los cuales el juez se *abstiene de juzgar*

visto hacer uso desmedido de tales reglas y, a mi juicio, ello ha sido uno de los factores de mayor influencia en la formación del movimiento decisionista que aquí tanto critico.

³⁵ Ése es, precisamente, el caso de normación originaria por parte del juez.

³⁶ *Absolver de la instancia* significa dar por quitado y libre al reo, no precisamente del delito que se le imputa o de la cosa que le pide, sino sólo del juicio que se ha seguido al efecto. Ello se verifica en ciertos ordenamientos cuando llega un momento en el proceso en el que no hay mérito para dejar libre absolutamente ni para condenarlo. Y en semejante caso, sobreviniendo nuevos méritos probatorios, podrá volvérselo a demandar sobre la misma cosa o acusar sobre el mismo delito. En Colombia, la resolución que tiene ese efecto se denomina *sentencia inhibitoria* (en la que el juez falla diciendo que no puede fallar). Ya volveré luego sobre el tema en el Capítulo 25.

³⁷ Por ejemplo, en el juicio ejecutivo cuando los bienes a rematar no alcanzan para cubrir a saldo la acreencia del ejecutante.

(por ejemplo, por muerte del imputado o por amnistía o por prescripción de la pretensión punitiva, etcétera).

Sin embargo, algunas leyes procesales modernas —otra muestra más de la polivalencia de los vocablos usados por el legislador— utilizan el instituto para dejar sin efecto un proceso por otras dos razones que siempre implican un claro juzgamiento: *inexistencia del hecho penal y ausencia de autoría por parte del imputado*.

Esta indebida y notoriamente errónea extensión conceptual que se muestra en la ley, al llamar por igual *sobreseimiento* a supuestos diferentes que concluyen unos en un no juzgamiento y otros en un juzgamiento expreso y positivo, generó en algún momento de la historia una clasificación del instituto en *definitivo* (sobreseimiento que tiene valor de absolución) y *provisional* (sobreseimiento que tiene valor de absolución de instancia).

En este último caso, el juez puede reabrir la sustanciación de la causa penal con obvio detrimento del principio de seguridad jurídica, en tanto que no puede hacerlo en el anterior.

Ello explica al lector la razón que justifica la persistente prevención con la cual la doctrina seria ha mirado en todo tiempo al sobreseimiento provisional.

Superados doctrinal y, en algunos casos, legislativamente estos institutos, hoy existe un claro deber de fallar en casi todas las legislaciones, estableciéndose en muchas de ellas que aun más allá de la deficiencia confirmatoria los jueces no pueden abstenerse de sentenciar so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia legislativa.

A este efecto, algunas normas, como la contenida en el Código Civil argentino, artículo 16, establecen que “si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

2) Noción de caso justiciable

Se entiende por *caso* todo litigio (ver su concepto en el Capítulo 7) presentado ante un juez.

La adjetivación *justiciable* significa que, conforme con la ley, el caso puede ser sometido a la decisión judicial.

El tema será explicado en el # 2.3.2.1. del Capítulo 21, por lo que sólo cabe mencionar ahora que un caso no es justiciable en cuatro supuestos: cuando

- a) la propia ley prohíbe el procesamiento de una pretensión determinada,
- b) ésta carece de contenido jurídico,
- c) o no se vincula con una efectiva colisión de intereses o
- d) es de naturaleza eminentemente política y sujeta, entonces, a un control de la misma índole.

Acerca de este último supuesto no existe pacífico criterio doctrinal ni jurisprudencial.

Y es que los mentores del autoritarismo que caracteriza a muchos países del continente son renuentes a aceptar la plena justiciabilidad de todo conflicto de intereses so pretexto de que los actos administrativos (reglados o no) son *privativos* de cada uno de los tres Poderes que los realizan.

A mi juicio, ello constituye una exageración que no tiene que ser admitida en un régimen republicano, pues no existe ni debe existir acto administrativo *reglado* alguno —no importa al efecto de cuál de los tres Poderes conocidos emane— que quede exento de justiciabilidad y, por ende, de control de constitucionalidad³⁸.

Al lado de esto, se ha aceptado generalizadamente la doctrina que restringe tal control en lo que toca a los actos puros de *gobierno* que, como tales, están sujetos a un control exclusivamente *político*. Ejemplos de estos actos se ven en la declaración de guerra, la fijación del pie de valor de una moneda, la declaración de estado de sitio, la intervención federal a una provincia, etcétera.

En la Argentina actual el control de los jueces se extiende a toda suerte de actos de los funcionarios, políticos o no.

³⁸ El tema es de la mayor importancia. Si se aplica adecuadamente esta idea, las acordadas de superintendencia o de gobierno de los máximos tribunales de nuestro sistema judicial son *justiciales* por la vía del proceso jurisdiccional.

Y ello ha generado otro problema que preocupa hondamente a los estudiosos y que en la sociología tribunalicia se denomina *decisionismo judicial*.

El desarrollo del tema excede largamente el marco de esta obra y la he tratado en anterior oportunidad³⁹.

3) Noción de parte interesada

En función de la antigua y universalmente aceptada regla de la *rogación* (el juez sólo conoce a pedido de parte), que no es otra cosa que una elemental aplicación extensiva de la regla procesal de congruencia, el juez debe intervenir en un litigio sólo a base de instancia de persona que afirme la existencia de un conflicto en el plano de la realidad y, también, que su mantenimiento en tal plano afecta directa o indirectamente su propio derecho o interés jurídico.

Descarto totalmente, por supuesto, la existencia de un proceso incoado de oficio por el juez: tal cosa será siempre un simple procedimiento controlable luego por la vía de un auténtico proceso.

4) Noción de hechos confirmados por las partes

Ya se sabe que la regla básica de la actividad de procesar consiste en la necesaria existencia de una *afirmación* (Juan me debe o cometió un delito, etcétera) a la que puede seguir una eventual negación.

De tal modo, cuando a consecuencia de esta negación (por una de las vías posibles: *contradicción* y *excepción*, ver el Capítulo 21) queden hechos *controvertidos*, uno de los interesados (nunca los dos al mismo tiempo y respecto del mismo hecho) tendrá que confirmar lo afirmado según ciertas reglas precisas que se estudiarán en el Capítulo 22.

El acatamiento a dichas reglas es fundamental para lograr el desarrollo de la línea de eficiencia (ver el Capítulo 2); tanto es así que si quien debe confirmar en función de dichas reglas no lo hace ha de perder irremediabilmente el pleito.

Por ello, y conforme con la regla procesal de congruencia, el juez debe sentenciar todo caso en función exclusiva de los hechos que han confirmado las partes como consecuencia de la existencia de una afirmación negada.

³⁹ Ver mi *Debido proceso de la garantía constitucional*, Zeus, Rosario, 2003.

Sin embargo, y en homenaje a la búsqueda de la *verdad real* de lo acaecido en los hechos que generaron el conflicto, las leyes procesales modernas (apegadas todas a lo mejor del método inquisitivo) establecen la *facultad* de todo juez de procurar la obtención de tal verdad a fin de lograr el imperio de una auténtica justicia en cada caso sometido a juzgamiento; yendo más allá, otras leyes —en rigor, las más— otorgan a esta facultad el carácter de *deber* y alguna otra llega a sancionar severamente su incumplimiento.

Esto es absurdo y generador de grave riesgo para el juez y de innumerables artilugios dilatorios de las partes⁴⁰.

Pero, además, es notoria y notablemente asistémico y, por ende, no se adecua con las reglas que imperan en el enjuiciamiento acusatorio, único de auténtica raigambre constitucional entre los dos conocidos.

Para poder compartir esta afirmación, que no se me escapa suena muy dura a los oídos de quienes aún están enamorados de los regímenes totalitarios que no condicen con la existencia de un sistema republicano de gobierno, debe reparar el lector en que la *verdad* —al igual que la *justicia*— es un *valor relativo* cuando se trata de establecerlo por parte de un hombre —necesariamente falible— y mediante la sustanciación de un proceso.

Sin perjuicio de que insistiré acerca de este mismo tema en el Capítulo 22, supóngase ahora que un juez probo, dedicado y cumplidor de sus deberes, encuentra luego de ardua búsqueda la *Verdad* y, a base de ella, condena al reo.

Supóngase también que el tribunal superior, actuando con los mismos calificativos recién expresados, revoca la sentencia inferior y absuelve al condenado so pretexto de haber hallado la *Verdad*.

Supóngase, finalmente, que otro tribunal superior del anterior, anule el proceso por violación de alguna de las formas esenciales que lo rige, disponiendo un nuevo juzgamiento.

¿Cuál es la *verdad* única, absoluta y real? ¿Realmente la hay? ¿No será que cada posible juzgador ha llegado a su *verdad* en función de lo que ha hallado en el proceso de acuerdo con su propia formación personal y jurídica?

⁴⁰ Todo el tema será tratado en el Capítulo 22.

Y si la *verdad real* fue la que admitió como tal el juez de primer grado, ¿no quedó desvirtuada por la verdad que el superior entendió como tal y que tiene que prevalecer sobre aquella por una simple aplicación de la regla de subordinación de grado en la escala judicial?

Por supuesto, pueden efectuarse muchas disquisiciones más en torno de esta suerte de juego de obtener la verdad, pero es suficiente con lo expuesto en orden a mostrar que, por buena que sea la intención del legislador, no hay más remedio que aceptar como *verdad* lo que acerca de ello afirme el *último juzgador* de un sistema dado.

De allí que, para que el juez no se concrete a cumplir su función como simple convidado de piedra en la celebración de una misa jurídica y tenga que aceptar como bueno y en silencio el engaño o fraude de una de las partes en perjuicio de la otra, sea conveniente otorgarle la *facultad* —y nunca el *deber*— de procurar llegar a la justa solución del caso mediante una actividad tuitiva que puede desarrollar sólo en ciertos casos específicamente detallados en la ley.

Al ejercicio de esta actividad se lo denomina legalmente como *medidas para mejor proveer*, universalmente aceptadas y legisladas para que el juez las adopte respecto de los hechos que deben ser confirmados por las partes⁴¹.

Pero contra la opinión mayoritaria —como siempre, enamorada del régimen autoritario— creo que esta actividad es realmente excepcional⁴² y que, como tal, debe ser efectuada con las restricciones que toda excepción exige a fin de que el juez no abuse de los poderes que confiadamente le confirió el legislador y convierta al proceso en un instrumento de arbitrariedad y autoritarismo al romper el adecuado e igualitario equilibrio que debe existir entre las partes.

⁴¹ Estas *medidas* constituyen habitualmente la excepción a la regla general de que todo hecho afirmado y negado debe ser confirmado por la parte interesada, por cuanto aquí es el propio juez quien sale oficiosamente a procurar una confirmación procesal, de donde resultan claramente inconstitucionales por ser violatorias de la garantía del debido proceso.

⁴² Refiero sólo a la actuación del juez de lo civil, no a la del penal, que siempre tiene facultades confirmatorias en tanto sean desarrolladas a favor del reo y para mantener incólume su estado de inocencia.

A mi juicio, tales restricciones, de ineludible cumplimiento por el juez, son las siguientes:

a) es necesario que en el litigio *se haya ofrecido y producido algún medio confirmatorio relativo al hecho sobre el cual versa la medida* para mejor proveer: de lo contrario, el pleito debe ser resuelto sobre la base de las reglas del *onus probandi*;

b) es necesario que, a pesar de la confirmación ya producida, *el juez carezca de convicción firme acerca de la justa solución del litigio*: este requisito no contempla el supuesto de total carencia confirmatoria sino, al contrario, el de abundancia de medios que se contradicen entre sí, de modo tal que dejan al juez sumido en la perplejidad de la duda al no saber a quién otorgar la razón. Por supuesto, esto sólo en lo civil, pues en materia penal son siempre inconstitucionales (a menos que se ordenen a favor del reo). Ya volveré sobre el tema;

c) es necesario que el juez *ordene estas medidas cuando el proceso ha finalizado* y el litigio ya se halla pendiente de la obtención de la sentencia, lo cual descarta su adopción durante alguna de las fases del proceso, toda vez que ello es propio del sistema inquisitivo, en el cual no aparece ni remotamente la idea lógica del proceso;

d) es necesario que la medida ordenada tenga *exclusiva finalidad confirmatoria*, lo cual descarta toda actividad que rebase ese ámbito limitado;

e) es necesario que la orden de producción de algún medio confirmatorio *sea producto del espontáneo sentir del juez*, lo cual implica que estas medidas no deben ni pueden ser peticionadas o sugeridas por las partes;

f) es necesario que la medida ordenada *sea legal*, es decir que no esté prohibida por el texto de la ley;

g) es necesario que se mantenga a todo trance *la igualdad procesal de las partes*: ello hace a la esencia misma de la idea lógica del proceso, que no se respeta cuando el juez sale a suplir oficiosamente la inactividad confirmatoria del interesado;

h) es necesario, finalmente, que en la producción de la medida ordenada “para mejor proveer” se otorgue adecuada *participación a los interesados*, lo cual implica que la orden respectiva debe ser notificada a las

partes y que ellas deben tener oportunidad de evaluar sus resultados a la par de oponerse a su realización si se refieren a hechos no articulados o no están permitidas por la ley o se rompe la igualdad procesal, etcétera.

Las leyes en general refieren como ejemplos de estas medidas que los jueces pueden ordenar la agregación de documentos existentes en poder de las partes y terceros, pedir informes, ordenar reconocimientos, avalúos o algunas otras diligencias necesarias, aceptar u ordenar la ampliación del número de testigos, etcétera.

No estoy de acuerdo con esta extensión. Creo que el juez, atado legalmente a las reglas del *onus probandi*, sólo puede dictar este tipo de medidas cuando tiene pruebas convictivas que son claramente contradictorias y, entonces, busca argumentos para poder fundar su pronunciamiento en una de ellas.

Insisto finalmente y por tercera vez en este Capítulo: en el proceso penal no deben decretarse jamás y bajo ninguna circunstancia a menos que tengan la única finalidad de beneficiar al reo.

En efecto, si sólo pueden ordenarse en caso de *duda* (carencia de convicción he dicho precedentemente en el punto b), resultan asaz improcedentes en el campo de lo penal en razón de que tal duda autoriza sin más decretar la absolución del imputado, por simple aplicación del antiguo brocárdico *in dubio pro reo*.

Por lo demás, un distinguido procesalista chileno⁴³ ha demostrado decididamente su notoria improcedencia e inconstitucionalidad.

Veamos: si el juez tiene dudas acerca de la existencia del hecho o de la culpa del imputado, por ejemplo, debe absolver sin más conforme con el principio que muestra y acepta el *constitucional estado de inocencia de todo ciudadano*.

Si no lo hace y pretende salir de la duda mediante el resultado de una eventual *medida para mejor proveer*, parece obvio que la intención del juez al declararlas es *lograr siempre la posibilidad de una condena*, con lo cual muestra una clara parcialidad que destroza la idea del debido proceso.

⁴³ Hugo Botto Oakley, en su *Inconstitucionalidad de las medidas para mejor proveer*, Juris, Rosario, 2004.

En efecto: si las ordena y

a) no se practican o resultan anodinas para el resultado de la causa, el juez persiste en la duda y *debe absolver*;

b) si las practica y, a la postre, resultan favorables al reo, también persiste la duda y *debe absolver* a base de ella;

c) si las practica y salen en contra del reo, el juez *condenará*.

¿No parece así claro que dicta tales medidas sólo para posibilitar la condena y, con ello, no resulta ya obvia su inconstitucionalidad?

5) *Noción de aplicación de la norma que regule el caso*

Siempre que el juez resuelve un litigio debe hacerlo mediante una serie de operaciones lógicas que siguen un orden predeterminado:

a) en primer lugar, interpreta conductas efectivizadas en el pasado a la luz de los hechos admitidos en su existencia y de la confirmación de los hechos afirmados y negados;

b) en segundo lugar, individualiza la norma abstracta que preexiste en el plexo jurídico vigente a fin de subsumir en ella la conducta de las partes ya aceptada como existente;

c) en tercer término, y de ser necesario, interpreta el contenido de la norma según ciertos sistemas admitidos por la propia ley o por la doctrina y que fluctúan entre el dogma de la autoridad plena de la ley y el de la voluntad del juzgador (o sea, entre la escuela del derecho como exigencia impuesta por el legislador –dogmática jurídica– y la escuela de derecho libre, sujeta a la voluntad del propio juzgador; ésta y aquella con todos sus accidentes y actuaciones, desde la intención legislativa hasta la actualización de los institutos jurídicos según las exigencias de la vida y del desarrollo de las doctrinas contemporáneas);

d) en cuarto y último lugar, crea la norma que ha de servir para la solución del caso cuando ella no se encuentra contenida en la ley o en la costumbre (recuérdese que el juez no puede abstenerse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley).

En el primer supuesto, la función del juez se reduce a verificar una situación de hecho aceptándola como existente a base de aplicar las reglas respectivas; en el paso siguiente, encuadra legalmente tal situación –dentro de un marco de rigurosa lógica– en una norma abstracta de conteni-

do inequívoco, de modo tal que ambos pasos constituyan la simple formulación de las premisas de un silogismo⁴⁴; en la hipótesis que sigue —y que es eventual— la norma existe como tal pero exige una interpretación de su contenido no sólo en cuanto a su espíritu y alcances sino también en lo que toca a su adecuación al caso concreto en juzgamiento; el último supuesto revela la ausencia de norma en la cual encuadrar la situación de hecho, por lo que el juez no puede aplicarla ni interpretarla. De ahí que deba *crearla* buscando al efecto la solución legislada para casos análogos y, de no haberlos, en los principios generales del Derecho. Como se ve, la aplicación del Derecho en sentido amplio puede atravesar cuatro peldaños sucesivos (interpretación de los hechos y aplicación o interpretación o integración de la norma jurídica) que, en el momento de sentenciar, se fusionan en una labor intelectual única que poco tiene de mecánica y mucho de creativa.

Esta tarea configura una regla procesal —*jura novit curiae*— ya explicada en su concepto y alcances en el Capítulo 12.

6) *Noción de control de constitucionalidad de la ley a aplicar*

Siempre que el juez aplica una norma abstracta preexistente en la solución de un caso justiciable debe hacer un control acabado de su adecuación plena y perfecta con el orden constitucional vigente, con natural e implícita facultad de apartarse del texto legal cuando se presenta claramente repugnante con la ley suprema, que es la que da la base y otorga sentido a todo sistema de derecho.

Esto que resulta tan obvio para todo conocedor del régimen piramidal que existe en el ordenamiento jurídico (según el cual las normas inferiores deben adecuarse con las superiores, por ejemplo: el decreto o la ley provincial debe respetar a la ley nacional y ésta a la Constitución) no es aceptado universalmente: hay ocasiones en las cuales se veda desde la propia ley o desde la doctrina autorral la facultad de todo juez de hacer un control oficioso de constitucionalidad⁴⁵.

⁴⁴ En la mayoría de las veces esto no es exacto. Ya se verá oportunamente en el Capítulo 26 que la sentencia no es un verdadero silogismo lógico.

⁴⁵ Obviamente no me refiero al caso de Argentina, donde impera el control difuso de constitucionalidad: es competencia de todos los jueces del sistema el hacerlo y no sólo privativo de un tribunal en particular (cual ocurre en Paraguay, por ejemplo).

Y así, el tema se ha colocado entre los más controvertidos en la discusión jurídica contemporánea originándose a raíz de ella tres sistemas de control de constitucionalidad:

- a) el que lo otorga a un *órgano político*. Por ejemplo, la asamblea de la Revolución Francesa, el Cuerpo de Censores preconizado por Franklin para el Estado de Pennsylvania, la Constitución Francesa de 1852 y, en general, todos los ordenamientos constitucionales en los cuales la Constitución es dictada por el mismo cuerpo que sanciona la ley de reforma;
- b) el que lo otorga a un *tribunal único con competencia excluyente* sobre la materia. Por ejemplo, casos de Paraguay y Bolivia, y
- c) el que lo otorga a *todos y cada uno de los jueces*. Por ejemplo, casos de la Argentina, México, etcétera.

Especialmente en el sistema argentino —donde más debate existe sobre el tema— la jurisprudencia mayoritaria hace depender el control de constitucionalidad a *pedido expreso de parte interesada*, con lo cual se niega toda suerte de control oficioso por el juez.

De esta particular concepción, Bidart Campos deriva dos importantes e inteligentes conclusiones: si el control de constitucionalidad depende sólo de la voluntad de las partes, resulta que

- no pedir la declaración de inconstitucionalidad significa una clara renuncia del sistema, y
- si las partes pueden renunciar a la supremacía de la Constitución, todo el régimen jurídico que ella genera no es de orden público, con lo cual de nada sirven las libertades y garantías individuales que el constituyente declaró inviolables.

De ahí que, en esencia, una Constitución no es otra cosa que un *pacto de convivencia social* entre gobernantes y gobernados que se ha adoptado con clara libertad de elección; por ello, debe presumirse que es *racionalmente justa* y, por ende, toda norma inferior —abstracta cual la ley o concreta cual la sentencia— debe ser fiel reflejo de esa justicia.

A partir de estas ideas, he sostenido en el pasado⁴⁶ que “el juez no

⁴⁶ En *El juez: sus deberes y facultades* (Depalma, Buenos Aires, 1982); se trata de un libro del que he abjurado antes de ahora y que desde hace años aconsejo no leer para evitar severa contaminación del inconstitucional autoritarismo que tanto daño ha causado a la Justicia argentina.

puede apartarse de ella; y si lo hace, debe volverse al cauce natural pensado y querido por el constituyente. Y así, el juez se convierte en *guardián de la Constitución* (ley suprema) y no del simple texto de una ley que repugna a ella”.

Abundando en el tema, añadí que “Como consecuencia de esto, puede apreciarse que la esencia de la función judicial en la heterocomposición de los litigios no estriba pura y simplemente en aplicar la ley sino en lograr como *fin* el imperio del valor *justicia*, empleando como *medio* un instrumento técnico: la *ley*. Si se acepta esto, el control oficioso de constitucionalidad fluye como consecuencia inevitable de la función judicial así definida, toda vez que es al juez y no a las partes a quien incumbe seleccionar el medio que empleará (*su medio*), escogiendo de entre las diversas normas posibles aquella que por fuerza debe preferirse; en otras palabras, ateniéndose a la Constitución —*suprema lex*— cuando con ella no se concilian normas inferiores ordinarias. Pero, además, porque si la Constitución es el plan de justa convivencia social y erige el principio de justicia como un axioma del sistema, es inconcebible dejar librada a la voluntad de las partes la posibilidad de que tal principio se conquiste o se pierda según que ellas quieran o no articular la impugnación de inconstitucionalidad. Y resulta difícil de entender que no se admita a los particulares la renuncia general de las leyes (por ejemplo, norma contenida en el art. 19 del Código Civil argentino) y que, paradójicamente, se permita la renuncia de la esencia misma del sistema, dejando así al juez, y por siempre, en situación de extraño al cumplimiento de su misión”.

En definitiva, concluía al tiempo de sostener todo lo aquí explicado que “la tesis contraria a la declaración oficiosa de inconstitucionalidad entrega a las partes nada menos que la posibilidad de que opere o no el pleno imperio del orden jurídico en sus bases primordiales. Mayor absurdo no puede pedirse...”

Estas ideas ya parecen ser mayoritarias en la Argentina de hoy. Y precisamente por eso es que hay quienes mucho han abusado de ellas, generando un nuevo y diferente problema: gracias a lo que he mencionado como *decisionismo judicial*, muchos jueces se han excedido

en sus funciones logrando crear enorme malestar en muchos sectores no precisamente políticos⁴⁷.

Y esto ha puesto nuevamente en el tapete el tema relativo al control difuso de constitucionalidad: ahora hay quienes desean una drástica reforma que unifique en un solo tribunal la tarea de ejercitar ese control a fin de salir pronto de esta situación de *decisionismo* que ha hecho auténticamente imprevisible la actuación judicial en el país.

Yendo más allá todavía, empieza a sostenerse —y creo que con buen criterio— que todo lo recién argumentado sirve exclusivamente para cualquier litigio en el cual se discuta materia no transigible (asuntos penales, de familia, de menores, etcétera).

Por tal razón, y dadas como están las cosas, la tónica actual pasa por otro carril: la declaración de inconstitucionalidad debe pender sólo de instancia de parte —y, por ende, debe evitarse toda actuación oficiosa del juez— cuando se litiga a base de derechos transigibles, pues, en tales casos, debe ser soberana la actuación de las partes⁴⁸.

El genérico *deber de fallar* explicado hasta aquí se complementa con otros deberes que no le van a la zaga en importancia.

Ellos son:

a) *decidir los litigios en el orden en el cual fueron quedando concluidos para sentencia*

La obviedad del concepto evita toda explicación sobre el tema;

b) *resolver dentro de los plazos acordados al efecto por la ley*

Todas las normativas procesales vigentes establecen expresamente el plazo que tiene el juez para sentenciar cada litigio en orden al tipo procedimental adoptado (juicio ordinario, juicio sumario, etcétera).

⁴⁷ Todo este tema lo he criticado largamente en mi *El debido proceso de la garantía constitucional*, Zeus, Rosario, 2003, y en mi *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

⁴⁸ En alguna oportunidad resolví oficiosamente la inconstitucionalidad de la norma en la cual basaba su pretensión el actor y, en razón de ello, rechacé la demanda en sentencia que fue confirmada por el Superior. No obstante, cuando todo adquirió efecto de caso juzgado, el demandado pagó voluntariamente el dinero reclamado cuyo cobro había sido rechazado judicialmente. Todavía ignoro la razón de ello. Pero es claro que cuando se quiere pagar no hay inconstitucionalidad que valga. De ahí lo sostenido finalmente en el texto.

Para respetar las reglas de economía y celeridad y recordando una vez más que justicia tardía no es justicia, el deber es de cumplimiento irrestricto, razón por la cual las mismas normativas legislan otras instancias para ser ejercitadas por las partes cuando ello no ocurre;

c) *declarar la no justiciabilidad del caso*

Liminarmente o en el momento en el cual ello se advierta: a tal fin debe tenerse en cuenta lo explicado al comienzo de este mismo punto;

d) *calificar la relación jurídica litigiosa* de acuerdo con la regla procesal *jura novit curiae*;

e) *emitir pronunciamiento sólo sobre lo que fue objeto de petición por las partes*, de acuerdo con la regla procesal de congruencia;

f) *fundar adecuadamente la decisión que heterocompone el litigio*.

Este deber se halla consagrado en forma expresa en diversas constituciones y en todas las leyes procesales del continente que no adoptan la institución del *jurado*.

Y su cumplimiento exige que toda sentencia sea *motivada* con la construcción de un razonamiento lógico suficiente para que un hombre sensato pueda saber con certeza por qué el juez falló en el sentido en que lo hizo y no en otro.

La notable importancia que tiene este deber en el mundo contemporáneo fue desconocida en el pasado⁴⁹;

g) *declarar la temeridad o malicia de las partes o abogados* cuando han desnaturalizado la idea lógica de proceso con respecto a sus principios;

h) *aclarar la resolución* cuando ella contiene errores materiales o algún concepto oscuro u omisión de tratamiento de algún punto litigioso. Volveré sobre este tema en el Capítulo 30.

Un rápido repaso de cualquier legislación vigente revela la existencia de otros deberes cuya explicación excedería los límites de esta obra.

⁴⁹ Tanto es así que, por ejemplo, la Real Cédula de Carlos III de España (1778) mandaba a la Audiencia de Mallorca que cesara en la práctica de motivar las sentencias para evitar las cavilidades de los litigantes... En la actualidad es norma vigente en Pactos Internacionales y, desde la óptica de las partes litigantes, se considera que el cumplimiento de este deber es un claro *derecho humano*, particularmente para el perdedor, que debe saber exactamente las razones por las cuales se lo condena a fin de poder impugnar idóneamente la decisión del caso.

A solo título de ejemplo, menciono los deberes de imponer costas, de regular honorarios a los profesionales intervinientes, de examinar la apertura de la alzada, etcétera.

1.1.6.4. EL DEBER JUDICIAL DE EJECUCIÓN

El deber de ejecutar lo resuelto —si es que las partes no han cumplido el mandato judicial— constituye una simple consecuencia del deber de fallar en función de la razón de ser del proceso.

Se trata, en suma, de recomponer la paz social alterada por la existencia del conflicto que derivó en proceso (volveré sobre el tema en el Capítulo 29).

1.1.7. LAS FACULTADES DE LOS JUECES

Ya he dicho en el # 1.1.6. que se entiende por *facultad* la aptitud, poder o derecho que tiene un juez para hacer alguna cosa u obrar en un sentido determinado a fin de lograr un mejor desempeño de la función.

Así concebida, la *facultad* presenta una clara diferencia con el *deber*: en tanto en éste no hay libre determinación del juez para obrar o no, toda vez que la ley establece imperativamente su actuación, en aquélla la ley sólo se concreta a posibilitar la realización de una conducta cuyo efectivo ejercicio depende exclusivamente del querer del juez (y no del legislador).

A base de este concepto, todos los códigos procesales acuerdan mayores o menores facultades a los jueces.

La contingencia de la materia hace que sólo quepa referir en esta obra una simple enunciación de las generalmente legisladas.

Como siempre, el lector curioso tendrá que ocurrir a la ley respectiva para ver cómo opera el sistema en un lugar y tiempo dados.

Conforme a la finalidad que se pretende lograr con el ejercicio de las distintas facultades conferidas a los jueces, éstas pueden ser clasificadas en *ordenatorias*, *conminatorias*, *sancionatorias* y *decisorias*.

Las trataré seguidamente por separado.

1.1.7.1. LAS FACULTADES ORDENATORIAS

Se vinculan estrechamente con los deberes de dirección y, en forma más específica, tienden a que el juez pueda lograr una clara eficiencia funcional en la conexión de las instancias de las partes.

Un criterio útil para subclasificar a este módulo ordenador, relaciona tales facultades con el *proceso en sí mismo*, con los *sujetos intervinientes* y con el *litigio operado en el proceso*.

En orden a su generalizada aceptación a nivel legislativo y a título enunciativo, son:

1) *En cuanto al proceso en sí mismo*:

- a) tomar medidas tendientes a evitar la paralización del curso de la serie procedimental;
- b) habilitar días y horas inhábiles cuando esto sea necesario;
- c) suspender o interrumpir plazos⁵⁰;
- d) comisionar despachos⁵¹ (a este efecto, el juez *comitente* libra *exhortos* y *oficios*⁵² al juez *comisionado*);

⁵⁰ Interesa aquí explicar el significado de ambos vocablos atendiendo a que la doctrina jurisprudencial los confunde en numerosas ocasiones.

La *interrupción* importa la fulminación del período ya transcurrido en un plazo cualquiera y la necesidad de conceder un nuevo plazo en reemplazo del interrumpido, cualquiera haya sido el momento de su curso en el cual se decretó la interrupción. Implica, por tanto, la no iniciación del plazo.

La *suspensión*, al contrario, supone la no fulminación del período ya transcurrido; de modo que cuando se la decreta y luego se ordena la continuación del plazo suspendido, no debe correr íntegramente de nuevo, sino que es menester descontar los días ya cumplidos con anterioridad.

Un ejemplo ayudará a comprender mejor la diferencia apuntada: supóngase que el juez ordena correr traslado de la demanda al demandado por el plazo de diez días; al quinto, y por razones que no son del caso investigar ahora, *interrumpe* dicho plazo. Cuando decide renovarlo habrá de conferir nuevamente traslado por diez días.

En cambio si en el mismo supuesto *suspende* el plazo ya corrido al quinto día y luego lo renueva, correrá ahora por los cinco días que al momento de la suspensión estaban faltando para completar el total de diez.

Esta facultad otorga al juez, por tanto, la posibilidad de lograr distintos efectos según sea el instituto que adopte en cada caso concreto.

⁵¹ Aunque ya se sabe que la competencia judicial es *indelegable* (ver Capítulo 10), todos los códigos vigentes facultan al juez a encomendar a jueces con asiento en otros lugares la realización de determinadas diligencias cuando deben ser cumplidas en sus respectivos territorios.

⁵² Desde antaño se entiende por *exhorto* el despacho que un juez libra a otro que es

- e) designar días para efectuar notificaciones automáticas⁵³;
- f) ordenar que sean notificados personalmente o por cédula algunas decisiones que deben serlo en forma automática conforme al texto de la ley;
- g) designar y admitir un número menor de peritos que el exigido por la ley⁵⁴;
- h) determinar la privacidad de una audiencia⁵⁵;
- i) determinar el lugar en el cual se hará una subasta⁵⁶, etcétera.

2) *En cuanto a los sujetos intervinientes en el proceso*

La mayoría de las legislaciones vigentes acepta la enunciación de las siguientes facultades:

- a) exigir la comprobación documental de la identidad personal de los comparecientes al proceso;
- b) disponer la comparecencia personal de las partes para intentar conciliación o requerir explicaciones;
- c) disponer la comparecencia personal de testigos, peritos y terceros cuantas veces el juez lo considere necesario;
- d) unificar personerías⁵⁷, etcétera.

3) *En cuanto al litigio*

La facultad judicial que se halla generalizadamente aceptada por los diversos códigos es la de *ordenar la realización de toda diligencia nece-*

su igual (aunque en otro territorio) para que éste ordene a quien corresponda dar cumplimiento a lo que solicita el exhortante. Este concepto es también conocido con la denominación de *suplicatoria* y lo que cabe remarcar de aquél es que el juez exhortante *pide y no manda*, por ser igual y/o inferior del exhortado.

A su turno, *oficio* es cualquier carta o documento que escribe un funcionario público (en el caso, un juez) para comunicar a un *subordinado* una orden que debe ser acatada por éste. Como se ve, aquí no hay igualdad sino subordinación de jerarquía y, por tanto, *se manda y no se pide*.

⁵³ Sólo en el caso de que este medio de noticiamiento está autorizado en la ley respectiva (acerca del tema, ver el Capítulo 13).

⁵⁴ Ello cuando así lo aconseje la prudencia del juez en función del valor comprometido y escasa complejidad del litigio.

⁵⁵ Siempre que razones fundadas hagan temer un escándalo o el *strepitus fori*.

⁵⁶ A fin de obtener en ella un mejor precio del bien a rematar.

⁵⁷ Lo que se hace en uno sólo uno de los abogados intervinientes cuando existen varios sujetos litigando en una misma posición procesal (actora o demandada) que han hecho mérito de idénticas defensas.

saría para establecer la verdad real al respecto de los hechos litigiosos (ya me he referido al tema al exponer esta facultad como deber en el # 1.1.6.3. en este mismo Capítulo y, particularmente, haré igual en el Capítulo 22).

1.1.7.2. LAS FACULTADES CONMINATORIAS⁵⁸

Están legisladas en muchos códigos —que no en todos— como natural consecuencia de la aceptación del deber judicial de ejecutar lo decidido en la sentencia respecto del litigio.

Y es que de nada valdría la sustitución intelectual que efectúa un juez para heterocomponer un litigio si el derecho declarado quedare líricamente estampado en una hoja de papel sin posibilidad alguna de coaccionar su cumplimiento por el deudor renuente.

En general, las leyes procesales establecen concreta y expresamente cuál es la vía procedimental idónea para lograr la ejecución de una sentencia de contenido declarativo.

Por ejemplo:

- a) si se trata de una condena por *obligación de dar cantidad de dinero*, el mandato judicial se ejecuta por medio de un nuevo proceso que se conoce casi universalmente con la denominación de *juicio de apremio o de ejecución de sentencia*;
- b) si se trata de *obligación de dar o de restituir cosa cierta y determinada* (mueble o inmueble), la respectiva condena se ejecuta librando el juez un *mandamiento* para desapoderar del bien mueble al deudor o para obtener su *lanzamiento* en caso de inmueble;
- c) si se trata de una *obligación de hacer* alguna cosa y ésta puede ser realizada por un tercero, se ordena la ejecución por él a costa del deudor o, a elección del actor, se obliga al deudor a resarcir los daños y perjuicios provenientes de la inexecución;
- d) pero si se trata de *obligación de hacer* alguna cosa que no puede ser suplida por tercero, y el acreedor no quiere resolver la obligación en resarcimiento de daños y perjuicios, no queda otra vía que arbitrar

⁵⁸ En Derecho, exigir el cumplimiento de un mandato bajo advertencia de pena o de sanción por parte de quien tiene autoridad para ello.

una suerte de conminación al deudor para que cumpla en especie lo adeudado (piénsese, por ejemplo, en el contrato con célebre pintor para que efectúe un retrato y que luego pretende desconocer la obligación asumida o, también, en el cumplimiento de un régimen de visitas de menores, etcétera);

e) algo similar ocurre con la *obligación de no hacer* alguna cosa: si el deudor la quebranta, el acreedor tiene opción para pedir que se repongan las cosas al estado en el cual se hallaban, a costa del deudor y siempre que fuere posible. Pero si no lo es, no queda otra alternativa que el resarcimiento o la conminación.

Esta *necesidad de conminar*⁵⁹ ha sido la fuente del instituto de la *constricción*⁶⁰ (o *astreintes*), mediante el cual el juez está facultado para imponer una sanción *pecuniaria compulsiva y progresiva* tendiente a lograr que, en algún momento, el incumplidor acate el mandato judicial.

Como puede notarse, la idea fundamental que preside la esencia del instituto tiene por finalidad última la de transformar una obligación *incoercible* —cual es la de *hacer*⁶¹— por otra *coercible*: la de *dar suma de dinero*⁶², a efecto siempre de lograr el acatamiento del mandato judicial.

Dos aclaraciones deben ser hechas en este momento: la primera es que, por defecto legislativo las más de las veces, abundante jurisprudencia se inclina por aceptar la vigencia de este instituto respecto de *todo tipo de obligaciones* en lugar de circunscribirla exclusivamente a las de *hacer y no hacer*, con olvido de que todas las demás son coercibles, y por tanto, las leyes procesales regulan minuciosamente el modo de

⁵⁹ Ya expliqué que, en derecho, significa exigencia del cumplimiento de un mandato bajo advertencia de pena o sanción por quien tiene autoridad para ello.

⁶⁰ Generar la obligación de hacer algo por fuerza.

⁶¹ Adviértase que el cumplimiento de una *obligación de hacer* es absolutamente *incoercible*. Piense en lector en un pintor que debe pintar un cuadro y no lo hace pese a las intimaciones en tal sentido. ¿Qué se hace? ¿Tomarle la mano y llevársela forzosamente para que pinte? ¿Qué saldría de ello? Precisamente para hacer coercible este tipo de obligación es que se la convierte en la de dar suma de dinero.

⁶² Adviértase que la constricción del pago de una suma de dinero es bien sencilla: se embarga un bien, se desapodera de él al deudor, se lo vende en subasta y se entrega el dinero al acreedor. La voluntad del deudor no juega para nada en el caso y, más allá de la eventual fuerza desplegada en el acto del desapoderamiento, no se lo constriñe a hacer algo con su cuerpo.

efectuar la coacción: desapoderamiento, lanzamiento, ejecución por tercero, resarcimiento del daño causado, etcétera.

A mi juicio, se trata de una extensión indebida del instituto que luego genera innumerables problemas, como puede verse con facilidad en todas las sentencias sobre el tema que están registradas en cualquier repertorio jurisprudencial.

La segunda aclaración se refiere a la *progresividad*⁶³ de la sanción conminatoria: no se trata aquí de imponer una simple multa por el incumplimiento sino de lograr el cumplimiento de la obligación.

De ahí que la multa no debe ser *acumulativa*⁶⁴ (como lo señala importante doctrina en la Argentina, donde casi todos los códigos prevén la vigencia del instituto) —que puede quedar en puro lirismo en una economía altamente inflacionaria— sino que debe ser *progresiva* en orden a que no exista fortuna que pueda soportar su pago⁶⁵.

A este efecto, el juez debe partir de una unidad cualquiera y, en progresión geométrica, doblarla cada tanto tiempo (un día, una semana, un mes,

⁶³ *Progresivo* significa que aumenta, crece o se desarrolla poco a poco y de forma ininterrumpida.

⁶⁴ Se entiende por *acumulativo* lo que actúa por *acumulación*: reunión y amontonamiento de algo, especialmente si se hace en gran cantidad. Cuando la constrictión se impone *acumulativamente*, la sanción es —por ejemplo— de diez pesos por día de incumplimiento. De tal modo, en cinco días se acumulan cincuenta pesos. Como en general los jueces son harto prudentes en la fijación de la multa diaria, hay personas a las que no les hace mella el pagarla y, por tanto, pueden permanecer largo tiempo en el limbo del incumplimiento. Como es obvio, no es ésa la intención del legislador, que ha buscado un método de lograr el cumplimiento sin contemplaciones y rigurosamente.

⁶⁵ Cuando la constrictión se impone *progresivamente*, la sanción es diferente. Por ejemplo, el juez impone una multa de diez pesos por el primer día; si el cumplimiento no se realiza, el segundo día la cifra inicial de diez pesos aumenta *geométricamente* (no en *progresión aritmética*) y, por tanto, habrá que abonar veinte pesos. Si el incumplimiento persiste, la deuda alcanzará el tercer día a la suma de cuarenta, de ochenta en el cuarto y de ciento sesenta en el quinto. Adviértase la enorme diferencia de cantidad si se la compara con el caso acumulativo descrito en la nota anterior. De tal modo, no hay riqueza que, a la larga, pueda soportar el pago de la multa que es, precisamente, lo que se pretende con el método para lograr el acatamiento del deudor al mandato de la condena en su contra. Recuérdese la picardía del personaje bíblico que pidió como recompensa lo que el deudor aceptó de buen grado: un grano de trigo puesto sobre la primera casilla de un tablero de ajedrez, con la precisa condición de que se duplicara en la siguiente casilla y, así, sucesivamente: ¡todo el trigo cosechado en el lugar no alcanzaba para abonar tal recompensa!

etcétera): si el deudor es solvente cumplirá la obligación adeudada pues llegará un momento en el cual comprometerá todo su patrimonio.

Conozco a algunos jueces que se niegan sistemáticamente a interpretar la conminación del deudor en la forma antes expuesta, so pretexto de que resultaría demasiado onerosa para él.

Y ello es absurdo pues esto es, precisamente, lo que se intenta con la vigencia del instituto, usado como medio para lograr por vía indirecta el total acatamiento a la sentencia que condenaba al cumplimiento de una obligación de hacer (no suplicable por tercero) y de no hacer.

1.1.7.3. LAS FACULTADES SANCIONATORIAS⁶⁶

Estas facultades se hallan estrechamente vinculadas con los deberes procesales de dirección relacionados con el cuidado del orden y el decoro en los juicios.

Como es obvio, a partir de ello el director del debate tiene que contar con facultades suficientes para calificar la arteria y sancionar a quien se aparta del fiel cumplimiento de la regla moral que debe presidir sí o sí a todo proceso.

Y así es que todos los códigos o leyes que organizan el Poder Judicial autorizan un amplio elenco de sanciones adecuadas para la vasta gama de inconductas que las partes o sus defensores pueden adoptar en un proceso.

Las actitudes sancionables pueden ser clasificadas en dos grandes grupos: las que *obstruyen el curso normal del proceso* y las que *pecan por exceso de lenguaje* en los escritos o audiencias.

El régimen sancionatorio es altamente contingente en las diferentes legislaciones.

Tratando de hacer un inventario enunciativo de las principales sanciones que adoptan los códigos o leyes orgánicas, pueden registrarse:

1) en cuanto al primer grupo,

- la *prevención*;
- el *apercibimiento*;
- la *privación de honorarios*;

⁶⁶ Castizamente es aplicar una sanción o un castigo.

- la imposición de multas;
 - el arresto;
 - la suspensión, y
 - la cancelación de la matrícula;
- 2) en cuanto al segundo grupo,
- la testación de frases;
 - la devolución de escritos;
 - el llamado a la cuestión en las audiencias, y
 - la expulsión de éstas.

1.1.7.4. LAS FACULTADES DECISORIAS

Generalmente vinculadas con el deber de fallar, son las que conceden los ordenamientos legales para que el juez pueda lograr una adecuada heterocomposición del litigio.

Las más conocidas en las leyes procesales son:

- a) la facultad de dejar sin efecto (revocar) sus resoluciones (conforme a ciertos requisitos de indubitable vigencia);
- b) la de apartarse, aunque fundadamente, del dictamen pericial, y
- c) la de establecer el monto de los daños y perjuicios cuando se ha acreditado la obligación de resarcir pero no su *quantum*.

1.1.8. LA RESPONSABILIDAD DE LOS JUECES

Como natural consecuencia de sus caracteres de *independiente e inamovible*, en el cumplimiento de su función todo juez está sujeto a una cuádruple responsabilidad: *disciplinaria, política, penal y civil*.

1) Le cabe *responsabilidad disciplinaria* de naturaleza administrativa en cuanto forma parte de un Poder que opera jerárquicamente y en orden a mantener incólume el régimen orgánico de incompatibilidades y el que regula sus actividades de procesar y sentenciar.

De ahí que los jueces inferiores sean *sancionables* por los superiores en caso de infringir las normas que establecen las incompatibilidades (ver el # 1.1.4. en este Capítulo) o de ausentarse injustificadamente del lugar de cumplimiento de la función, o de no asistir al despacho con la frecuencia y dentro del horario que indican las normas de go-

bierno del Poder o de abandono o retraso injustificado en el desempeño de la actividad judicial, etcétera.

Las sanciones que puede sufrir un juez son variables en los distintos ordenamientos y van desde la simple prevención hasta la suspensión temporal.

La reiteración de actitudes sancionables puede generar en muchos casos su remoción, para lo cual debe ser enjuiciado al efecto.

Y esto genera la siguiente categoría.

2) Le cabe también *responsabilidad política* cuando el juez comete grave falta que lesiona su investidura (aceptar dádivas, reiteración de actitudes sancionables en el régimen disciplinario, etcétera) o delito del derecho penal o exhibe desconocimiento manifiesto del Derecho, etcétera. En tales casos puede ser removido del cargo.

Para este supuesto, también mencionado en el párrafo anterior, es requisito imprescindible que el juez sea sometido a juzgamiento por un órgano político (de allí la denominación de *juicio político*) que habitualmente es el Senado o la Asamblea Legislativa o un tribunal *ad hoc* que se conoce como Jurado (o *Jury*) de Enjuiciamiento y cuya función consiste en absolver⁶⁷, destituir⁶⁸ o desaforar⁶⁹ al juez.

Hasta que esto último no ocurra el juez sigue manteniendo su derecho a la inamovilidad y su inmunidad en materia penal.

3) Le cabe también *responsabilidad penal* por la comisión de delitos comunes o con motivo del ejercicio del cargo (por ejemplo, cohecho, enriquecimiento ilícito, prevaricato y denegación y retardo de justicia, etcétera).

⁶⁷ Por no encontrarlo culpable de la imputación o por no haber sido suficientemente probado el cargo efectuado en su contra.

⁶⁸ Por hallarlo culpable del cargo, en tanto éste no constituya delito del derecho penal, que sólo puede y debe ser juzgado por un juez ordinario con competencia al efecto.

⁶⁹ Cuando el cargo es la imputación de un delito del derecho penal, el tribunal de enjuiciamiento no debe absolver ni destituir sino circunscribir su actuación a quitar al juez enjuiciado los fueros que lo protegen de un juzgamiento ordinario y, eventualmente, a suspenderlo en su actividad en orden a la gravedad del delito imputado. Hecho ello, el ahora juez desaforado será sometido a juicio y juzgado por el juez competente al efecto. Caso de ser absuelto, cabe que sea reincorporado inmediatamente al cargo, si es que existió suspensión de funciones. Caso de ser condenado, el tribunal de enjuiciamiento retoma su competencia para destituirlo, si es lo que corresponde al caso.

Pero como mientras permanezca en el cargo no puede ser detenido ni sujeto a proceso penal, es necesario su *desafuero* (pérdida del derecho a la inamovilidad) por decisión emanada de la autoridad que tiene competencia para su juzgamiento político.

4) Por último, le cabe *responsabilidad civil* por todo daño y perjuicio que pueda ocasionar en el desempeño de la función.

En muchas constituciones y leyes orgánicas, este tipo de responsabilidad es directamente operativa y, por ende, el juez puede ser demandado sin el cumplimiento previo de ningún requisito.

Otros ordenamientos guardan silencio al respecto, y en ellos se ha instaurado una fuerte corriente jurisprudencial creadora de una especie de *bill* de indemnidad para el juez: exige previo *desafuero* por el tribunal político para ser pasible de responsabilidad civil. Lo cual nada tiene que ver con la idea de República.

Cabe acotar, finalmente, que este *desafuero* no se exige cuando el juez es demandable civilmente por acto que no fue cometido en ejercicio propio de la función.

1.2. EL ÁRBITRO

1.2.1. EL CONCEPTO DE ARBITRAJE

Entre los posibles *juzgadores* mencionados en este Capítulo está el *particular* (no funcionario del Estado) conocido genéricamente con la denominación de *árbitro*⁷⁰ y que tiene como misión heterocomponer privadamente un litigio (ver el Capítulo 1, # 2) en tarea cuya importancia y notable desarrollo en el mundo contemporáneo remarqué en el Capítulo 9.

Para la mejor comprensión del tema, es menester recordar previamente que el *arbitraje*⁷¹ (o el arbitramento)⁷² es un modo de heterocomposición de litigios que opera como *resultado* respecto de ellos y al cual se llega sólo si media, al menos, un principio de autocomposición de los propios interesados, por la cual aceptan plantear su litigio al árbitro (o al arbitrador) y, eventualmente, acatar su decisión.

⁷⁰ En realidad, la figura comprende dos clases diferentes: el *árbitro* y el *arbitrador*.

⁷¹ Resultado de lo que hace el árbitro.

⁷² Resultado de lo que hace el arbitrador.

De tal modo, el arbitraje⁷³ implica siempre un proceso desarrollado y resuelto por particulares que, como método de debate, presenta innegables ventajas respecto del proceso judicial:

- generalmente, las exposiciones de las partes se hacen en forma verbal y sin formalismos anacrónicos;
- no exige el aparato de una burocracia que demanda documentación y acreditamiento de cada acto;
- la comunicación entre partes y juzgador es siempre directa (lo cual produce la inmediata adquisición de las pretensiones y de los medios utilizados para confirmar su validez y eficiencia);
- no es tan oneroso ni dilatado en su duración;
- facilita interrogatorios, aclaraciones, revisiones de cosas y documentos;
- se realiza a puertas cerradas y sin acceso de público (lo que permite hablar con toda confianza, llanamente y sin protocolo y con cordialidad, pues, ante todo, se desea mantener la relación comercial que provocó la desinteligencia contractual), etcétera⁷⁴.

⁷³ De aquí en más utilizaré sólo este vocablo como omnicompreensivo de los tipos arbitrales que ya he señalado en el texto.

⁷⁴ No obstante que son varias e importantes las ventajas del *juicio arbitral* por sobre las del *juicio judicial*, en la Argentina no ha logrado imponerse y, lo que es grave y desalentador, creo que no se impondrá por mucho tiempo, al menos en tanto dure la cultura pleitista imperante en el país y que privilegia la mala fe y la industria de la deuda por sobre el cumplimiento de la palabra empeñada.

Varias cosas coadyuvaban a esta situación:

a) en primer lugar, lo que —pese a la opinión de voces autorizadas— creo fue el resultado desfavorable obtenido por gran número de los eventuales actores en la experiencia conciliatoria previa y extrajudicial que se impuso hace algunos años para una enorme cantidad de pleitos en la ciudad de Buenos Aires. A mi juicio, el origen de ello no es impoluto, pues en el fondo sólo se trató de solucionar desde la ley un problema individual y egoísta: el que en grave época crítica tenían los aseguradores al no poder llegar de otra forma a las víctimas de sus asegurados para intentar una transacción que evitara el pleito sin tener que soportar la valla y el mayor coste que significaba siempre la presencia del abogado después de iniciada la demanda del caso. Yo he visto arreglos calamitosos para las víctimas de accidentes de tránsito que debían optar entre percibir algo en la audiencia respectiva y no quien sabe cuánto ni quien sabe cuándo si algún día obtengan el reconocimiento del derecho y si el asegurador se salvaba de su siempre inminente liquidación forzosa (recuerde el lector que en el país hubo enorme número de empresas liquidadas en los últimos años). El resultado calamitoso aparecía como consecuencia de hacer en el acto conciliatorio una especie de *remate al revés*:

1.2.1.1. LAS CLASES DE ARBITRAJE

Aunque intrínsecamente la tarea arbitral —acto de juicio— es una sola, se acepta por tradición que puede adoptar dos formas diferentes, según

ofrecer algo menos en cada oportunidad respecto de lo ofrecido inmediatamente antes. Por ejemplo: la víctima de un accidente de tránsito reclama trescientos pesos en concepto de indemnización por los daños sufridos en esa ocasión. El eventual deudor comparece a la audiencia de marras y, como grande y generoso desprendimiento, ofrece pagar a la víctima la suma de cien pesos por todo concepto. Cuando ella lo rechaza y pide doscientos como contrapropuesta, el deudor ofrece inmediatamente noventa, que exhibe en billetes sobre la mesa de negociación. Ante la sorpresa que naturalmente genera el brusco giro de la oferta —que en lugar de subir, baja— la víctima reduce su pretensión inicial a ciento cincuenta. Y de inmediato el deudor ofrece ochenta al tiempo de levantar el dinero de la mesa y amenazar irse. No se me negará que, como método de negociación es bueno para el deudor, pero definitivamente perverso para la víctima ansiosa y necesitada de resolver de inmediato sus problemas...

b) En segundo término, la enorme cantidad de especialistas que surgió en la misma época para ofrecer servicios de conciliación, negociación, mediación, etcétera, para trabajar en una misma e idéntica cosa: la autocomposición de las partes en conflicto. Y, como es obvio, no todos ofrecieron similar eficiencia en los servicios prestados, lo que volvió alejar a la gente de esos menesteres.

c) Además, la desconianza que la enorme mayoría de los abogados tienen respecto de sus propios pares cuando actúan accidentalmente en calidad de árbitros, lo que los lleva a desaconsejar a sus clientes tal tipo de soluciones.

d) La gran cantidad de entidades que ofrecieron públicamente los servicios de arbitraje en los últimos años: facultades de derecho, asociaciones y colegios de abogados, entidades privadas de mediación, etcétera, que publicitaron sus servicios mediante el mero recurso de rebajar los honorarios que eventualmente corresponderían a los abogados intervinientes; por ejemplo, en uno de los tantos tribunales arbitrales que funcionan en el país —y que en varios años no ha logrado tramitar más de una docena de asuntos— el honorario profesional del letrado que aconseja llegar a esos estrados es apenas el quince por ciento del que le correspondería por igual labor en sede judicial. ¿Hace falta mucha perspicacia para comprender por qué los abogados no concurren a ese tribunal?

e) La circunstancia de tener que protocolizar el laudo en el *Registro de Sentencias* del juzgado ordinario en el cual corresponde llevar adelante la ejecución de su mandato en caso de no haber sido acatado espontáneamente por el perdedor. Esta protocolización es un simple trámite administrativo necesario de cumplir para poder comenzar la ejecución judicial del laudo. Sin embargo, los jueces a quienes les ha tocado actuar en ello han facilitado la indebida tramitación de un verdadero juicio ordinario con audiencia previa de la parte perdedora, quien se ha opuesto siempre a dicha protocolización, evitando con ello —y, a veces, durante años— la ejecución mediante el juicio de apremio, que era donde cabía hacer toda discusión acerca de la legitimidad del título. Mientras todas estas pautas adversas a la institución no se reviertan, seguiremos como hasta ahora. Lamentablemente.

que el tercero a quien se confía la resolución del litigio actúe sujetándose o no a normas jurídicas y, así, se distingue entre:

1) *arbitrador* (también llamado algunas veces *amigable componedor*⁷⁵ o *árbitro de hecho*)

Recibe esta denominación el tercero particular que adopta su decisión sobre la base exclusiva de la *equidad* y *según su leal saber y entender*, sin que deba ajustarse a una determinada normativa (que incluso puede ser ignorada) y, las más de las veces, sin necesidad de tener que fundar su pronunciamiento.

Como se ve, se trata de un juzgador en *conciencia*, a verdad sabida y buena fe guardada, que cumple tarea similar a la de los miembros de un *jurado*.

Lo que pertenece o depende del arbitrador recibe el nombre de *arbitratorio* y, de tal modo, su pronunciamiento suele llamarse *sentencia o laudo arbitratorio*, para distinguirla de la del árbitro, que se dice *arbitraria*. La voz *arbitral* se usa para denominar a ambos indistintamente;

2) *árbitro* (o *árbitro de derecho*)

Esta denominación proviene de la circunstancia de que su nombramiento deriva del *arbitrio* de las partes o de que en sus manos y *albedrío* ponen los interesados la solución del negocio sobre el cual disputan.

Su actuación se distingue del caso anteriormente citado en tanto el árbitro debe proceder y decidir con arreglo a las leyes, del mismo modo que lo hacen los jueces ordinarios (aunque, como luego se verá, con importante facultad: pueden mitigar su excesivo rigorismo).

1.2.1.2. EL ORIGEN DEL ARBITRAJE

Tanto el arbitraje como el arbitramento pueden hallar dos posibles orígenes:

1) en la *ley* vigente, cuando su texto dispone que el litigio sea *necesariamente* llevado a una heterocomposición privada.

El supuesto se conoce con el nombre de *arbitraje forzoso* y en la Argentina se ven algunos casos —con diferentes denominaciones— en el

⁷⁵ En verdad no lo es, tal como se ha visto en el Capítulo 1, al describir las tareas que pueden cumplir los amigables componedores, los mediadores y los árbitros.

Código Civil, artículos 1353⁷⁶ y 2621⁷⁷; en el Código de Comercio, artículos 128⁷⁸, 476⁷⁹, 491⁸⁰, 1073⁸¹, 1324⁸², 1327⁸³, etcétera, y en alguna ley procesal, cuando se trata de pleito de contenido patrimonial entre

⁷⁶ La norma de Cód. Civil, art. 1353, dice: "El precio se tendrá por cierto, cuando no siendo inmueble la cosa vendida, las partes se refiriesen a lo que la cosa valga en el día al corriente de plaza, o un tanto más o menos que éste. El precio será entonces determinado por certificados de corredores, o por testigos en los lugares donde no haya corredores".

⁷⁷ La norma de Cód. Civil, art. 2621, dice: "Nadie puede construir cerca de una pared medianera o divisoria, pozos, cloacas, letrinas, acueductos que causen humedad; establos, depósitos de sal o de materias corrosivas, artefactos que se mueven por vapor, u otras fábricas, o empresas peligrosas a la seguridad, solidez y salubridad de los edificios, o nocivas a los vecinos, sin guardar las distancias prescriptas por los reglamentos y usos del país, todo sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior. A falta de reglamentos, se recurrirá a juicio de peritos".

⁷⁸ La norma de Cód. de Comercio, art. 128, dice: "En todos los casos en que fuesen obligados a pagar a las partes faltas de efectos u otros cualesquiera perjuicios, la tasación se hará por peritos arbitradores".

⁷⁹ La norma de Cód. de Comercio, art. 476, dice: "Los vicios o defectos que se atribuyan a las cosas vendidas, así como la diferencia en las calidades, serán siempre determinadas por peritos arbitradores, no mediando estipulación contraria".

⁸⁰ La norma de Cód. de Comercio, art. 491, dice: "Las dificultades que se susciten sobre la inteligencia de las cartas de crédito o de recomendación, y de las obligaciones que ella comporte, serán siempre decididas por arbitradores".

⁸¹ La norma del Cód. de Comercio, art. 1073 (versión original), dice: "El capitán es responsable al dueño del buque y al fletador y cargadores por los daños y perjuicios, si por razón de él o por hecho o negligencia suya, el buque fuese embargado o retardado en el puerto de la salida, durante el viaje o en el puerto de su destino. Así en este caso como en el del artículo 1072, los daños y perjuicios serán determinados por peritos arbitradores".

⁸² La norma de Cód. de Comercio, art. 1324 (versión original), dice: "Para que el daño sufrido por el buque o cargamento pueda considerarse avería a cargo del asegurador, es necesario que sea examinado por dos peritos arbitradores que declaren: 1) la causa de que ha provenido el daño; 2) la parte del cargamento que se halla averiada, indicando las marcas, números o bultos; 3) cuánto valen los objetos averiados, y cuánto podrá importar su reparación o reposición, si se tratare del buque o de sus pertenencias. Todas estas diligencias, exámenes y reconocimientos serán determinados por el tribunal de comercio del respectivo distrito, y practicados con citación de los interesados, por sí o por sus representantes. En caso de ausencia de las partes y falta de apoderado, puede el juez nombrar de oficio persona inteligente o idónea que las represente".

⁸³ La norma de Cód. de Comercio, art. 1327 (versión original), dice: "Si los efectos asegurados llegasen a la República averiados o disminuidos, y la avería fuese exteriormente visible, el examen y estimación del daño debe hacerse por peritos arbitradores, antes que los efectos se entreguen al asegurado".

parientes en ciertos grados de consanguinidad o afinidad o cuando el litigio versa acerca de cuentas de difícil comprobación⁸⁴, etcétera.

En todos estos casos, y salvo que la totalidad de los interesados acepte ocurrir al proceso judicial, cuando le toca actuar a un juez de derecho por la vía del arbitraje, debe hacerlo conforme con el procedimiento establecido al efecto por la ley o por los propios litigantes (bueno es recordar que las legislaciones son contingentes respecto de la posibilidad de designar como árbitro a un juez de derecho: algunas lo prohíben⁸⁵ y otras lo aceptan expresamente⁸⁶).

2) en el *acuerdo de los propios interesados* cuando, tratándose de intereses patrimoniales los que se hallan en discusión, ellos mismos disponen someter su diferendo a la decisión arbitral.

El caso supone la existencia de una convención que puede efectuarse *antes o después* de haberse generado el conflicto en el plano de la realidad social.

a) En el primer supuesto (*antes del conflicto*), al celebrar cualquier contrato de objeto transigible, las partes prevén el arbitraje para el hipotético futuro caso de entrar en conflicto.

A tal efecto, convienen una cláusula *ad hoc*⁸⁷ que recibe el nombre de *cláusula compromisoria*, cuya existencia torna forzoso el arbitraje, salvo que un nuevo acuerdo de las propias partes establezca lo contrario.

Atendiendo a la importancia del contenido de esta cláusula, la doctrina generalizada admite sin restricciones que debe ser analizada con total

⁸⁴ Por ejemplo, CPC de Santa Fe, art. 417, cuya norma dice: "Deberá someterse a arbitraje siempre que se litigue por un valor mayor de diez mil pesos, a no ser que todos los interesados acepten la jurisdicción ordinaria: 1) los juicios declarativos generales entre parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; 2) los juicios de cuentas complicadas y de difícil justificación; 3) la determinación de las bases necesarias para hacer posible la ejecución de la sentencia cuando ésta así lo disponga; 4) las demás cuestiones que expresamente determine la ley. El auto en que el juez ordene el sometimiento a arbitraje es apelable".

⁸⁵ Por ejemplo, CPC de la Nación, art. 765, dice: "A los jueces y funcionarios del Poder Judicial les está prohibido, bajo pena de nulidad, aceptar el nombramiento de árbitros o amigables compondores, salvo si en el juicio fuese parte la Nación o una provincia".

⁸⁶ Por ejemplo, CPC de Santa Fe, art. 420, dice: "...Es lícito dar a los jueces el carácter de árbitros".

⁸⁷ Específica para el caso.

autonomía respecto del contrato madre que la contiene; de tal modo, si se plantea la nulidad de éste, la cláusula compromisoria no resulta atacada por la pretensión nulificante y, por ende, permanece inalterable. De allí que *siempre* corresponda al propio árbitro resolver acerca de su validez con total independencia de los vicios que pudieren encontrarse en el contrato principal.

En esta hipótesis puede ocurrir que, al pactar la cláusula, los interesados se concreten a *prometer someterse a arbitraje* o, como acaece a menudo y yendo más allá, *convengan ya mismo* todas o algunas de las siguientes circunstancias:

- nombre del árbitro y, eventualmente, el de su sustituto;
- sede y lengua o idioma del arbitraje;
- procedimiento integralmente concebido;
- plazo para laudar y extensión del laudo;
- así como la facultad que se otorga al árbitro para hacerlo (las partes pueden contentarse con que éste sólo diga que está íntimamente convencido de la justicia de una solución –caso del arbitrador– o exigir que la fundamente para poder tomar conocimiento pleno de las motivaciones de hecho y de derecho que lo llevaron a adoptar determinada decisión y no otra –caso del arbitraje–);
- impugnaciones que pueden caber eventualmente contra el laudo y
- recaudos de admisibilidad (depósito previo de dinero, pago de multas, etcétera) y, aún más,
- pueden pactar cómo se hará la ejecución de la hipotética condena a fin de no hacer necesario que el vencedor ocurra ante la justicia pública para lograr allí la coerción de la prestación incumplida.

Cuando la cláusula compromisoria contiene por lo menos la designación del árbitro y se desencadena el conflicto en el plano de la realidad social, al pretendiente le cabe presentarse ante el propio árbitro y *sólo ante él*, ya que todo otro órgano será incompetente al efecto, a fin de que se constituya como tal y proceda en consecuencia.

Por lo contrario, cuando la cláusula se concreta a prometer el arbitraje pero aparece desnuda de todo otro contenido, el pretendiente debe ocurrir ante un juez para que él designe al árbitro previa audiencia de la contraparte.

b) En el segundo supuesto –no se pactó la cláusula compromisoria en el contrato que, a la postre, resulta incumplido– después de desencadenado el conflicto las partes convienen el sometimiento a arbitraje. A tal fin deben acordar el *compromiso arbitral* formalizándolo por escrito (en escritura pública o documento privado o en acta extendida ante el juez de la causa si la decisión de privatizar el litigio ocurre luego de promovida la demanda judicial).

Efectuado el compromiso arbitral y aceptado el cargo por el árbitro, puede él dar comienzo al proceso en la forma pactada o conforme a los procedimientos establecidos al efecto en cada ley procesal.

El arbitraje de derecho, voluntario o forzoso, ostenta habitualmente una particular característica que constituye una diferencia más con el proceso judicial: se resuelve siempre *ex aequo et bono*⁸⁸, moderando según las circunstancias el rigor de las leyes y dando a los medios de confirmación una eficacia mayor o menor que la que les corresponde por derecho.

De tal modo, y en esencia, el litigio se decide siempre en *equidad*. Y ello, en orden a la búsqueda y vigencia del valor justicia, parece extraordinariamente positivo.

Por eso es que muchas leyes procesales establecen el arbitraje forzoso para todo pleito patrimonial entre parientes cercanos y los que versan acerca de cuentas de difícil justificación⁸⁹.

1.2.1.3. LOS LITIGIOS SOMETIBLES A ARBITRAJE

En general, puede someterse a este tipo de solución toda clase de derechos en conflicto, cualquiera que sea su especie y naturaleza y aunque esté subordinado a condición, incluso cuando ya hay pleito pendiente sobre el mismo litigio en sede judicial y aunque se haya emitido sentencia con la autoridad y efecto del caso juzgado (algunas escasas legislaciones vedan esta última posibilidad).

Por lo contrario, no puede someterse a arbitraje:

- 1) toda pretensión de *naturaleza penal*, en cuanto a la pena que cabe imponer por el delito imputado (pero sí respecto de la pretensión civil indemnizatoria del daño causado por tal delito);

⁸⁸ Latinazgo que significa *igualar, allanar, nivelar* bondadosamente, con *equidad*.

⁸⁹ Por ejemplo, CPC de Santa Fe, ver *supra* nota 84.

2) toda cuestión que versa sobre *validez o nulidad de matrimonio* (algunas legislaciones autorizan la transacción al respecto cuando es a favor de la validez);

3) toda cuestión que versa sobre *cosa que está fuera de comercio* y todo derecho que *no es susceptible de ser materia de convención*⁹⁰;

4) toda cuestión relativa a la *patria potestad*, o a la *autoridad de la madre* (cuando la patria potestad no es compartida) o sobre el propio *estado de familia* o sobre el *derecho de reclamar el estado que corresponda a las personas, por filiación legítima o natural*;

5) en muchas legislaciones, los *derechos eventuales a una sucesión ni la sucesión de una persona viva*;

6) en escasísimos ordenamientos positivos, finalmente, se dispone la *prohibición al Estado de someterse al arbitraje*⁹¹.

1.2.1.4. LOS SUJETOS QUE PUEDEN PROMOVER EL ARBITRAJE

También en general, pueden promover el juicio de árbitros o arbitrajes todas las personas que tienen capacidad civil para contratar. Excepcionalmente en algunas pocas legislaciones, quienes tienen capacidad civil para transigir.

1.2.1.5. EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Ya se ha visto precedentemente que las partes pueden convenir libremente el desarrollo de toda la serie procedimental.

Por lo tanto, habiendo pacto al respecto, debe estarse a su contenido. En caso de no haber convenio acerca del procedimiento a seguir, cabe aplicar supletoriamente el del juicio arbitral, toda vez que la actuación del árbitro debe ajustarse a normas de derecho.

El pacto de las partes puede ser todo lo amplio que se quiera: de consiguiente, es posible que se incluyan previsiones sobre plazos, forma

⁹⁰ Por ejemplo, Cód. Civil argentino, art. 843. "No se puede transigir sobre cuestiones de validez o nulidad de matrimonio, a no ser que la transacción sea a favor del matrimonio".

⁹¹ Por ejemplo, CPC de Mendoza, art. 295, dice: "...El Estado provincial y sus dependencias no pueden someter sus cuestiones al arbitraje voluntario. Tampoco pueden hacerlo los representantes legales de los incapaces, sin autorización judicial".

y lugar de las presentaciones y de los medios de confirmación, el método para su evaluación, etcétera.

Insisto particularmente en lo expuesto, pues ninguna objeción cabe hacer sobre el tema: si tratándose de un derecho patrimonial litigioso, las partes pueden renunciar válidamente a *lo más* (renuncias unilaterales o bilaterales acerca de tal derecho) es obvio que también pueden hacer *lo menos* (pactar en cuanto a cómo habrá de discutirse acerca de ese mismo derecho litigioso).

Finalmente: en lo que toca al arbitrador, debe recordarse que no está sujeto a regla alguna. Puede hacer al respecto lo que crea mejor y más conveniente.

1.2.1.6. LA RESOLUCIÓN DEL ARBITRAJE

Tanto el arbitrador como el árbitro deben emitir pronunciamiento acerca de la cuestión litigiosa luego de terminado el proceso.

A mi juicio, se requiere que el segundo lo haga por escrito a fin de que las partes puedan conocer cabalmente las razones que lo llevaron a decidir en tal o cual forma y, eventualmente —salvo pacto en contrario— a deducir las impugnaciones que correspondan.

El pronunciamiento, que se conoce con el nombre de *laudo*⁹² (arbitrario o arbitratorio), deber ser notificado a las partes, quienes pueden impugnarlo dentro del plazo pactado o establecido al efecto en la ley procesal supletoria.

Se acepta unánimemente por la doctrina —y por alguna legislación— que el compromiso lleva aneja la renuncia anticipada del derecho de apelar, mediante el cual se intentará demostrar la injusticia de la decisión atacada. Y ello es enteramente razonable, pues la doble instancia de conocimiento no constituye en parte alguna una garantía constitucional de necesario tránsito o imprescindible cumplimiento y las partes, así, pueden conformarse íntegramente con la justicia del laudo.

Por lo contrario, generalmente no se acepta la renuncia de la impugnación de nulidad en cualquiera de sus modalidades, mediante la cual puede atacarse el laudo por ilegítimo, no por injusto.

⁹² La palabra *laudo* es una voz anticuada que significaba *convenio, juicio y sentencia*. Actualmente, es el fallo o resolución que dan un árbitro o un arbitrador a un litigio.

Va de suyo que a este tema escapa por completo el laudo arbitratorio, a cuyo respecto jamás cabe impugnación alguna.

1.2.1.7. LA EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

Se ha visto precedentemente que es habitual el pacto de las partes —tanto en la cláusula compromisoria como en el compromiso arbitral— acerca de la forma en la cual ha de ejecutarse lo dispuesto en el laudo (por ejemplo, es conveniente que antes de comenzar el proceso arbitral se efectúe un depósito en dinero a nombre del árbitro para que él lo disponga luego de consentido el laudo).

Sin embargo, no siempre se pacta al respecto, por imposibilidad o por imprevisibilidad de las partes.

En estos supuestos cabe recordar una vez más que el árbitro carece *siempre* de toda facultad para ejecutar lo decidido en su laudo, debiendo derivar tal tarea al juez de derecho que habría debido conocer en primer grado del litigio si éste no hubiera sido sometido a arbitraje.

En este caso se procede por la vía legislada para la ejecución de sentencia nacional o extranjera, según el origen del arbitraje.

1.2.2. EL CONCEPTO DE ÁRBITRO

Conforme se desprende de lo expuesto precedentemente, esta posible figura del sujeto juzgador es siempre un particular o una autoridad que no actúa en carácter de tal, libremente elegido por acuerdo de partes para procesar y sentenciar un litigio, cuando ello es posible, en orden a la disponibilidad del derecho en controversia.

Acerca de las diferencias existentes entre los conceptos de *juez* y de *árbitro* ver el # 1.1.1. de este Capítulo, esquematizadas en el cuadro que inserto seguidamente:

	Juez	Árbitro
1	Es funcionario estatal	No es funcionario estatal
2	Integra el Poder Judicial	No integra el Poder Judicial
3	Su designación es permanente	Su designación es transitoria
4	Su designación es anterior al hecho que motiva el proceso	Su designación es posterior al hecho que motiva el proceso

	Juez	Árbitro
5	Es inamovible en su cargo	Puede ser removido de su cargo
6	Es naturalmente sedentario	Es naturalmente itinerante
7	Es técnico en derecho	Puede no ser técnico en derecho
8	Es remunerado por el Estado	Es remunerado por las partes
9	Tiene aptitud para ejecutar su sentencia	No tiene aptitud para ejecutar su laudo

1.2.2.1. LOS REQUISITOS PARA SER ÁRBITRO

Salvo algunos ordenamientos aislados, la generalidad de las leyes carece de norma que regule las calidades que debe presentar un árbitro (o arbitrador). De allí que, en orden a la función que desempeña, puede decirse que sólo se le exige capacidad civil plena.

En rigor, históricamente no han existido mayores restricciones para ejercer la tarea arbitral⁹³ y arbitratoria⁹⁴, que sólo toleró vedar la función arbitral a los menores de 14 años y a los dementes, mudos, sordos y ciegos.

Algunas legislaciones muy aisladas prohíben a los jueces de derecho actuar en calidad de árbitros o arbitradores, en tanto que otros expresamente aceptan tal posibilidad.

La razón de esta prohibición es realmente inexplicable y en ciertos ordenamientos (por ejemplo, CPC de la Nación, art. 765⁹⁵) se hace absurda luego de ver cuáles son las excepciones a la norma respectiva. Y es que aun aceptando la existencia de alguna razón que resulte determinante para el legislador, no pueden ser consideradas conclusivas: adviértase que en todo supuesto arbitral, la garantía de independencia e imparcialidad del árbitro constituye la base misma en la cual se sustenta la confianza de las partes que han acordado en su designación (de ahí que estas calidades se exijan implícitamente al enumerarse los impedimentos de los jueces); y desgraciadamente, no siempre cabe decir lo mismo de los jueces impuestos como tales por la autoridad estatal.

⁹³ Por ejemplo, desde las Leyes de Partidas se acepta que puedan hacerla los mayores de 14 años, los clérigos, las mujeres señoras de vasallos, los infames, etcétera.

⁹⁴ Por ejemplo, las mujeres en general, los religiosos y, aún más, el adversario en la causa.

⁹⁵ Ver *supra*, nota 85.

Además, ¿no parece harto razonable que cuando el arbitraje es de derecho, pueda ser precisamente un juez —que no sólo es tercero en la relación litigiosa sino que, aún más, hace profesión de su tal condición— quien esté en mejores condiciones de arbitrar?

La calidad de árbitro o arbitrador se extingue:

- 1) por acuerdo de partes respecto del sometimiento a arbitraje;
- 2) por transacción o renunciaciones unilaterales efectuadas por los interesados acerca del objeto litigioso;
- 3) por recusación aceptada;
- 4) por muerte o incapacidad sobreviniente del árbitro o de los compromitentes⁹⁶;
- 5) por muerte o pérdida de la cosa litigiosa;
- 6) por el dictado del laudo;
- 7) por el simple transcurso del plazo establecido para laudar sin que el árbitro o arbitrador haya emitido su pronunciamiento, a no ser que se pacte una prórroga al efecto.

1.2.2.2. LOS DISTINTOS TIPOS DE ÁRBITROS

En general, quien actúa como árbitro es una persona natural que no ostenta el carácter de autoridad (alguna legislación aislada exige expresamente la condición de *naturalidad*).

Cuando se realiza un arbitraje en tales condiciones recibe la denominación de *personal* o *ad hoc*. Y es lo que ocurre con mayor frecuencia.

Sin embargo, y aun a despecho de las normas limitativas recién expuestas, numerosos países han adoptado otro tipo de arbitraje conocido como *institucional*, estableciendo la facultad de algunos ciertos entes para practicarlo.

Pero la distinción vale, pues la responsabilidad del procesar y la autoridad de su resultado recaen sobre la propia institución, que es preferida por los interesados y, en grado sumo, cuando se trata de conflictos internacionales.

⁹⁶ Quienes firman el compromiso arbitral.

Para citar tan sólo algunas instituciones con carácter ejemplificativo, cabe mencionar

- a la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI);
- a la Cámara Nacional de Comercio de México (Canaco);
- a la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC);
- al Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, etcétera.

Todos ellos han adquirido tanto prestigio en su actividad que constantemente crece (salvo en Argentina) el número de personas que acuden a sus sedes en procura de solucionar conflictos.

Como lo ha hecho notar un buen especialista sobre el tema, el arbitraje institucional ofrece ventajas —e inconvenientes— que no presenta el arbitraje *ad hoc*: la institución no desaparece y, como tal, difícilmente puede caer en situación de parcialidad en cuanto a las partes; ofrece excelente garantía de gestión eficaz; vigila el procedimiento en todas sus fases; respalda el laudo final con la autoridad y prestigio no sólo del árbitro —que la propia institución designa— sino de ella misma, etcétera.

Como no puede ser de otra manera, también presenta inconvenientes: es necesariamente más lento que el arbitraje *ad hoc* y éste posibilita un mayor y más efectivo contacto del árbitro con las partes, máxime cuando ellas lo han designado teniendo en cuenta su propia persona y la confianza que esto significa y despierta en los interesados.

1.2.2.3. LOS DERECHOS DEL ÁRBITRO

Dado el origen contractual de cualquier arbitraje y el carácter de persona privada que ostenta todo árbitro (o arbitrador), su función debe ser retribuida por los interesados: en el caso del arbitraje personal, de acuerdo a lo que se pacte al respecto con el propio árbitro; en el del arbitraje institucional, conforme a una escala regulada por la respectiva institución que se adecua al valor comprometido en el pleito.

1.2.2.4. LAS FACULTADES Y LOS DEBERES DE LOS ÁRBITROS

Tanto el árbitro como el arbitrador tienen, por razones obvias, las mismas facultades de los jueces, salvo aquellas mediante las cuales

éstos pueden ejercer coacción (las conocidas como *coertio* y *executio*) sobre personas y cosas.

Por las mismas razones, el arbitrador carece de los *deberes* —excepto los de independencia e imparcialidad— en tanto que el árbitro debe cumplir los mismos que rigen para los jueces.

2. LOS AUXILIARES DEL JUZGADOR

Salvo el caso del árbitro (y del arbitrador), que generalmente actúa solo o con algún apoyo de técnicos, los jueces cumplen su función con diversos auxiliares a los cuales la ley o el propio juez asigna diferentes competencias.

Sin pretender una enunciación taxativa, los auxiliares más generalizados son: el secretario, los oficiales y auxiliares subalternos, los técnicos y los defensores letrados.

2.1. EL SECRETARIO

Es un funcionario del Poder Judicial subordinado jerárquicamente al juez y que se desempeña casi siempre como jefe inmediato del personal auxiliar subalterno del respectivo juzgado o tribunal.

Las funciones que cumplen están contingentemente señaladas en las leyes procesales y orgánicas y admiten la siguiente clasificación:

1) *fedatarias*⁹⁷ o *notariales*⁹⁸

Se trata de un funcionario que debe actuar independientemente del juez pero al lado de él a fin de dar fe de los actos que se cumplen en su presencia.

Al tiempo de escribir mi *Introducción...*, sostuve que se trataba de una función anacrónica, por las razones que expongo a pie de página⁹⁹.

⁹⁷ Es *fedatario* el funcionario con autoridad y competencia para asegurar la verdad o la autenticidad de algo.

⁹⁸ *Notarial* es lo relacionado con el *notario*: funcionario público legalmente autorizado para dar fe o garantía de ciertos documentos o actos extrajudiciales, conforme con las leyes.

⁹⁹ Tal obra la escribí siendo todavía juez de Cámara y, congruente con ello, sostuve algo que hoy no mantengo. Decía allí que "Se trata de una función ya anacrónica que, sin embargo, se mantiene en diversos ordenamientos vigentes. Conforme a ella, el

Después de todo lo ocurrido durante los últimos años en la justicia argentina ya en crisis y viendo el elevado número de jueces enjuiciados y destituidos por las más variadas razones, creo que me equivoqué o, al menos, que el tema es opinable.

Por eso es que, reconociendo públicamente el error, afirmo hoy que la presencia del fedatario es realmente imprescindible, al menos como una valla más que ayude a evitar cualquier tipo de conducta judicial.

Pero adviértase que hablo de un *notario independiente*, no de un secretario que guarde *absoluta subordinación* al magistrado porque, de tal forma, se posibilita lo que pretende evitarse con su presencia;

2) *administrativas*

Comprende las tareas ordenatorias para la formación material del proceso (escrito), entre las cuales puede ejemplificarse con las de custodia de los expedientes judiciales y de los documentos presentados por las partes, así como con las de su mantenimiento, compaginación y foliación de tales expedientes, control de los documentos que se entregan, libramiento de oficios a nombre del juez, etcétera;

3) *procesales de dirección*

Comprende la posibilidad de hacer personalmente —con impugnación ante el juez— las conexiones de las instancias de las partes (algunos otorgan a esta competencia la denominación de *decisorias*)¹⁰⁰.

Dentro de este criterio clasificador cabe un sinnúmero de temas que casi todas las leyes o códigos orgánicos o procesales asignan al secretario.

secretario debe *dar fe* o *autorizar* lo actuado personalmente por el juez o lo que las partes y otros sujetos que concurren al proceso actúen ante él, y otorgar fecha cierta a las instancias de las partes.

El antiguo recelo real respecto de la actuación de un juez en cada caso concreto no merece ser mantenido en la época contemporánea. De ahí el anacronismo de la función *fedataria* que si bien operó eficazmente en el pasado por medio de funcionarios *notariales independientes*, hoy carece de esa eficacia toda vez que quien actúa como notario del juez es un inferior jerárquico de él".

¹⁰⁰ Esta facultad legal —que cada día se aplica más como una forma de agilizar la labor de todo juzgado— muestra a las claras que nada impide que no sea el juez quien lleve personalmente el desarrollo procedimental. Bien podría hacerlo un *director de procedimiento* previendo adecuadas impugnaciones ante el juez.

2.2. LOS OFICIALES Y LOS AUXILIARES SUBALTERNOS

Ubicados jerárquicamente por debajo del secretario, las distintas leyes prevén la presencia de otros funcionarios subalternos cuyo número y cantidad de atribuciones difieren en los respectivos ordenamientos. Los principales son:

1) jefe de despacho

Es el auxiliar que sigue inmediatamente después del secretario en el orden jerárquico de un tribunal y, sin perjuicio de las tareas de control y vigilancia que ejerce sobre el resto del personal subalterno, coadyuva con los secretarios en la realización de ciertos grados de documentación, custodia de expedientes, certificación de firmas a ruego, autorización de cargos, etcétera;

2) oficial de justicia

Es el auxiliar cuya misión consiste en ejecutar diversas diligencias ordenadas por el juez, tales como requerir el pago al deudor de una obligación, trabar embargo sobre sus bienes muebles y, llegado el caso, desapoderarlo, hacer efectivo un lanzamiento, efectuar ciertas notificaciones que, por la importancia de sus formalidades, exceden el marco de la competencia del ujier, etcétera;

3) ujier (o notificador)

Es el auxiliar cuya misión consiste en efectuar las citaciones y emplazamientos y, en general, las notificaciones ordenadas por la ley o por el juez.

Hasta aquí he enunciado sucintamente las principales funciones subalternas debiendo hacer notar ahora que ellas son harto contingentes y que, por tanto, cambian radicalmente entre los distintos ordenamientos.

2.3. LOS TÉCNICOS

En numerosas ocasiones, el litigio operado entre las partes versa sobre aspectos estrictamente técnicos o éstos tienen especial relevancia para su correcta decisión; de ahí que el juez deba conocer en profundidad un cúmulo de materias que exceden el marco cultural y jurídico de su profesión.

Como resulta imposible exigir al juez una clara idoneidad en los más diversos aspectos técnicos, se acepta desde siempre que puedan auxiliarse diversos *expertos* o *peritos* en las más variadas ciencias y artes que, o bien integran la planta permanente del personal del respectivo tribunal, o bien actúan independientemente, colaborando con el juez cuando éste requiere el respectivo *dictamen*.

Volveré sobre el tema en el Capítulo 19 y, particularmente, en el 22.

2.4. LOS DEFENSORES LETRADOS¹⁰¹

Al analizar los presupuestos de la demanda (ver el Capítulo 20, punto 3) refiero a que muchas leyes no reconocen al particular el derecho de postular ante la autoridad, sino que le exigen la asistencia de un *letrado*, que actúa como una suerte de intermediario entre las partes del proceso y la autoridad.

Por supuesto, no ha sido siempre así: basta recordar la pintoresca resolución del Cabildo de Buenos Aires negando el ingreso a la ciudad de tres letrados que venían a ejercer su profesión en ella, para advertir que la *defensa técnica* es un logro relativamente moderno que opera como un verdadero pilar de soporte de la garantía constitucional del *debido proceso* que ya se ha visto en el Capítulo 11 y que, lamentablemente, todavía no se exige en los distintos ordenamientos legales (penales) de América.

La necesidad de contar con adecuado asesoramiento en el desarrollo de un medio eminentemente técnico como es el proceso y de lograr una actuación correcta del litigante en la línea de eficiencia que une la pretensión o la excepción con la sentencia, hace que el defensor se constituya en figura capital en los estudios del derecho procesal: así es como los distintos ordenamientos orgánicos asignan al abogado un papel verdaderamente relevante que corre desde la denominación de *auxiliar judicial* hasta la de verdadero *coadyuvante esencial* en la tarea de hacer justicia pero que, en todos los supuestos, está sujeto a variados deberes respecto del cliente, del ejercicio mismo de la profesión y del juzgador.

¹⁰¹ Se entiende por tales a las personas legalmente autorizadas para defender a sus clientes en los juicios o para aconsejarlos sobre cuestiones legales. Se usa habitualmente como sinónimo de *abogado*.

1) Respetto del *cliente*

Las distintas leyes prohíben en general a todo abogado:

- a) patrocinar o asesorar a ambos litigantes en un juicio, simultánea o sucesivamente, o aceptar la defensa de una parte si ya hubiera asesorado a la otra (en la Argentina, por ejemplo, esta conducta implica delito del derecho penal) salvo en los supuestos de inexistencia de conflicto actual, como el caso del divorcio por mutuo consentimiento o el de homologación de un acuerdo;
- b) patrocinar y representar a partes contrarias los abogados asociados entre sí, tanto en forma individual como simultánea;
- c) ejercer la profesión de abogado en pleito en cuya tramitación interviniera como juez;
- d) retener indebidamente fondos o efectos pertenecientes a sus mandantes, representados o asistidos;
- e) mantener una actitud de retardo o negligencia frecuente o de ineptitud manifiesta o de omisión en el cumplimiento de las obligaciones, deberes y cargas profesionales, etcétera.

2) Respetto del *ejercicio profesional*

Distintas normas que regulan éticamente a la abogacía prohíben a todo letrado:

- a) aceptar el patrocinio o representación en asuntos en que haya intervenido un colega o tomar contacto directo con la parte contraria a la cual aquél asiste, sin su previo conocimiento;
- b) proveerse de clientela por medios incompatibles con la dignidad profesional;
- c) publicar avisos que pueden inducir a engaños a los clientes u ofrecer cosas contrarias o violatorias de las leyes;
- d) celebrar contrato de sociedad profesional con quien no es abogado;
- e) violar el régimen legal de incompatibilidades, etcétera.

3) Respetto del *juzgador*

Incumbe a todos los abogados:

- a) conducirse en el pleito con lealtad, probidad y buena fe en la elaboración de la defensa;

- b) mantener activo el desarrollo y la impulsión de los procesos;

c) aceptar los nombramientos de oficio para la defensa de imputados penales pobres o que se han negado a designar defensor y las designaciones para integrar tribunales en los casos previstos en las leyes (caso del *conjuez*)¹⁰², supuestos éstos en los que la actuación es carga pública gratuita inherente a la función de abogado e irrenunciable salvo causa debidamente justificada, etcétera.

¹⁰² En el antiguo derecho español, *conjuez* era quien hacía de juez junto con otro en un mismo litigio (hoy se diría *cojuez*). En la Argentina, el vocablo se utiliza para mencionar al abogado que accidentalmente reemplaza en su cargo a un juez que se ha excusado en un litigio concreto por haberse agotado la respectiva nómina de subrogantes legales. Lo explico mejor: normalmente la propia ley prevé varios reemplazantes para cada juez; a este efecto, existe una larga lista integrada por todos los jueces de la misma materia y, eventualmente, de diferente materia o fuero. Sin perjuicio de ella y para el caso de que no alcancen tales reemplazantes legales (piénsese, por ejemplo, en un juez superior que litigue en causa propia y que por razones obvias se excusen de intervenir en el respectivo proceso todos los demás jueces), los tribunales superiores de cada lugar confeccionan anualmente diversas listas para cada jerarquía y fuero judicial con nombres de abogados relevantes que se encuentran en el ejercicio activo de su profesión, entre quienes se hace un sorteo público en cada caso. Mediante ese sorteo, se designa al abogado que será juez en una causa determinada: el *conjuez*. En Chile se le da la denominación de *abogado subrogante*.

CAPÍTULO 18

LOS TERCEROS INTERESADOS QUE SE CONVIERTEN EN PARTES PROCESALES Y SU INTERVENCIÓN PROCESAL

SUMARIO:

1. Concepto de *tercero*
2. Concepto de *intervención de terceros*
3. Requisitos comunes a todo tipo de intervención
4. Clases de intervención
 - 4.1. De acuerdo con su origen
 - 4.1.1. Voluntaria
 - 4.1.2. Provocada
 - 4.1.3. Necesaria
 - 4.2. De acuerdo con la actuación que cumple el tercero
 - 4.2.1. Excluyente
 - 4.2.2. Coadyuvante
 - 4.2.3. Asistente
 - 4.2.4. Sustituyente
5. Intervención provocada
 - 5.1. Concepto y caracteres
 - 5.2. Medios para provocar la intervención del tercero
 - 5.3. Casos de citación provocada en orden a la finalidad querida por la parte originaria citante
 - 5.3.1. La citación para evitar la deducción por el tercero de ciertas defensas en el juicio que eventualmente incoará el citante contra el citado
 - 5.3.1.1. La citación por el actor para evitar la deducción por el tercero, en el pleito que eventualmente le incoará, de las defensas personales propias del demandado en el pleito originario
 - 5.3.1.2. La citación por el actor o por el demandado para evitar la deducción por el tercero, en el pleito que eventualmente le incoará uno de ellos, de la excepción de negligente o defectuosa defensa del propio citante en el pleito originario
 - 5.3.2. La citación por el demandado para lograr que el tercero asuma la defensa del citante en el pleito pendiente y que eventualmente se haga cargo en forma personal e inmediata de las condenaciones que contenga la sentencia que allí se emita

5.3.2.1. El caso especial de la figura denominada *citación en garantía* por la ley argentina en materia de seguros (Nº 17.418)

5.3.2.2. El caso especial de la llamada *citación de evicción*

5.3.3. La citación por el demandado para lograr que un tercero lo sustituya en el pleito pendiente por ser el único y verdadero legitimado para asumir el papel de demandado

5.3.4. La citación por el actor o por el demandado para lograr la deducción de la demanda que eventualmente teme el citante del tercero citado

6. Intervención necesaria

7. Tercerías

1. EL CONCEPTO DE TERCERO

En Derecho se da el nombre de *tercero* a toda persona ajena a una relación jurídica determinada.

Traído el concepto al campo procesal, fácil es afirmar que *tercero* es quien no es parte de un proceso.

Empero, desde esta óptica, y respecto de una pretensión litigiosa, son *terceros* el juez, los funcionarios judiciales, el testigo, el perito y, en general, los integrantes del resto de la comunidad.

Esta exacta enunciación no alcanza para la cabal comprensión del fenómeno que comienzo a explicar aquí y, habitualmente, crea confusión en quien no está familiarizado con el lenguaje técnico, ya que la voz *tercero* es otra de las tantas que presentan significados polivalentes.

Por ejemplo, adviértase que si Pedro demanda a Diego con miras a excutir sus bienes para poder demandar luego a su fiador simple, Juan, éste también recibe la denominación de *tercero*, en cuanto no es —ni puede serlo— parte originaria en el proceso incoado por Pedro contra Diego. Pero se puede notar fácilmente que no es *tan tercero* como el juez, el testigo o Luis, un miembro cualquiera de la comunidad, etcétera.

De ahí que quepa marcar liminarmente las diferencias existentes entre todos los nombrados: el juez, los funcionarios judiciales, el testigo, el perito y los integrantes del resto de la comunidad, además de no ser partes procesales, son (o deben ser) *imparciales* (sin interés personal en la solución del pleito) o, al menos, *indiferentes*. El caso del *fiador* revela algo distinto: aunque él tampoco es parte procesal, no puede ser ni imparcial ni indiferente toda vez que ostenta un obvio interés en el resultado del pleito originario; y ello porque si en el ejemplo

propuesto Diego paga lo que reclama Pedro, Juan queda automáticamente liberado de su obligación.

Este elemento diferenciador —el *interés*— hace que, al hablar de *terceros* en este Capítulo específico sobre el tema, el concepto deba referirse a todos aquellos que en mayor o menor medida están *interesados* en el resultado del litigio porque *los afecta actual o potencialmente*.

Esta *afectación del interés* hace que muchos ordenamientos legales vigentes —no todos— permitan la presencia de un *tercero interesado* dentro de un proceso pendiente entre partes originarias.

En rigor de verdad, cuando esto ocurre y el tercero se introduce en el proceso deja de ser tercero para convertirse en una *parte procesal sucesiva* (ver Capítulo 15), con mayores o menores facultades de actuación en orden al grado de afectación que sufre.

2. EL CONCEPTO DE INTERVENCIÓN DE TERCEROS

La *intervención de terceros* tiene lugar cuando en forma *voluntaria, provocada o necesaria* un tercero interesado se incorpora a un proceso pendiente con el objeto de hacer valer en éste un *derecho o interés propio* por hallarse vinculado —por lo menos con una de las partes originarias— mediante una relación de conexidad objetiva, de conexidad causal, de conexidad mixta objetivo-causal o de afinidad (ver sus conceptos y ejemplos en el Capítulo 8).

De tal forma, el instituto supone una *acumulación de pretensiones* por vía de *inserción*¹ procesal (ver Capítulo 23); el tercero se *inserta* en el proceso ya pendiente entre las partes originarias.

El fundamento de la intervención se halla en el principio de seguridad jurídica o en las reglas de la economía y la celeridad (ver Capítulo 12), según sea el tipo de relación que una al tercero con alguna de las partes originarias.

Por razones obvias, este tema tiene sólo implicaciones civiles, nunca penales. Esto no descarta que un tercero pueda insertarse en un pro-

¹ Insertar significa meterse una cosa en otra. Que es lo que hace el tercero que se mete en un proceso al cual es ajeno hasta ese momento.

cedimiento penal, lo que efectuará al solo y único efecto de hacer valer allí una pretensión civil².

3. LOS REQUISITOS COMUNES A TODO TIPO DE INTERVENCIÓN DE TERCEROS

Cualquiera sea el tipo de interés afectado y, por ende, de la intervención que pueda adoptar en orden a los criterios clasificatorios que expondré en los números siguientes, la inserción procesal requiere:

- 1) la existencia de un *proceso pendiente*, es decir, que no haya terminado por alguna de las posibles vías auto o heterocompositivas;
- 2) la circunstancia de que el *tercero* ostente realmente tal calidad, es decir, que no sea parte originaria en el proceso pendiente;
- 3) la demostración inicial por el tercero de la existencia de un *interés jurídico* (producto del tipo de afectación que afirma) que autorice su inserción.

Aquí se ve una notable restricción al amplio concepto de *acción procesal* enunciado en el Capítulo 7: hace a la esencia misma del accionar que no deba acreditarse liminarmente el derecho que sustenta a la pretensión que aquélla lleva aneja (recuérdese la crítica hecha en ese Capítulo al CPC de Costa Rica).

Esta clara antinomia que existe entre el carácter *abstracto* de la *acción procesal* (que permite que cualquiera que quiera demandar lo haga, aun sabiendo que carece de derecho al efecto, ver los Capítulos 7 y 20), y el carácter *concreto* de la *inserción procesal* (que impone al tercero que desea intervenir en proceso pendiente la *acreditación inicial* de su legitimación e interés para obrar) —que crea perplejidad en el intérprete que advierte la existencia de una obvia incoherencia técnica— sólo puede ostentar una explicación política y no científica a partir de la determinación de cuáles son los alcances —subjetivos y objetivos— del fenómeno del caso juzgado.

En la antigüedad remota la discusión se efectuaba en presencia de *todo* el grupo social, de modo que el espectador que advertía que su propio

interés quedaba implicado en la controversia podía intervenir en ella, sumando argumentos a los que presentara una de las partes contra la otra o enfrentando directamente a los dos contendientes. La publicidad del proceso era así determinante de la posibilidad de intervención.

La antigüedad romana conoció otro método de procesamiento hecho ante la autoridad y no en presencia del pueblo.

De ello se derivó la ignorancia de la generalidad de las gentes acerca de lo efectivamente discutido en el respectivo proceso, del que se enteraba en forma eventual si la alcanzaba de una u otra manera el efecto propio del caso juzgado. Al contrario de lo afirmado recién, la falta de publicidad del proceso era la determinante de la imposibilidad de intervenir.

Cuando la ciencia procesal comienza a constituirse como tal y, por tanto, los autores dejan de concretar sus explicaciones a los puros pasos procedimentales sin ilación lógica y sistemática, se advierte que todo ordenamiento positivo debe partir de cuatro premisas básicas (que repetiré textualmente en el Capítulo 23 para la cabal comprensión del fenómeno de la acumulación procesal):

- 1) por obvias razones que hacen a la convivencia pacífica y armoniosa de los integrantes de una comunidad dada es *imprescindible* que una vez resuelta por la autoridad una pretensión litigiosa su decisión sea *definitiva*, debiéndose impedir a todo trance la reapertura útil de la discusión que la originó;
- 2) del mismo modo, no resulta bueno para el mantenimiento de la paz social la *coexistencia* de dos demandas con base en la misma exacta pretensión, pues podría ocurrir eventualmente que éstas obtuvieran sendas decisiones contradictorias con la consiguiente creación de un verdadero caos jurídico que debe ser evitado a toda costa;
- 3) por similares razones, siempre que una misma *causa petendi* sea el sustento de dos o más pretensiones (concurrentes o antagónicas), éstas deben ser *necesariamente* tramitadas en un solo procedimiento y resueltas en una misma sentencia;
- 4) para finalizar, desde siempre ha parecido políticamente *conveniente* tramitar en un mismo y único procedimiento varios procesos originados por pretensiones que se hallan estrechamente vinculadas entre sí.

² Descarto por completo la posible inserción de un *amicus curiae*, figura ajena y anómala en el ordenamiento jurídico nacional, de raigambre continental.

Las tres primeras premisas son el fundamento de un principio legislativo superior y metaprocesal: la *seguridad jurídica*. La última, en cambio, constituye el basamento de otros principios relativos al proceso y que generan las reglas de *economía* y de *celeridad en los trámites* (ver Capítulo 12).

Del principio de *seguridad* se sigue que no puede admitirse la existencia contemporánea o sucesiva de dos litigios con la misma exacta pretensión y que no pueden emitirse decisiones diferentes acerca de una misma exacta pretensión o decisiones idénticas respecto de pretensiones antagónicas. A este efecto, no interesa a la vigencia misma de un sistema procesal el eventual apartamiento de las reglas de *economía* y de *celeridad*, pues sobre ellas tiene absoluta primacía la *seguridad jurídica*.

De las reglas de *economía* y de *celeridad* se extrae la *conveniencia* (y no la *necesidad*) de tramitar simultáneamente diversas pretensiones con prescindencia del principio de *seguridad*, que no es rozado en el caso por aquéllas.

A partir de la aceptación de estas premisas básicas para un sistema, algunos pocos autores *progresistas* han advertido la necesidad de que la ley autorizara la intervención de un tercero en un proceso pendiente siempre que la eventual afectación de su propio interés pudiese derivar de la extensión subjetiva de los efectos del caso juzgado, a raíz de la cual parecía justa su audiencia antes de la consumación del mal.

Pero no todos lo entendieron así: gran número de prestigiosos autores —muchos de ellos argentinos— que ejercieron notable influencia en la jurisprudencia de la época —de la cual no sólo es reflejo la actual sino también numerosas leyes procesales— dieron primacía a la *libertad de actuar* del actor, sosteniendo que no podía imponérsele el litigar con quien él no había querido demandar.

Por tanto, la intervención de terceros se convirtió en una figura jurídica anómala con olvido y detrimento del principio de *seguridad* cuando éste era rozado en cualquier caso concreto.

Aunque la doctrina ha evolucionado notablemente al respecto, la legislación ha cambiado pero no tanto: baste citar que numerosos ordenamientos positivos vedan de modo terminante algunos de los posibles tipos de intervención que se verán luego; del mismo modo, la absoluta generalidad de ellos restringe severamente la actuación de cier-

tos intervinientes (por ejemplo, los *asistentes*), comenzando por exigir la demostración inicial de la legitimación para obrar con olvido ahora de claros derechos y garantías constitucionales.

Como consecuencia de toda esta suerte de rara mezcla entre evolución e involución de los conceptos, este tema se ha convertido en el tabú de la materia: es poco comprendido, siempre polémico y casi nunca analizado en un terreno de absoluta lógica racional.

Por lo demás, y salvo escasos autores que lograron hacer una sistematización conceptual, gran cantidad de ellos hizo pura exégesis de normas que, a la postre, resultan inadecuadas para la solución de los numerosos y a veces graves problemas que genera el tema.

Como corolario de lo expuesto destaco la incongruencia interna del sistema.

De cualquier forma, alguna justificación puede ser aceptada para comprender la existencia de la antinomia antes apuntada: una cosa es demandar inicial u originariamente promoviendo el correspondiente proceso (respecto de lo cual resulta fácil aceptar la *abstracción* para no cercenar liminarmente el obvio y universalmente aceptado derecho de todo gobernado de dirigirse al gobernante utilizando, al efecto, cualquiera de las instancias posibles) y otra distinta es la inserción en un proceso ya pendiente, aun contra la voluntad de las partes originarias, ya que lo que debe ser una simple discusión pacífica puede degenerar en una suerte de riña (de donde deviene más que razonablemente aceptable —aunque no técnicamente ajustado a la congruencia del sistema— imponer la acreditación inicial de la legitimación y del interés para obrar a fin de autorizar la inserción procesal).

Queda en claro, entonces, que aun cuando en el terreno de la pura ciencia este requisito no debe ser impuesto por el legislador, lo cierto es que las leyes que regulan el tema consagran la totalidad de los expuestos bajo este acápite.

4. LAS CLASES DE INTERVENCIÓN DE TERCEROS

Existen dos claros criterios diferenciadores acerca del tema: el primero atiende al *origen de la intervención*; el segundo, al tipo de *actuación que cumple el tercero* una vez que se ha introducido al proceso.

4.1. LA CLASIFICACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS DE ACUERDO CON SU ORIGEN

La concurrencia de un tercero interesado a un pleito pendiente puede tener origen en:

- 1) la *voluntad del propio tercero*: recibe el nombre de *intervención voluntaria*;
- 2) la *voluntad de alguna de las partes originarias*, que opera aun en contra de la voluntad del tercero: recibe el nombre de *intervención provocada* (también se la conoce como *obligada*, *coactiva* o *forzosa*);
- 3) la *voluntad* (en rigor, *disposición*) *de la ley*, que opera por medio del juez y aun contra la voluntad de las partes originarias y del propio tercero: recibe la denominación de *intervención necesaria* (se la conoce también con las restantes designaciones de la intervención provocada y como *integración necesaria del litigio*).

4.1.1. LA INTERVENCIÓN VOLUNTARIA DE TERCEROS

Este tipo de intervención se configura mediante la *inserción espontánea* de un tercero a un proceso que se encuentra pendiente y en el cual puede actuar en alguna de las formas que mencionaré en el # 4.2. según el tipo de interés que ostente respecto de la relación litigiosa.

4.1.2. LA INTERVENCIÓN PROVOCADA DE TERCEROS

Este tipo de intervención se configura cuando alguna de las partes originarias (o sucesivas) de un proceso pendiente decide convocar (citar) a éste a un tercero por considerar que la relación litigiosa entre actor y demandado:

- 1) es el *presupuesto de hecho* de otra relación jurídica que une a uno de ellos (citante) con el tercero (citado);
- 2) es la *misma e idéntica relación* que une al citado con la contraparte del citante, quien se halla en el pleito por estar legitimado para asumir el papel de parte procesal aun en el supuesto de no ser el responsable primario e inmediato de la obligación reclamada;
- 3) es de naturaleza tal que debe ser asumida por el tercero por ser el *verdadero responsable de la obligación* que se demanda o por *haberla*

garantizado, aun en el supuesto de que él carezca de relación propia con el contrario de la parte citante;

- 4) es *incompatible* con la relación que el tercero tiene con alguna de las partes originarias (luego ejemplificaré todos estos supuestos).

Las leyes, la doctrina y la jurisprudencia unifican este tipo de intervención con la que he denominado *necesaria* bajo la designación de *intervención coactiva* u *obligada*. A mi juicio, ello no es conveniente en razón de que constituyen tipos de intervención claramente diferenciados.

Atendiendo a las características específicas y muy particulares de este tipo de intervención, estimo que no puedo analizarla integralmente por ahora, sino luego de presentar el siguiente criterio clasificatorio. Por eso, continuaré tratando el tema en el # 5 de este Capítulo.

4.1.3. LA INTERVENCIÓN NECESARIA DE TERCEROS

Este tipo de intervención se configura, esencialmente, cuando en un proceso pendiente no actúan como partes originarias *todos los sujetos* que deben demandar o ser demandados en orden a la legitimación imprescindible para lograr una heterocomposición útil del litigio (para explicarlo mejor: no obstante ser partes del *conflicto*, no son partes del *litigio*).

El caso supone la existencia de una relación jurídica material *inescindible* que, como tal, sólo puede ser decidida judicialmente con la *presencia de todos los interesados* ya que, de lo contrario, la sentencia a dictar sería de cumplimiento imposible.

Este supuesto de intervención se diferencia claramente de la *voluntaria* y de la *provocada*, pues el pleito que versa sobre relación jurídica *inescindible* no puede ser sustanciado ni resuelto sin la citación del tercero que, debiendo haber sido actor o demandado originario, no lo fue.

De ahí que la citación sea forzosa para el tercero y para las partes originarias y que el juez deba efectuarla de oficio a fin de lograr una correcta integración de la relación litigiosa (ver este deber judicial en el Capítulo 17).

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe acotar para finalizar que algunas leyes ordenan este tipo de intervención respecto de ciertas relaciones jurídicas materiales *escindibles* (por ejemplo, caso de la llamada *acción subrogatoria*, ver el # 4.2.4. en este mismo Capítulo).

4.2. LA CLASIFICACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS DE ACUERDO CON LA ACTUACIÓN QUE CUMPLEN EN EL PROCESO

Siempre que la relación ya litigiosa afecte *actual* o *potencialmente* a un tercero —es decir, que aquélla *no le sea indiferente*— tal afectación admite diversos grados.

Así, puede ser:

1) *mediata*: se presenta cuando la pretensión demandada puede producir al tercero un eventual *gravamen de hecho* (v. gr., el del acreedor quirografario respecto de su deudor ejecutado por otro acreedor, viendo cómo se consume su patrimonio que posiblemente entrará en insolvencia cuando él pueda ejecutar su propio crédito).

En general, y gracias a la prédica constante de los autores que han adoptado la posición doctrinal de restringir al máximo la figura de la intervención, los códigos procesales *no admiten este tipo de afectación* cuando regulan el tema, no obstante que el caso puede subsumirse en el de la intervención *asistente* (ver el # 4.2.3 de este Capítulo);

2) *inmediata*: se presenta cuando la pretensión demandada produce un *gravamen jurídico* que, por ser *real* o *potencial*, admite que esta afectación se subdivida en:

2.1) *directa* (o *actual*): se presenta cuando el tercero es sujeto de una propia relación jurídica que, respecto de la pretensión ya litigiosa, se halla en una situación de:

2.1.1) *identidad de la relación causal* (caso de varios codeudores de los cuales unos son demandados y otros no; o caso de varios titulares contemporáneos de un derecho de servidumbre predial que es desconocido por el propietario del fundo sirviente y que, por ende, afecta directa e igualmente a todos), y de

2.1.2) *incompatibilidad de las diversas relaciones sustanciales* (surgen contemporáneamente de relaciones jurídicas que *no pueden coexistir*; dos personas pretenden ser únicas titulares de un mismo derecho de propiedad);

2.2) *indirecta* (o *potencial*): se presenta cuando la sentencia que ha de dictarse sobre la pretensión ya litigiosa *condiciona* (mejorando o empeorando) el propio derecho del tercero en cuanto a la relación que lo une con alguna de las partes originarias del litigio (caso del fiador

simple respecto de la demanda incoada por el acreedor de su fiado, cuya imposibilidad de afrontar el pago de la deuda habilitará a aquél —previa excusión— a demandar al fiador).

Conforme con el grado de afectación que demuestre un tercero, y con prescindencia de que su intervención sea voluntaria o provocada, al insertarse en el proceso pendiente puede adoptar una de cuatro posibles actitudes: *excluyente*, *coadyuvante*, *asistente* y *sustituyente*.

4.2.1. LA INTERVENCIÓN EXCLUYENTE DE TERCEROS

Este tipo de intervención (*ad excludendum* o *ad infringendum iura utriusque competitoris*), también denominada *principal* o *agresiva*, tiene lugar cuando un tercero se incorpora a un proceso pendiente a fin de interponer, frente a las partes originarias, una pretensión *incompatible* con la ya litigiosa, reclamando para sí total o parcialmente la cosa o el derecho sobre el cual se litiga.

Su origen puede ser *voluntario* o *provocado*. Ejemplo del primero se encuentra en la pretensión de reivindicación de una cosa cuya propiedad está en litigio; ejemplo del segundo, en el proceso relativo al cobro de una suma de dinero en el cual el tercero invoca la titularidad del respectivo crédito (caso previsto en el art. 757, inc. 4º, del Cód. Civ. argentino)³.

Algunos códigos procesales regulan adecuadamente este tipo de intervención. Otros, en cambio, han omitido toda norma al respecto, estableciendo como solución al problema de la incompatibilidad de pretensiones la vía de la *acumulación de procesos* en un mismo procedimiento (ver Capítulo 23).

En razón de que este tipo de intervención constituye un supuesto de acumulación sucesiva de procesos por la inserción de la pretensión de un tercero frente a las partes originarias de un proceso pendiente (ver Capítulo 23), por hallarse con una de ellas en una relación conexas por incompatibilidad de pretensiones respecto de un mismo objeto (ver Capítulo 8, # 4), *sus características* son las siguientes:

³ Su texto dice: "La consignación puede tener lugar: [...] 4. Cuando fuese dudoso el derecho del acreedor a recibir el pago, y concurrieren otras personas a exigirlo del deudor, o cuando el acreedor fuese desconocido".

1) la mera presentación de la demanda por el tercero implica la *coexistencia de tres pretensiones litigiosas*: la ya pendiente entre las partes originarias, la del tercero contra el actor y la del mismo tercero contra el demandado, ambos del pleito original;

2) como consecuencia de ser éste un conjunto de *tres litigios con tres partes encontradas*, razones de economía y celeridad procesal indican la *conveniencia* (nunca la *necesidad*) de dictar un pronunciamiento judicial único respecto de las tres relaciones, y

3) como última característica, afirma la doctrina generalizada que, ante una intervención excluyente, las partes originarias se colocan automáticamente en una *relación litisconsorcial*. Aunque antes de ahora he sostenido tal criterio, un renovado planteo del tema hace que hoy crea que aquél no es exacto.

Por lo pronto, para que exista una *relación litisconsorcial* es imprescindible que entre diversas pretensiones se presente una *conexidad del hecho causal* (lo cual acaece en los supuestos de conexidad causal, de conexidad mixta objetivo-causal y de afinidad), cosa que obviamente no ocurre en el caso tratado donde sólo se advierte la existencia de una *conexidad objetiva*.

Además, por simple razonamiento lógico —y sin que ello implique una regla absoluta en los hechos— la relación litisconsorcial supone una *coordinación de intereses* entre los distintos litisconsortes, cosa que tampoco se presenta aquí toda vez que las partes originarias actúan con *intereses contrapuestos antes, durante y después* de la intervención: siempre son *partes contrarias*.

Por último, si no se acepta esto y se insiste caprichosamente en que son litisconsortes frente a un tercero que los ataca, queda un problema sin posibilidad de solución.

Y es que si en pleito propuesto por el tercero una de las partes antagónicas originarias (en *relación litisconsorcial* con su contraria) desea provocar la declaración de la otra, no se puede saber cuál es el medio apto para ello: la absolución de posiciones o el testimonio (ver el Capítulo 22).

Y ello es así porque las posiciones sólo se admiten entre *partes contrarias* y, por tanto, serían inadmisibles entre quienes militan en el mismo

bando procesal; a su turno, los litisconsortes (que siempre ocupan un mismo bando procesal) pueden provocar sus respectivas declaraciones por la vía del testimonio: y esto no puede aceptarse técnicamente, pues siendo que ellos son partes antagónicas en el pleito originario no podrían nunca declarar bajo juramento de decir verdad (con lo cual pueden llegar a cometer el delito de falso testimonio) por conculcarse con ello el derecho de defensa de quien, en toda América, no está constitucionalmente obligado a declarar contra sí mismo.

Obvio es ya recalcar que conforme con la tesis expuesta precedentemente —hay tres partes encontradas entre sí— el único medio de confirmación admisible es la absolución de posiciones por y respecto de cualquiera de ellas.

4.2.2. LA INTERVENCIÓN COADYUVANTE DE TERCEROS

Este tipo de intervención —denominada también *intervención coadyuvante litisconsorcial* o *adhesiva autónoma*— es la que cabe al tercero cuando ingresa al proceso pendiente con el objeto de hacer valer un *derecho propio* frente a una de las partes originarias, *adhiriendo* simultáneamente a la calidad (actora o demandada) de la otra.

Puede tener origen *voluntario* o *provocado* por el actor o por el demandado y siempre por existir en el caso un grado de afectación *inmediata directa* (ver *supra*, # 4.2) por *identidad del hecho causal*.

Ejemplos de esta clase de intervención se pueden ver: en el caso del codeudor solidario no demandado que se introduce al proceso; en el del coacreedor que no demandó; en el del pariente de un cónyuge con derecho a oponerse al matrimonio, que interviene en el proceso incoado por otro pariente tendiente a obtener la nulidad de aquél, etcétera.

Las características de este tipo de intervención son las siguientes:

1) la mera inserción en el proceso pendiente otorga al tercero, sin lugar a dudas, la calidad de *parte* (sucesiva) *autónoma* que actúa en *coordinación de intereses* con aquella a quien coadyuva.

Y como consecuencia de la conexión del hecho causal que *siempre* existe en este tipo de intervención, coadyuvante y coadyuvado se colocan automáticamente en *relación litisconsorcial*, siendo así aplicable al caso todo lo expuesto en el Capítulo 15 y teniendo como efecto

principal el de que la sentencia que se dicte sea *igual en cuanto al hecho causal* respecto de todos los litisconsortes (ver Capítulo 15, # 8.2.1.2); 2) la presencia del tercero en el pleito pendiente origina la existencia de *dos relaciones litigiosas* (v. gr., la del actor con el demandado originario y la del mismo actor con el tercero coadyuvante que *asume la condición de demandado* sucesivo), razón por la cual —y esto no es pacífico en la doctrina ni en la jurisprudencia— la sentencia que se dicte acerca de aquéllas debe mencionarlo en forma expresa, absolviéndolo o condenándolo si ostenta el carácter de demandado y acogiendo o rechazando su pretensión si adopta el carácter de demandante (ver el caso en este Capítulo, # 5.3).

4.2.3. LA INTERVENCIÓN ASISTENTE DE TERCEROS

Este tipo de intervención —denominada también *intervención adhesiva simple*— se verifica cuando un tercero, en razón de tener un *interés jurídico inmediato indirecto* (ver el *supra*, # 4.2) en el resultado de la relación litigiosa (por ser su propia relación *dependiente* o *condicionada* por aquélla), se inserta en un proceso pendiente *en apoyo de una de las partes y sin pretensión propia contra la otra*.

Esto ocurre por cuanto la relación que une a los litigantes originarios es *condicionante* (o *primaria*) respecto de la relación que alguno de ellos tiene con el tercero, la cual es *condicionada* (o *secundaria*), nunca *accesoria*.

De tal modo, el presupuesto de hecho de la justiciabilidad de la relación condicionada es el *resultado* al cual se arriba en la solución de la relación condicionante. Un claro ejemplo de ello se puede ver en la relación acreedor-deudor-fiador simple: la obligación de éste sólo será exigible luego de que sea declarada la responsabilidad del deudor y de que se hayan excutido sus bienes. Recién ahora —y no antes— se da la *condición necesaria* para que pueda operar en forma directa la relación secundaria acreedor-fiador.

Además del ejemplo recién citado pueden mencionarse otros: el del acreedor hipotecario en proceso donde se hace valer pretensión reivindicatoria del inmueble hipotecado; el del beneficiario de un cargo

contenido en una donación en proceso donde se discute la validez del contrato; etcétera.

Como este tipo de intervención constituye una zona gris en el estudio del tema y muchas veces no se distingue adecuadamente entre los conceptos de *derecho* y de *simple interés* (sustentos de esta intervención y de la explicada antes) muchas veces existe confusión al respecto y algunos jueces, por ejemplo, no saben aplicar los efectos propios de cada uno de ellos.

De ahí que, para distinguir cabalmente las intervenciones *coadyuvante* (llamada casi siempre por la ley *adhesiva autónoma* o *litisconsorcial*) y *asistente* (siempre denominada *adhesiva simple*), deba formularse una regla que me parece sencilla: en cualquier caso justiciable en el cual intenta insertarse un tercero debe analizarse su propia legitimación: si pudo ser actor o demandado originario y no lo fue, su intervención será *coadyuvante*, ya que ostenta un *derecho* propio para defender en el proceso pendiente; por lo contrario, si no pudo ser actor o demandado originario (pues su relación es *secundaria* y no *primaria*), su intervención será *asistente*, ya que no ostenta un derecho sino un *simple interés jurídico* para defender en el pleito, intentando mejorar su eventual derecho. Como es obvio, estas distintas legitimaciones deben ser extraídas de la normativa de fondo y no de la procesal.

A la intervención asistente puede llegarse de dos formas: por inserción *voluntaria* del tercero y por *provocación* (por el medio técnico denominado *denuncia del litigio*, ver *infra*, # 5.2) que sólo puede efectuar el actor (y nunca el demandado).

La primera de ellas (intervención *voluntaria*) es el modo habitual de inserción. En el ejemplo dado en primer término supóngase que Pedro se obligó como fiador simple del deudor Diego ante el acreedor Juan. Ya he señalado que la relación Juan (acreedor)-Pedro (fiador simple) se halla condicionada por el resultado prestacional al cual se arribe en la relación condicionante Juan (acreedor)-Diego (deudor). Si del juzgamiento de esta última resulta que Diego nada debe (v. gr., por haber pagado), automáticamente cesa la eventual obligación de Pedro ante Juan: simplemente no se dio, como presupuesto de hecho, la *condición de demandabilidad*. Como se ve, a Pedro le interesa que Diego gane el

pleito pues así se mejora su propio derecho: deja de estar obligado. Por eso he dicho antes que el interés del tercero es inmediato pero indirecto. De ahí que a Pedro le convenga intervenir voluntariamente en el pleito pendiente entre Juan y Diego a fin de asistir a éste en su defensa, aunque —nótese bien— nada puede pretender o defender personalmente ante Juan: sólo busca su propia desvinculación obligacional mediante la ayuda que efectúa para que el deudor Diego sea absuelto. Así de simple.

La segunda forma de intervención (*provocada* por el actor) ocurre cuando éste quiere obtener la presencia del tercero en el pleito pendiente en el cual no pudo demandarlo originariamente por carecer de legitimación *actual* respecto de él, ya que la relación acreedor-fiador está condicionada por el resultado obtenido en la relación condicionante acreedor-deudor.

En el ejemplo anterior, el actor Juan sabe que si se declara su derecho a la acreencia, que si el deudor Diego no paga lo reclamado, por lo cual es necesario ejecutar la sentencia, y que si sus bienes no alcanzan para cubrir el monto de la condena luego de excutirlos (advírtase que *todos* son supuestos potenciales), recién se dará la *condición favorable* para demandar directamente al fiador Pedro.

Resulta claro que si el acreedor Juan sabe de modo cierto que su acreencia podrá ser cubierta con creces por el patrimonio del deudor, poco o ningún interés tendrá en provocar la presencia del fiador en el proceso pendiente. Por lo contrario, si sabe que su acreencia no será cubierta o si tiene dudas al respecto, le es altamente conveniente citarlo al proceso con la finalidad de vincularlo a la sentencia que se dicte a su término. Y es que conforme con lo dispuesto en la mayoría de las leyes civiles (por ejemplo, arts. 2020⁴ y 2021⁵ del Cód. Civ. argentino) el fiador, aun siendo solidario, puede oponer al acreedor todas las excepciones propias y *las que podría oponerle el deudor principal*, haciéndolo en su nombre personal y aun contra la voluntad del deudor.

⁴ Su texto dice: "Aunque el fiador sea solidario con el deudor, podrá oponer al acreedor todas las excepciones propias, y las que podría oponerle el deudor principal en la fianza simple, excepto solamente las que se funden en su incapacidad".

⁵ Su texto dice: "El fiador puede oponer en su nombre personal todas las excepciones que competan al deudor, aun contra la voluntad de éste".

Y ello es así en razón de que las mismas leyes (por ejemplo, art. 2023 del mismo Código) autorizan expresamente al fiador "a intervenir en las instancias entre el acreedor y el deudor sobre la existencia y validez de la obligación principal; y si no hubiese intervenido, las sentencias pronunciadas no le privan (posteriormente) de alegar las excepciones".

De donde resulta que, a la inversa, la intervención en el juicio pendiente le veda al fiador la posibilidad de alegar en su propio pleito las excepciones personales del deudor. De allí que el acreedor-actor ostente indudable interés en vincular procesalmente al fiador simple: ya que no puede demandarlo *directamente* (por no haberse dado aún el presupuesto que une a ambos, cosa que sólo se logrará luego de excutir los bienes del deudor) intenta discutir, por *una sola vez y en definitiva*, acerca de la existencia misma o de la validez de la obligación principal, tanto para el deudor como para el fiador.

A tal efecto, la controversia se hará en común contra el deudor y el fiador para que, llegado el caso de tener que demandar a éste, ya se encuentre vinculado a lo que resulte del efecto propio del caso juzgado emergente de la sentencia dictada acerca del tema. Y, obviamente, en su propio pleito el fiador no podrá ya oponer más defensas que las personales de él y nunca las correspondientes al deudor fiado.

Las características de este tipo de intervención no son fáciles de enunciar, habida cuenta de que todas las regulaciones y la mayor parte de la doctrina restringen severamente la actuación del asistente.

Por mi parte, creo que la solución legal no es correcta y que debe ser dejada de lado con prontitud.

A fin de que el lector pueda llegar a compartir esta afirmación debe recordar que el tercero asistente carece siempre de legitimación actual para litigar frente al adversario de la parte a la cual adhiere, por lo que el fundamento de su intervención radica en la conveniencia de brindarle la posibilidad de asistir en su defensa a alguna de las partes originarias en razón de que si ella logra vencer en el pleito el tercero mejorará la condición de su propio derecho.

De aquí se puede extraer una característica propia de este tipo de intervención: la existencia de *una* relación litigiosa (la inicial) no se ve alterada en su número por la presencia del tercero, quien no hace ni

puede hacer valer su propia relación en *este* proceso (repárese en el diferente y decreciente número de relaciones litigiosas que se presentan en los tres tipos de intervención explicados hasta aquí).

De tal modo, el litigio se concreta a lo ya discutido entre actor y demandado, partes originarias del proceso, por cuya razón la sentencia no puede hacer mérito de la relación propia del tercero, a raíz de lo cual ni lo condena ni lo absuelve en cuanto al fondo del problema. Más simplemente: no lo menciona para nada.

De esta razón, que es lógicamente correcta, la doctrina y los códigos que regulan el instituto derivan una consecuencia que no lo es: el tercero asume el carácter de parte *subordinada* o *accesoria* (queriendo significar con ello que *no es una verdadera parte procesal* pues carece de sus atributos de autonomía de actuación) en virtud de existir una relación de *subordinación* entre la parte y el asistente.

Y a base de ello, se le veda expresamente al tercero la posibilidad de realizar cualquier tipo de actividad que no resulte compatible con la efectuada por la parte principal (por ejemplo, si la parte no alega la prescripción de la obligación no puede hacerlo el tercero).

Insisto en que esta afirmación contiene un error conceptual.

Y es que parece obvio sostener que la circunstancia de concurrir una relación *condicionante* y otra *condicionada* en su existencia no puede generar por sí misma un estado de *subordinación* entre el asistente y la parte, cuando la realidad jurídica y la lógica pura indican que entre ambos existe una clara y elemental *coordinación de intereses*. Nadie puede dudar de que, voluntaria o provocadamente, el tercero concurre al proceso no sólo para apoyar logísticamente a una parte sino también para lograr su propia desvinculación obligacional mediante la absolución de aquélla.

Y así resulta que el interés del tercero (piénsese en una persona harto solvente) puede ser notoriamente mayor que el de la propia parte (piénsese en una persona insolvente).

¿Qué sentido lógico —y jurídico— tiene, entonces, vedar al tercero el ejercicio de los derechos que la ley de fondo le acuerda normalmente? En el ejemplo recién expuesto, si el demandado no opone la excepción

de prescripción y ésta es de procedencia manifiesta, ¿no lo podrá hacer el tercero asistiendo al deudor?

Ya he recordado precedentemente que el fiador puede oponer al acreedor no sólo sus propias defensas sino también las propias del deudor y *aun contra la voluntad de éste*.

Ante norma tan clara, si procesalmente no se permite al tercero actuar en forma incompatible con lo realizado por la parte, ¿puede quedar aquél vinculado definitivamente a la renuncia voluntaria (expresa o implícita) que efectúa el deudor respecto de ciertas defensas que resultarán definitivas para el litigio?

Y, además, si el deudor consiente la sentencia que le es adversa, ¿no se permitirá impugnarla al tercero para quien, precisamente, constituye la condición de existencia de su propia relación?

Tengo para mí que las respuestas a tales interrogantes son obvias: si las leyes de fondo establecen —en el caso tomado como ejemplo, que está en condición de ser multiplicado— que el fiador puede actuar aun contra la voluntad del deudor y las leyes procesales disponen exactamente lo contrario —dan primacía a la voluntad del deudor por sobre la del tercero—, la estructura piramidal del orden jurídico hace que el intérprete no pueda ignorar el rango de las distintas normas.

Y de ahí que, en el supuesto analizado, aunque se acepte en la especie la existencia de una sola y única relación litigiosa, el tercero asistente pueda coadyuvar en la defensa de su asistido *con todos los poderes* afirmatorios, confirmatorios, alegatorios e impugnatorios de una verdadera parte procesal (ni accesoria ni subordinada).

4.2.4. LA INTERVENCIÓN SUSTITUYENTE DE TERCEROS

Este tipo de intervención tiene lugar cuando el tercero concurre al proceso porque se halla vinculado con alguna de las partes originarias por medio de una relación que lo legitima:

- a) para demandar a nombre propio a base del derecho no ejercido por su titular, o
- b) para asumir en forma personal el carácter de demandado por adeudarle al demandado originario una garantía legal o convencional.

En otras palabras: la asunción por el tercero del carácter de parte procesal desplaza (*extromite*) al legitimado originario que, así, es *sustituido* por aquél.

Ejemplo del primer caso es la llamada *acción subrogatoria*; del segundo, la *citación de evicción*.

Las características de este tipo de intervención difieren en uno y otro caso:

1) en el *primero*:

1.1) la sustitución es siempre voluntaria y se refiere exclusivamente a la calidad de *actor* (nunca a la de demandado) a efecto de incoar y, en su caso, continuar el desarrollo del proceso. A tal fin, es la *parte originaria* y, como tal, ostenta todas las facultades y la autonomía propia de ella, salvo que acaezca la siguiente característica:

1.2) operada la sustitución (es decir, el sustituyente-actor demanda al deudor de su deudor ante la inercia de aquél) siempre es facultad legal del sustituido (deudor del actor) reemplazar a la persona del sustituyente, asumiendo personalmente la calidad de actor en el proceso ya pendiente. Sin embargo, el reemplazo no es total ya que la parte sustituyente no debe alejarse necesariamente del pleito —aunque puede extromitirse, cosa que no le conviene—, en el cual puede permanecer pero en otro carácter: el de *asistente* (ver número anterior). El tema se verá luego en sus otras implicaciones;

1.3) existe una sola relación litigiosa —la del sustituido con su propio deudor— a raíz de lo cual aquél no pierde jamás su calidad de *acreedor primario* del demandado, lo que derivará en que su declaración en el pleito se efectúe por la vía de la absolución de posiciones y no por la del testimonio;

2) en el *segundo*:

2.1) la sustitución puede ser voluntaria o provocada *sólo por el demandado* y se refiere exclusivamente a la calidad de éste (nunca a la del actor) a efecto de *continuar* el desarrollo del proceso (nunca de incoarlo) con todas las facultades y la autonomía de aquélla;

2.2) por obvias razones lógicas, la sustitución provoca el reemplazo total del demandado, quien se extromite del proceso.

Sin embargo, las severas restricciones que antes he mencionado acerca del instituto mismo de la intervención de terceros hacen que casi todas las leyes (no me animo a decir simplemente *todas* por temor a que exista alguna que no contenga restricciones y que yo no conozca) vedan la extromisión del demandado o la sujeten a la conformidad del actor.

En un plano de pura lógica estas soluciones no son correctas toda vez que el derecho del acreedor no se ve jamás demeritado habida cuenta de que la parte sustituida y extromitida queda vinculada a los efectos propios de la sentencia que se emita acerca del litigio de la misma forma que si hubiera permanecido presente durante todo el curso del proceso. No se ve, entonces, razón alguna para cercenar la facultad de extromisión a cuya efectivización plena conducen toda la idea y la lógica de la figura de la intervención sustituyente.

Un ejemplo ayudará a comprender el problema y la crítica a sus posibles soluciones: supóngase que Juan contrata un seguro de responsabilidad con Pedro a raíz del cual le paga una prima establecida al efecto para que el asegurador asuma no sólo el riesgo patrimonial cuando llegue la eventualidad de que Juan tenga que responder por un daño causado personalmente sino también para que afronte todas las contingencias del proceso en el cual se declarará su culpa y consiguiente obligación de reparar.

Cumplida la condición contractual —Pedro daña a Diego y es demandado por éste para lograr el correspondiente resarcimiento— es razonable admitir que Pedro intente que Juan cumpla lo pactado: asumir su defensa en el litigio y, llegado al caso, afrontar el pago de la reparación. Precisamente para eso Pedro pagó su prima y ése es el negocio de Juan.

Como luego se verá, la ley argentina en materia de seguros ha establecido —mediante el otorgamiento de la consecuente legitimación— la posibilidad de que Diego demande directamente a Juan. Pero no es éste el ejemplo que expongo, de donde resulta que el lector tendrá que prescindir de dicha posibilidad y pensar que el caso ocurre antes de la sanción de la ley citada.

Si el contrato de seguro existe y si Juan desea defender su propio interés y cumplir lo pactado con Pedro, debe concurrir al pleito incoado por

Diego y asumir sin más la calidad de demandado, sustituyendo a Pedro quien, así, puede extromitirse del proceso (salvo, claro está, que la cobertura del seguro sea inferior al reclamo de Diego), pero sabiendo que su comodidad de no litigar tiene su propio precio: quedar vinculado a los efectos de la sentencia que se dicte contra Juan, lo cual puede llegar a tener importancia en la hipótesis de que éste caiga en estado de insolvencia.

Por supuesto, el derecho del actor Diego no disminuye ni se afecta en ninguno de tales casos: si se presenta el asegurador Juan al proceso, aumenta el número de sus deudores; y si el deudor Pedro se queda o se retira del pleito, le da exactamente igual toda vez que *siempre* responderá en caso de falencia del asegurador.

Entonces, ¿por qué se veda legalmente la sustitución plena o se la condiciona a la aceptación del actor?

2.3) cuando la ley no autoriza la extromisión del demandado, el sustituyente no adquiere este carácter sino el de *asistente* (pues carece de relación propia con el actor). En caso de legitimación extraordinaria, cual el supuesto de la ley argentina en materia de seguros donde el actor puede demandar conjuntamente al asegurado y al asegurador, la intervención de éste (no ya como tercero sino como parte principal originaria) asume la calidad de *coadyuvante*;

2.4) en cualquier caso, la presencia del tercero no altera la única relación litigiosa que continúa controvirtiéndose entre el actor y el sustituyente o entre el actor y el demandado originario, asistido ahora por el tercero.

Sin embargo, cuando la sustitución es *provocada* (nunca cuando es voluntaria) puede existir otra relación litigiosa más: la del *citante* (demandado) con el *citado* (tercero convocado a sustituir), cosa que explicaré en el # 5.3.2 de este Capítulo.

5. LA INTERVENCIÓN PROVOCADA DE TERCEROS

5.1. EL CONCEPTO Y SUS CARACTERES

Algo adelanté ya sobre el tema (ver el # 4.1.2 de este Capítulo) y allí remití a este punto por considerar que eso era conveniente para lograr una mejor comprensión de su concepto y caracteres (ruego que se haga ahora la relectura de dicho punto).

Definido antes este tipo de intervención, quiero hacer especial hincapié en algo ya afirmado: en general, tanto doctrina como legislación vinculan a este tipo de intervención con la que he dado en llamar *necesaria* y las *unifican* bajo la denominación de ésta, mostrando con ello que ninguna de ambas es voluntaria (además de *intervención necesaria* también es llamada *obligada*, *coactiva* o *forzosa*).

En rigor de verdad, ninguna de las voces utilizadas denota cabalmente el fenómeno de que se trata: por lo pronto, el tercero *no está obligado* a comparecer, de donde resulta que no puede ser *coaccionado* al efecto. Se trata, simplemente, de una *carga procesal* generada por virtud de la citación, cuyo incumplimiento le hará sufrir los efectos contrarios a su interés de acuerdo con el caso de que se trate.

A su turno, la palabra *forzosa*, en cuanto es equipolente a *coactiva*, resulta inexacta por las razones recién aludidas; y en cuanto a su parecido con la voz *necesaria*, también está mal utilizada cuando se denomina con ella el supuesto de intervención *provocada* (que no es *necesaria*). Queda en claro, entonces, que la doctrina más actualizada acerca del tema relativo al origen de estas formas de intervención distingue entre dos tipos de voluntades:

- 1) la de la *parte originaria* que decide a su conveniencia el citar o no a un tercero, cuya presencia no puede ser impuesta por el juez. Tanto es así que el respectivo litigio es susceptible de ser tramitado y resuelto sin la citación del tercero interesado (ésta es la intervención *provocada*);
- 2) la de la *propia ley* que requiere imprescindible la citación del tercero que debiendo ser parte originaria (por versar el litigio acerca de una relación jurídica inescindible) no lo es.

El caso difiere notablemente del anterior: éste no puede ser tramitado ni, por supuesto, resuelto *sin la citación del tercero*, a quien cabe convocar al pleito aun contra la voluntad de alguna de las partes originarias.

En el tema que se halla en tratamiento interesa sólo el primero de tales criterios clasificatorios: se deberá entender en esta obra que una intervención es *provocada* cuando ella no depende de la voluntad del tercero ni de la ley, sino sólo de la de una de las partes originarias.

En el # 4.1.2 de este Capítulo expresé cuáles eran las situaciones que podrían generar la intervención *provocada*, la que es decidida por al-

guna de las partes a efecto de lograr una de cuatro finalidades que enumeraré en el # 5.3 de este Capítulo.

Los *medios procedimentales* adecuados para provocar la intervención del tercero varían en cada caso en orden a la finalidad tenida en cuenta al decidir efectuar la citación, cosa que se verá seguidamente.

5.2. LOS MEDIOS PARA PROVOCAR LA INTERVENCIÓN DE UN TERCERO

En orden a los posibles orígenes de este tipo de intervención (ver el # 4.1.2 de este Capítulo) y a la finalidad tenida en cuenta por quien la provoca (ver el número siguiente) la doctrina acepta —aunque confusamente— la existencia de dos *medios*: la *denuncia del litigio* (o *denuncia de litis* o *litisdenuntiatio*) y la *citación en garantía* (o *llamada en garantía*), aunque a veces se da a uno los efectos del otro y viceversa.

En general, los distintos códigos no regulan estos medios y cuando alguno se refiere al tema también lo hace en forma que imprime toda suerte de dudas al intérprete, lo cual ha generado una jurisprudencia errática que hace casi imposible lograr una adecuada sistematización de su contenido.

Empero, si se razona con lógica y no con simple capricho, no puede ni debe haber confusión alguna.

Si se parte de cualquiera de los supuestos que pueden originar la provocación y se tiene en mira la finalidad procurada por la parte que decide convocar al tercero al pleito pendiente, se advertirá que siempre se tiende, en esencia, a una de dos cosas: vincular al tercero a los efectos propios de la sentencia que se dicte en el proceso pendiente o a lograr una sustitución procesal.

Atendiendo a ello, y siendo convencional cualquiera denominación técnica —siempre que se asigne un contenido semántico claro a la voz que se utilice al efecto y no se le den extensiones o ampliaciones que lo tornen polivalente—, propongo denominar *denuncia del litigio* al primer caso (vincular al tercero con los efectos de la sentencia) y *citación en garantía* al segundo (provocar la sustitución procesal).

Por supuesto, la cuestión semántica no es baladí: se trata de diferenciar casos que son disímiles y que, por tanto, tienen —y deben tener— efectos distintos.

Para lograr una mejor explicación de un tema tan complejo prefiero diferir el análisis de cada uno de los medios de provocación para hacerlo junto con los posibles casos de provocación en orden a la finalidad buscada, cosa que haré en el número siguiente. Allí se encontrarán ejemplos que le permitirán al lector una comprensión más sencilla del tema.

5.3. LOS CASOS DE INTERVENCIÓN PROVOCADA EN ORDEN A LA FINALIDAD QUERIDA POR LA PARTE ORIGINARIA CITANTE

El distinto origen que pueden ostentar las posibles vinculaciones que muestra una parte originaria con el tercero a quien decide citar al pleito pendiente permite afirmar que la provocación se efectúa en orden a lograr alguna de las siguientes finalidades:

- 1) evitar la deducción por el tercero de ciertas defensas en el juicio que eventualmente incoará contra él;
- 2) lograr que el tercero asuma la defensa del citante en el pleito pendiente y que eventualmente se haga cargo de las condenaciones que contenga la sentencia que allí se emita;
- 3) lograr que el tercero sustituya al citante en el pleito pendiente;
- 4) lograr la deducción de la demanda que el citante teme potencialmente del tercero.

Seguidamente analizaré los diferentes casos que intentan cumplir tales finalidades.

5.3.1. LA CITACIÓN PARA EVITAR LA DEDUCCIÓN POR EL TERCERO DE CIERTAS DEFENSAS EN EL JUICIO QUE EVENTUALMENTE INCOARÁ EL CITANTE CONTRA EL CITADO

El caso se presenta en *dos* supuestos que ofrecen importantes variantes:

5.3.1.1. LA CITACIÓN POR EL ACTOR PARA EVITAR LA DEDUCCIÓN POR EL TERCERO, EN EL PLEITO QUE EVENTUALMENTE LE INCOARÁ, DE LAS DEFENSAS PERSONALES PROPIAS DEL DEMANDADO EN EL PLEITO ORIGINARIO

Este tipo de citación provocada procede cuando la relación litigiosa originaria es el presupuesto de hecho de otra *relación jurídica* que une al actor (citante) con el tercero (citado), quien ostenta en el caso un

grado de *afectación indirecta*, pues la sentencia a dictarse respecto de la pretensión del citante *condiciona su propio derecho* contra el citado. El tema ya ha sido explicado al analizar la intervención asistente (ver el # 4.2.3 de este Capítulo).

Lo que corresponde hacer notar ahora es que en orden a la finalidad expuesta en el título la provocación sólo puede hacerla el *actor* (nunca el demandado), pero con la particularidad de que el tercero será siempre *asistente del demandado* (nunca del actor).

Recalco también que todas las leyes procesales otorgan al asistente el carácter de *parte subordinada* a la principal a quien asiste y que ya he criticado tal solución con base en la necesidad técnica de otorgar o de mantener la coherencia interna del sistema. A este efecto, debe considerarse que el asistente es una *verdadera parte principal* luego de que se inserta en el proceso, pudiendo hacer procedimentalmente todo lo que no haga la parte principal (pues haciéndolo mejora la condición de su propio derecho) y aun contra la voluntad de ella. Adviértase una vez más que si el asistente logra la absolución de su asistido erradica definitivamente la posibilidad de tener que afrontar una demanda del actor citante.

Va de suyo que, en esta tesitura, el tercero habrá de ser citado al proceso pendiente con todo el ritual que cada código exige para la parte principal y por medio fehaciente que permita en el futuro demostrar que no ignoraba la promoción del pleito ni su propia citación.

Empero, y tal como lo adelanté en el # 4.2.3 de este Capítulo, como la única relación litigiosa es la originaria (toda vez que aún no se ha dado el presupuesto de hecho que opera como condición para que el actor pueda demandarlo *actualmente*) en la sentencia que se dicte respecto de aquélla no se lo debe mencionar (salvo que se trate de alguna cuestión incidental propuesta por el asistente). En otras palabras: en cuanto al fondo del asunto no se lo condena ni se lo absuelve. Pero el juez debe dejar constancia de haberse efectuado la citación con el objeto de que la sentencia pueda cumplir sus efectos respecto del tercero (haya o no comparecido al pleito) en el proceso que eventualmente incoará en su contra el actor.

5.3.1.2. LA CITACIÓN POR EL ACTOR O POR EL DEMANDADO PARA EVITAR LA DEDUCCIÓN POR EL TERCERO, EN EL PLEITO QUE EVENTUALMENTE LE INCOARÁ UNO DE ELLOS, DE LA EXCEPCIÓN DE NEGLIGENTE O DEFECTUOSA DEFENSA DEL PROPIO CITANTE EN EL PLEITO ORIGINARIO

Este tipo de citación provocada procede cuando el tercero ostenta un grado de *afectación directa* respecto de la relación jurídica litigiosa, de donde surge que hay diversas personas *colegitimadas* por la ley para asumir el papel de actor o de demandado respecto de una pretensión basada en una relación jurídica *escindible* y, sin embargo, demanda sólo a uno de los posibles actores o se demanda sólo a uno de los posibles demandados.

La *colegitimación* puede presentarse en casos de *conexidad causal* y de *afinidad*:

1) caso de conexidad causal:

Ejemplo clásico es el de codeudor solidario no demandado por el acreedor. En razón de que la solidaridad es una figura jurídica que rige sólo *externamente* a favor del acreedor pero no entre los propios codeudores, en su relación interna éstos deben responder conforme a lo que haya ocurrido en la realidad del acto generador de la obligación (puede que sean deudores por mitades, en proporciones diferentes o, finalmente, que uno de ellos sea el verdadero deudor y el otro sólo un fiador: eso es lo que surge, por ejemplo, de los arts. 689⁶, 716⁷ y 717⁸ del Cód. Civ. argentino).

⁶ Su texto dice: "Las relaciones de los acreedores conjuntos entre sí, o de los deudores conjuntos entre sí, después que uno de ellos hubiese cumplido una obligación divisible o indivisible, se reglarán de la manera siguiente: 1. Cada uno de los acreedores conjuntos debe pagar una cuota igual o desigual, designada en los títulos de la obligación, o en los contratos que entre sí hubiesen celebrado; 2. Si no hubiere títulos, o si nada se hubiese prevenido sobre la división del crédito o de la deuda entre los acreedores y deudores conjuntos, se atenderá a la causa de haberse contraído la obligación conjuntamente, a las relaciones de los interesados entre sí y a las circunstancias de cada uno de los casos; 3. Si no fuere posible reglar las relaciones de los acreedores o deudores conjuntos entre sí, se entenderá que son interesados en partes iguales, y que cada persona constituye un acreedor o un deudor".

⁷ Su texto dice: "La obligación contraída solidariamente respecto de los acreedores, se divide entre los deudores, los cuales entre sí no están obligados sino a su parte y porción".

⁸ Su texto dice: "Las relaciones de los codeudores y acreedores solidarios entre sí que hubiesen pagado la deuda por entero, o que la hubiesen recibido, se reglarán como

A la luz de lo expuesto, parece obvio destacar que si uno de los codeudores es harto solvente y, por ello, el elegido por el actor para ser único demandado, y en la relación interna con su codeudor no es el verdadero deudor, podrá repetir de éste todo lo que tenga que abonar como consecuencia de la sentencia de condena que se emita en el proceso incoado en su contra.

Para cuando esto ocurra el codeudor demandado quiere evitar *desde ahora* que su codeudor no demandado le oponga en el pleito posterior la alegación de que se defendió mal, torpe o negligentemente en el proceso originario (afirmando, por ejemplo, que pudo deducir la excepción de prescripción y no la dedujo).

Para ello, la generalidad de las leyes le permiten citar al tercero a fin de que venga a *coadyuvarlo* por lo mismo en su defensa, de modo que tenga conocimiento de todas sus alegaciones y medios de confirmación para mejorarlos o suplirlos en caso necesario.

Así las cosas, el citado que interviene en el pleito puede ejercer un verdadero control de la actividad cumplida por el citante, a consecuencia de lo cual éste podrá repetir en lo futuro lo que ahora debe abonar sin que el eventual demandado (hoy tercero coadyuvante) pueda oponer como excepción decisiva su negligente defensa.

El caso ejemplificado también supone el inverso: un coacreedor (actor) cita a su coacreedor (tercero) para evitar de él una demanda en el supuesto de perder negligentemente la pretensión originaria.

De allí que haya puntualizado en el título de este tema que la provocación con la finalidad analizada puede ser hecha tanto por el actor como por el demandado;

2) caso de afinidad:

Un posible ejemplo se halla cuando la parte procesal originaria está en litigio en razón de un *derecho que no ha causado personalmente*—de tal modo, la relación jurídica le es ajena—, pero cuya emergente pretensión debe afrontar procesalmente pues la ley lo ha *legitimado* para ello (si bien se advierte, el caso es diferente del anterior: aunque en ambos hay *colegitimados*, en aquél *todos son causantes* de la relación

está dispuesto en el artículo 689. Si alguno de los deudores resultare insolvente, la pérdida se repartirá entre todos los solventes y el que hubiese hecho el pago”.

en tanto que en éste uno no lo es). Recuérdese la diferencia existente entre *conexidad causal*—identidad del hecho causal e identidad de imputación jurídica— y *afinidad*—identidad del hecho causal y no identidad de imputación jurídica—.

Como la posición jurídica de demandado en tal caso no impide que, oportunamente, pueda pretender repetir la prestación a la que puede ser condenado, la propia ley le permite en general provocar la citación del verdadero y real causante del derecho litigioso a los mismos fines enunciados respecto de la hipótesis anterior: que el tercero pueda controlar las defensas esgrimidas y quede vinculado así a los efectos propios de la sentencia que se dicte al finalizar el proceso. De tal modo, cuando posteriormente intente repetir lo pagado evitará la articulación por su propio demandado de la excepción de indebida o negligente defensa.

Un caso práctico ayudará a comprender mejor el tema: el art. 1113 del Código Civil argentino establece que la obligación de reparar “se extiende a los daños que causaren los que estén bajo su dependencia”.

Racional y lógicamente se ve claro que si Pedro, dependiente de Diego y en ocasión de cumplir tareas propias de esa dependencia, causa un daño a Juan, éste puede pretender primariamente que Pedro le brinde adecuado resarcimiento. Y se ve claro también que ningún vínculo fáctico une a Juan con Diego. Sin embargo, cual lo que ocurre con mucha frecuencia en el Derecho, la ley habilita a otras personas diferentes de las que se hallan en conflicto para poder ser actoras o demandadas, *legitimándolas* al efecto so pretexto de diversas y muy variadas razones que no es del caso analizar ahora.

Así, sin perjuicio de mantener la relación directa entre quien puede pretender (la víctima Juan) y quien debe *primariamente* la prestación pretendida (el dependiente Pedro, si es culpable), la ley permite que otra persona (Diego, patrono de Pedro) se vea en la necesidad de afrontar el carácter *originario* de demandado por la sola circunstancia de ostentar la *calidad* prevista en la ley (en el caso, *patrono*).

De allí que en el Capítulo 8 haya establecido el concepto de *afinidad*: a base de un *hecho dañoso* (el accidente) responderán Juan (*si es culpable*) y Diego (*si es patrono de Juan y si Juan es culpable*).

En otras palabras, y reiterando la idea anteriormente expuesta: a base de un mismo hecho, dos personas responderán por imputaciones diferentes en orden a distintas calidades de legitimación otorgadas por la ley.

El caso ya es idéntico al anterior de conexidad causal: si conforme a lo dispuesto en la normativa civil el patrono que paga el daño causado por su dependiente culpable puede repetir de éste lo pagado, se ve con claridad cuál es el interés jurídico del demandado originario para vincular al resultado de la sentencia a quien es tercero respecto del proceso y, al mismo tiempo, colegitimado para actuar por ser, precisamente, el causante del daño a resarcir.

Por supuesto, y como ya se dijo anteriormente, tal interés le permitirá provocar la citación del tercero no demandado para evitar en lo futuro la eventual deducción de la excepción de negligente o indebida defensa.

Otros ejemplos similares pueden ser extraídos del Código Civil argentino en sus artículos 1125⁹ (en cuanto a que el dueño del animal causante del daño, demandado por la víctima, puede citar a quien lo excitó), 1646¹⁰ (en cuanto al director de la obra, que puede citar al proyectista en los supuestos de responsabilidad por vicios de la construcción), etcétera.

Adviértase ahora que en todos los supuestos de repetición de lo pagado, el que puede provocar la intervención del tercero es siempre el demandado.

Utilizando otras palabras para mostrar el fenómeno que estoy describiendo: el demandado originario (parte del litigio y no del conflicto, pues está legitimado legalmente para ser demandado aun cuando no es causante personal del daño a reparar) puede provocar la presencia del tercero (parte del conflicto y tercero en el litigio) con la mira puesta

⁹ Su texto dice: "Si el animal que hubiere causado el daño, fue excitado por un tercero, la responsabilidad es de éste, y no del dueño del animal".

¹⁰ Su texto dice: "Tratándose de edificios u obras en inmuebles destinados a larga duración, recibidos por el que los encargó, el constructor es responsable por su ruina total o parcial, si ésta procede de vicio de construcción o de vicio del suelo o de mala calidad de los materiales, haya o no el constructor proveído éstos o hecho la obra en terreno del locatario [...] La responsabilidad de este artículo se extenderá indistintamente al director de la obra y al proyectista según las circunstancias, sin perjuicio de las acciones de regreso que pudieren competir..."

en una eventual repetición que intentará en el futuro (*no hoy, sino mañana*), luego de pagar y mediante la interposición de su propia demanda (es decir, *no en este proceso sino en otro que promoverá al efecto*).

Se desprende de lo dicho —deliberadamente reitero las ideas— que el tercero citado al proceso pendiente tiene obvio interés jurídico en que el citante salga absuelto de la pretensión ejercitada en su contra, pues con ello erradica la eventualidad de que se le dirija ulteriormente demanda de repetición. De allí la obvia *conveniencia* (razón por la cual la intervención también puede ser voluntaria) de su participación en el pleito, vigilando las defensas esgrimidas para que sean adecuadas al caso.

Pero no se detiene aquí la facultad del tercero citado o espontáneamente comparecido: repárese en que él es *parte sustancial del conflicto*; o sea que, en el ejemplo dado, pudiendo ser parte originaria del litigio no lo fue por la simple razón de que el actor no lo demandó.

La confusión doctrinal que aún persiste acerca de todo este tema hace que la jurisprudencia generalizada insista en que debe extremarse el rigor de la estrictez cuando la citación la hace el demandado, so pretexto de que no se puede imponer al actor la tarea de litigar contra quien no quiere hacerlo. Los casos anteriormente mencionados demuestran el error de esta afirmación: cuando está en juego el *principio de seguridad* poco interesa la voluntad de las partes, ya que siempre debe existir *uniformidad de juzgamiento* en cuanto a la existencia y validez del *hecho causal* (que, como ya se vio en el Capítulo 15, tiene primacía absoluta tanto en los supuestos de conexidad por la causa como en los de afinidad).

De allí que quepa sostener que en todo supuesto de existencia de *colegitimados* en el cual uno sea demandado y el otro no la citación provocada por quien es parte originaria le adjudica al tercero citado el papel de *codemandado* —aun contra la voluntad del actor—, ya que la *relación jurídica común* o el *hecho causal común* habrá de ser juzgado por igual para ambos.

Por eso es que sostuve en el # 4.2.2 de este Capítulo que en el caso coexisten *dos* relaciones litigiosas (la originaria y la del actor —aunque no haya demandado— con el tercero colegitimado que asume el

papel de demandado voluntariamente a raíz de la provocación efectuada en el respectivo proceso).

De ahí también que la sentencia deba *incluir* en la absolución o en la condena al tercero citado al pleito cual si hubiera sido una parte originaria más: al fin y al cabo es su *propia relación jurídica* la que está siendo juzgada. Consecuencia material de esta afirmación es que el tercero colegitimado debe ser fehacientemente citado al proceso y seguirse a su respecto todos los pasos procedimentales que aseguren la vigencia de la idea de debido proceso (ver Capítulo 11).

Todos los casos enunciados en este número se conocen desde antaño con la denominación de *denuncia del litigio*, término que la doctrina ha hecho extensivo a otros supuestos que serán analizados en los números siguientes, y que, por responder a otras finalidades, deben ser llamados en forma diferente a efecto de evitar confusiones interpretativas.

Dentro de esta denominación encuadro también la llamada *citación por evicción* cuando es efectuada por el actor, como se verá en el # 5.3.2.2.

5.3.2. LA CITACIÓN POR EL DEMANDADO PARA LOGRAR QUE EL TERCERO ASUMA LA DEFENSA DEL CITANTE EN EL PLEITO PENDIENTE Y QUE EVENTUALMENTE SE HAGA CARGO EN FORMA PERSONAL E INMEDIATA DE LAS CONDENACIONES QUE CONTENGA LA SENTENCIA QUE ALLÍ SE EMITA

Este tipo de intervención procede cuando la parte *demandada* (nunca la actora) se halla en pleito en razón de un derecho que *ella misma ha causado* (en lo cual se diferencia del caso de afinidad mencionado en el número anterior) respecto del cual un tercero ajeno por completo a la relación material (conflicto) y a la procesal (litigio) debe responder en forma personal e inmediata, a consecuencia de lo cual tiene que asumir la defensa del demandado y, llegado el caso, hacerse cargo de las condenaciones contenidas en la sentencia.

Esto puede ocurrir en razón de que la parte que provoca la presencia del tercero (demandada-citante) tiene una propia relación legal o convencional con tal tercero que ostenta, con la litigiosa, un vínculo de *afinidad por dependencia directa*, mediante el cual dicho tercero ha tomado a su cargo una *obligación de garantía*.

Este fenómeno jurídico se conoce desde siempre con la denominación de *citación en garantía* (ver *supra*, # 5.2).

Como se ve, no se trata aquí de que exista la simple posibilidad de repetir de otro colegitimado (cual se vio en el número anterior) sino de algo más: el citante aspira a que el citado pague *hoy* (no mañana, como ocurre en la denuncia del litigio) y *en este mismo proceso* (no en otro que promoverá al efecto, como ocurre también en la denuncia del litigio).

Antes de continuar, véase un rápido paralelo entre los dos medios técnicos posibles de provocar la presencia del tercero:

Denuncia del litigio (por el demandado)	Citación en garantía
La parte citante <i>puede no ser</i> la causante del derecho litigioso.	La parte citante <i>siempre es</i> la causante del derecho litigioso.
El actor <i>puede demandar</i> al tercero y no lo demanda.	El actor <i>no puede demandar</i> al tercero por carecer de todo vínculo jurídico con él (a menos que medie un supuesto de legitimación específico, lo que hace variar el caso).
La parte citante siempre puede repetir del tercero <i>en pleito posterior y sólo allí</i> .	La parte citante siempre puede repetir del tercero, pero por el especial vínculo que lo une con él <i>evita el pleito posterior haciendo que el citado asuma la condena en su propio proceso</i> .

Adelantada la sinopsis de las diferencias que existen entre las dos figuras quiero recalcar ahora que:

- 1) la comparación se hace sólo desde la óptica del demandado, pues el actor *no puede citar en garantía*;
- 2) en la *denuncia del litigio*—lo itero una vez más—el demandado pretende vincular al tercero con el resultado de su pleito para, eventualmente, intentar mañana, y mediante otro *proceso*, repetir lo hoy y aquí pagado sin que ese tercero le pueda deducir ciertas defensas; en la *citación en garantía*, por lo contrario, la parte demandada pretende vincular al tercero para que pague *aquí y ahora, hoy y en este mismo proceso*.

De consiguiente, por virtud de las particulares características de la relación material (de garantía) que une a la parte originaria con el tercero, y utilizando al efecto el medio técnico denominado *citación en garantía*, el demandado (ahora *citante* pues desea ser *garantizado*) provoca la presencia del tercero (ahora *citado* en su calidad de *garantizador*) para que concurra al proceso pendiente y lo *sustituya* en su actuación procesal y para que, como consecuencia de operarse la sustitución, pueda el citante *extromitirse* del pleito.

Esta finalidad y tal resultado surgen con claridad meridiana de la norma contenida en los artículos 106¹¹ y 108¹² del Código Procesal italiano, que instrumentó legalmente la figura, tal como se puede leer en nota al pie.

De tal modo, y como lo sostuve antes al criticar las restricciones legislativas en cuanto al tema, cabe poner de resalto que al extender a la parte originaria extromitida los efectos de la sentencia dictada contra el sustituyente (que asumió personalmente el pleito) se evita todo riesgo de insolvencia posterior de éste y queda incólume el derecho del actor al mejorar su posibilidad de cobro en razón de que ha aumentado el número de sus deudores.

Sin embargo, las distintas normativas procesales de América no han contemplado, en general, este tipo de intervención, al menos con los alcances que he mencionado recién. Antes bien, algunos códigos la prohíben expresamente y disponen —ya se verá que erróneamente— que el citado debe comparecer siempre en calidad de *coadyuvante* o de *asistente* (una confusión más, al fin), nunca como *sustituyente*.

Pero la realidad jurídica se impone siempre al contenido equívoco o erróneo de una norma: en el terreno de los hechos se cumplen cabalmente los fines propios de esta figura. Repare el lector en que en

¹¹ Su texto dice: "Cada una de las partes puede llamar a un tercero, si considera que la litis le es común [caso de la denuncia del litigio] o pretende de él una garantía [caso de la *citación en garantía*]".

¹² Su texto dice: "Si el garantizador comparece y manifiesta que se hace cargo de la causa en lugar del garantizado, éste puede solicitar, siempre que las otras partes no se opongan, su exclusión del juicio. Dicha medida es dispuesta por el juez, pero la sentencia de fondo dictada en el juicio produce sus efectos también contra la parte que ha sido excluida".

materia de seguros de responsabilidad, por ejemplo, los aseguradores incluyen en las pólizas ciertas cláusulas por las cuales se reservan la dirección del proceso y la designación del defensor que actuará como mandatario del asegurado (notable forma de mandato ésta en la cual el mandatario recibe órdenes de un tercero, no del mandante): otra aplicación más del antiguo refrán: "hecha la ley, hecha la trampa..."

Resta aclarar algo todavía, el porqué de la autorización de las partes originarias para que pueda operarse la extromisión del sustituido. Piénsese, al efecto, en la pretensión de percibir una suma de dinero mayor que el monto de la cobertura del seguro y estará todo dicho.

Explicada hasta aquí la esencia de la figura, cabe advertir que mediante la citación se une la relación jurídica litigiosa entre actor y demandado con otra relación jurídica independiente que se da entre demandado y tercero, y que bien puede ocurrir que éste la desconozca o condicione. En otras palabras: la finalidad de lograr la sustitución puede no cumplirse en muchas ocasiones.

Por eso es que cabe ahora estudiar las posibles actitudes que puede adoptar el garantizador luego de haber sido citado en garantía por el demandado.

Tales actitudes son cuatro:

1) *sustitución*

El garantizador comparece al pleito para hacerse cargo de la defensa y asumir lisa y llanamente todas las responsabilidades del citante quien, a su turno, puede adoptar una de dos posibles actitudes:

1.1) *extromitirse del pleito pendiente*, perfeccionando la finalidad de la sustitución que pretendía efectivizar cuando provocó la presencia del tercero, pero siempre sabiendo que los efectos de la sentencia que se dicte en el proceso tramitado en su ausencia lo alcanzarán del mismo modo que si hubiera participado durante todo el curso procedimental;

1.2) *permanecer en el pleito pendiente*, no ya como parte originaria (calidad que pierde con la sustitución) sino como *coadyuvante* del sustituyente (la distinción es meramente académica pues son idénticos los efectos que derivan de una u otra calidad);

2) *asistencia*

En todo supuesto en el cual la respectiva ley procesal veda efectuar la sustitución (y, por ende, la extromisión del citante) —cual ocurre en la legislación argentina— el tercero que viene al pleito por provocación de la demandada no tiene otra alternativa que adoptar la actitud de *asistente* (ver el # 4.2.3) (en el lenguaje habitual de las leyes se trata de la *intervención adhesiva simple*). Como es obvio, tanto este caso como el anterior sólo pueden ocurrir si el tercero acepta su calidad de garantizador. De ahí que, al tener la posibilidad de negar que ostente tal carácter, deba presentarse la siguiente opción:

3) *oposición*

Ocurre cuando el tercero citado en garantía por el demandado comparece al proceso y *niega* (*declina*) su calidad de garantizador. Cuando esto acaece, habida cuenta de la finalidad única de la citación (lograr que el garantizador se haga cargo *aquí y ahora* de la responsabilidad pretendida por el actor), la relación de oposición se presenta sólo entre *citante y citado*, entre quienes se dará un *nuevo litigio* que habrá de ser procesado en el *mismo procedimiento*, atendiendo a que toda citación en garantía implica esencialmente la *proposición de una demanda implícita por parte del citante contra el citado*.

De tal modo, quedan formados dos procesos lineales en el mismo procedimiento: el del actor contra el demandado-citante y el de éste contra el citado-tercero garantizador. Y ello es y debe ser así por cuanto si en su propia relación litigiosa el citante confirma la existencia de la garantía negada por el garantizador y la consecuente obligación de éste, el juez —uniendo los extremos de las dos relaciones *afines*— podrá condenar al garantizador (obviamente que *junto con el garantizado*) a pagar su acreencia al actor.

Con ello se gana muchísimo en economía y en celeridad y se da un tratamiento procesal adecuado a las relaciones jurídicas que deben desenvolverse en un marco de total buena fe.

De lo expuesto surge el carácter de *verdadera parte procesal* —y principal— del tercero que compareció al proceso, por lo que resulta obvio afirmar que en caso de incomparecencia habrá que respetar todo el

rito procedimental que cabe seguir contra el demandado para que no sea conculcado su derecho de defensa en juicio;

4) *abstención*

Significa que el tercero cuya citación provocó el demandado se desentiende por completo de su obligación y no concurre al pleito en el cual se practicó la citación.

En tal supuesto, y por las razones apuntadas en el caso precedente, el juez debe actuar como allí se explicó a los efectos de que cumplidos en ausencia los actos procedimentales que correspondan según un código dado la sentencia que eventualmente se dicte contra el demandado pueda vincular al tercero renuente.

Como se comprende, la citación no ha cumplido en este caso su finalidad única y, por ende, no habrá sustitución (ni asistencia, cual ocurre en los casos regulados por leyes que no admiten la extromisión) pero siempre existirá para el citante la posibilidad de repetir del citado lo pagado con motivo de la sentencia sin que éste pueda deducir la excepción de negligente o indebida defensa.

5.3.2.1. EL CASO ESPECIAL DE LA FIGURA DENOMINADA CITACIÓN EN GARANTÍA POR LA LEY ARGENTINA EN MATERIA DE SEGUROS (Nº 17.418)

Aunque el tema es esencialmente ajeno al que vengo desarrollando en este Capítulo, debo mencionarlo para aventar dudas respecto de la confusa figura que, utilizando la denominación de otra, ha creado el legislador argentino.

Establece el artículo 118 de la ley 17.418 que “...*El damnificado puede citar en garantía al asegurador hasta que se reciba la causa a prueba [...] La sentencia que se dicte hará cosa juzgada respecto del asegurador y será ejecutable contra él en la medida del seguro. En este juicio o en la ejecución de la sentencia el asegurador no podrá oponer las defensas nacidas después del siniestro. También el asegurado puede citar en garantía al asegurador en el mismo plazo y con idénticos efectos*”.

Dos instituciones claramente distintas coexisten en la norma recién mencionada: la *citación en garantía por el demandado* (la cual encuadra

acabadamente en la descripción hecha en el número precedente) y la "citación en garantía" por el actor, que nada tiene que ver con aquélla.

La doctrina ha intentado definir tan anómala figura jurídica (recuérdese que, según se ha dicho, la *citación en garantía* es un fenómeno que sólo puede provocar el demandado) con las explicaciones más dispares y, algunas, verdaderamente extravagantes: así, se ha dicho que es una citación en garantía igual a la del medio técnico procesal ya explicado, que es un supuesto de intervención forzosa por litisconsorcio necesario (?), ídem por ser un litisconsorcio impropio (!), que es una simple citación para actuar como coadyuvante autónomo, que es una acción directa autónoma y, finalmente, que es una acción directa no autónoma.

Como son diferentes las soluciones procesales a dar en cada uno de los casos concretos que originan tan disímiles explicaciones, se puede comprender la razón de la existencia de un caos interpretativo doctrinal que, por la influencia que siempre tienen los autores de nota sobre la formación de la jurisprudencia, hace que ésta no sea uniforme.

La consecuencia natural de ello es innegable: la anarquía jurisprudencial ha generado un profundo desconcierto en los abogados y en los justiciables en general, pues no conocen —y, lo que es peor, no pueden conocer— los pasos procedimentales que deben recorrer con exactitud para obtener la satisfacción de un derecho litigioso.

No es del caso hacer en esta obra un desarrollo minucioso que por su extensión excedería el propio marco de cada una de tales explicaciones y las razones que demuestran la incorrección técnica de los argumentos que las sustentan.

Pero a fin de que no queden confusiones en el lector, cabe sólo decir que la figura de que se trata constituye una verdadera acción (pretensión) a la cual se la califica indebidamente con la palabra *directa* (que procesalmente nada dice por sí misma), que debe ser entendida como la contrapartida de la acción *subrogatoria*. De tal modo, se trata simplemente de una *legitimación extraordinaria* que el legislador ha puesto en cabeza de la víctima y del asegurador de su victimario para que aquélla pueda demandar a éste sin pasar previamente por una demanda contra el causante del daño (asegurado).

También excede el marco de esta obra la tarea de explicar cuáles fueron

las razones políticas y económicas que exigieron tal solución del legislador, cosa que he hecho ya en otros trabajos¹³.

5.3.2.2. EL CASO ESPECIAL DE LA LLAMADA CITACIÓN DE EVICCIÓN

La *garantía de evicción* encuadra acabadamente en la finalidad que vengo analizando y que procesalmente se conoce con la denominación genérica de *citación en garantía* (cuando la hace el demandado, no el actor).

Sin embargo, las soluciones procedimentales de los distintos códigos procesales (especialmente el de la Nación Argentina) respecto de esta institución legislada sistemáticamente en todos los códigos civiles, generalmente, no guardan congruencia lógica con el sistema ni con lo explicado recién. Se trata, simplemente, de una nueva confusión generada por las dificultades doctrinales del tema y cuya erradicación llevará aún mucho tiempo y esfuerzo autoral.

Tomando como base de esta crítica el sistema argentino —que servirá también para el de otros países— el problema arranca desde la propia ley de fondo, en razón de que el codificador ha normado como equivalentes a ciertas situaciones que son claramente incompatibles, lo cual constituye un evidente error conceptual que, si bien pudo admitirse a mediados del siglo pasado, hoy no se puede aceptar.

A primera y simple vista, parecería que la evicción sólo puede ser impetrada por el demandado.

El caso es bien común: Juan adquiere de Pedro un inmueble a título oneroso, que luego intenta reivindicar Diego (como es obvio, Juan debe citar a Pedro para que concurra al pleito pendiente a fin de no perder la garantía).

Aunque la citación está impuesta por la propia ley civil, resulta claro que encuadra dentro del concepto de *provocada* y no en el de *necesaria*, toda vez que la relación en debate no es *inescindible* y que resulta perfectamente admisible que el demandado originario no cite a su deudor de evicción. Tanto es así que si ello ocurre, la sentencia que dirima la

¹³ Ver de PALACIO, Lino Enrique y ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1989, t. III, ps. 453 y ss.

relación litigiosa originaria se puede emitir y devenir plenamente útil para la heterocomposición de las partes. Quien se habrá perjudicado es el demandado, que perderá la garantía por falta de evicción. Pero nada más.

Efectuada la citación, son variadas las soluciones procesales que ya tildé de incongruentes. Para mejor comprender el tema, debe tenerse presente que según lo dispuesto en el artículo 2108 del Código Civil argentino "El enajenante, debe salir a la defensa del adquirente, citado por éste en el término que designe la ley de procedimientos, en el caso que un tercero le demandase la propiedad o posesión de la cosa, el ejercicio de una servidumbre o cualquier otro derecho comprendido en la adquisición, o lo turbase en el uso de la propiedad, goce o posesión de la cosa".

En razón de que "La obligación que resulta de la evicción cesa si el vencido en juicio no hubiese hecho citar de saneamiento al enajenante, o si hubiere hecho la citación, pasado el tiempo señalado por la ley de procedimientos" (art. 2110 del Cód. Civ.) cabe insistir en que la provocación no es voluntaria para el citante sino que le está impuesta por la ley so pena de perder la garantía.

Parece razonable sostener que cuando la citación la efectúa el demandado la solución procesal debe pasar por una actitud de *sustitución* por parte del tercero, con lo cual debe operar de la misma forma que la *citación en garantía*.

Sin embargo, la ley procesal nacional argentina (art. 109) prevé sólo la posibilidad de que ejerza una intervención *coadyuvante* (en rigor, y para guardar la coherencia del sistema, tendría que ser *asistente*) con el objeto de controlar las defensas esgrimidas por el citante, a quien, de tal modo, no podrá oponer la excepción de negligente defensa en el posterior pleito que habrá de ser deducido para hacer efectiva su responsabilidad.

Conforme llevo dicho anteriormente, la mera *citación* del tercero será suficiente para vincularlo a los efectos de la sentencia que se emita en el proceso originario, de donde resulta que su incomparecencia —claro incumplimiento de una carga procesal— no puede mejorar su derecho en el pleito que eventualmente se propondrá en su contra. Sin embargo

y no obstante lo dispuesto en el artículo 2110 del Código Civil, el artículo 2112 establece que "La obligación por la evicción cesa también si el adquirente, *continuando* en la defensa del pleito, dejó de oponer por dolo o negligencia las defensas convenientes, o si no apeló de la sentencia de primera instancia, o no prosiguió la apelación..."

Como se ve con facilidad, la norma es la antítesis de la contenida en el artículo 2110, pues si la citación deviene por mandato legal so pena de perder la garantía y su único fundamento es el de evitar, en el juicio que en el futuro se incoará contra el enajenante, la excepción de negligente defensa no alcanza a comprenderse cómo es posible que opere el artículo 2112, pues su texto supone que el enajenante fue citado y no concurrió al proceso pendiente. De donde cabe colegir que la sola ausencia del tercero luego de ser debidamente citado lo vincula al resultado del pleito en el cual, pudiendo controlar las defensas del citante, no lo hizo por su propia voluntad.

Dije antes que, a primera vista, la evicción sólo juega para el demandado. Sin embargo, todos los códigos procesales legislan desde antaño la posibilidad de que *también pueda citar el actor*.

Véanse algunos casos: supóngase que Juan adquiere de Pedro un inmueble a título oneroso y obtiene su posesión: al tiempo de ocuparlo, encuentra que está habitado por Diego, quien alega un mejor derecho. Considerándolo intruso a Diego, Juan incoa un juicio por desalojo en el que, obviamente, se discutirá la calidad en la cual aquél ocupa el inmueble. En razón de que la turbación es de *derecho*, Juan debe citar de evicción a su enajenante, Pedro, pues si su demanda finalmente se rechaza, procederá contra él una pretensión de resarcimiento. Adviértase finalmente que si la demanda es estimada, Pedro no responderá por la turbación de *hecho* (art. 2091, segunda parte, del Cód. Civ.)¹⁴.

¹⁴ Su texto dice: "Habrá evicción, en virtud de sentencia y por causa anterior o contemporánea a la adquisición, si el adquirente por título oneroso fue privado en todo, o en parte del derecho que adquirió, o sufriese una turbación de derecho en la propiedad, goce o posesión de la cosa. Pero no habrá lugar a garantía, ni en razón de las turbaciones de hecho, ni aun en razón de las turbaciones de derecho, procedentes de la ley, o establecidas de una manera aparente, por el hecho del hombre, o de pretensiones formadas en virtud de un derecho real o personal de goce, cuya existencia era conocida al tiempo de la enajenación".

Otro ejemplo: Juan compra un inmueble a Pedro, y alegando la existencia de una servidumbre (que no es legal ni aparente, Cód. Civ., art. 2091, segunda parte) Diego la ejerce pasando por el inmueble adquirido. En el caso, Juan debe promover contra Diego una *acción negatoria* (art. 2800 del Cód. Civ.)¹⁵ con el objeto de que cese en su turbación, que le impide la libertad del pleno ejercicio de su derecho real. Si se acoge la demanda parece claro que Juan no tendrá ningún derecho a reclamar de Pedro (Cód. Civ., art. 2117)¹⁶. Pero si se rechaza por reconocerse la existencia de la servidumbre de paso, el enajenante deberá resarcir al comprador los daños y perjuicios sufridos si se dan, por cierto, los demás requisitos para tornar admisible la responsabilidad por evicción.

Va de suyo que en estas hipótesis no puede darse la actitud sustituyente. Antes bien, la citación se efectúa en los términos explicados en el # 5.3.1.2 al sólo efecto de que el tercero no pueda oponer la excepción de negligente defensa.

Por tanto, la *citación de evicción* por el actor constituye sólo uno de los supuestos posibles de *denuncia del litigio* (y no de *citación en garantía*).

Una explicación final: ya sabe el lector que en esta obra no he mencionado una concreta normativa a fin de poder mostrar el puro fenómeno jurídico descarnado de los ribetes legales que lo adornan y que siempre son contingentes. Sin embargo, en este número he debido apartarme de tal tónica al hacer mención puntual de diversas normas civiles y procesales. Pero no he podido hacer otra cosa para demostrar el desajuste que existe entre las doctrinas civilistas y procesalistas y entre las respectivas legislaciones acerca de una y otra materia.

5.3.3. LA CITACIÓN POR EL DEMANDADO PARA LOGRAR QUE UN TERCERO LO SUSTITUYA EN EL PLEITO PENDIENTE POR SER EL ÚNICO Y VERDADERO LEGITIMADO PARA ASUMIR EL PAPEL DE DEMANDADO

Este tipo de intervención provocada procede en todo supuesto de de-

¹⁵ Su texto dice: "La acción negatoria es la que compete a los poseedores de inmuebles contra los que les impidiesen la libertad del ejercicio de los derechos reales, a fin de que esa libertad sea restablecida".

¹⁶ Su texto dice: "Cuando el adquirente venciere en la demanda de que pudiera resultar una evicción, no tendrá ningún derecho contra el enajenante, ni aun para cobrar los gastos que hubiere hecho".

manda fundada en derecho real que es dirigida contra el *tenedor* de una cosa ajena (arrendatario, comodatario, depositario, etcétera) en lugar de ser entablada contra el *propietario* o el *poseedor* de ésta, quienes son los verdaderos *legitimados* para asumir el papel de parte procesal. El caso se conoce doctrinalmente con la denominación de *nominatio o laudatio auctoris*.

La solución que emerge del propio sistema procesal para lograr que el actor encauce adecuadamente su demanda es la *excepción de falta de legitimación manifiesta para ser demandado*, que explicaré en el Capítulo 21.

Pero la admisibilidad de tal excepción es relativamente moderna. De ahí que las codificaciones civiles hayan previsto esta hipótesis en sus respectivos cuerpos legales al establecer que, cuando ello ocurre, el demandado originario debe citar al propietario o poseedor para que concurra al pleito pendiente a asumir su carácter, produciéndose con ello —y por sus efectos— una plena *sustitución* con la consiguiente *extromisión* del citante.

Ejemplos de este tipo de citación pueden ser extraídos del Código Civil argentino en su artículo 2782¹⁷; y del artículo 1530¹⁸; y del artículo 2464¹⁹; y del artículo 2880²⁰, etcétera.

Atendiendo a que este tipo de citación tiende a lograr que el proceso se desarrolle normalmente con los verdaderos legitimados para actuar en él, elementales razones de economía y celeridad aconsejan que deba ser admitido judicialmente aun en defecto de norma procesal que ello indique.

¹⁷ Su texto dice: "La reivindicación puede dirigirse contra el que posee a nombre de otro. Éste no está obligado a responder a la acción, si declara el nombre y la residencia de la persona a cuyo nombre la tiene. Desde que así lo haga, la acción debe dirigirse contra el verdadero poseedor de la cosa".

¹⁸ Su texto dice: "El locatario está obligado a poner en conocimiento del locador [...] toda acción que se dirija sobre la propiedad, uso o goce de la cosa..."

¹⁹ Su texto dice: [El simple tenedor de la cosa] "Debe nombrar al poseedor a cuyo nombre posee, si fuere demandado por un tercero por razón de la cosa..."

²⁰ Su texto dice: "De cualquier modo que se perturben por un tercero los derechos del propietario, el usufructuario está obligado a ponerlo en conocimiento de éste..."

5.3.4. LA CITACIÓN POR EL ACTOR O POR EL DEMANDADO PARA LOGRAR LA DEDUCCIÓN DE LA DEMANDA QUE EVENTUALMENTE TEME EL CITANTE DEL TERCERO CITADO

Este tipo de citación provocada procede cuando alguna de las partes originarias teme la demanda eventual de un tercero que afirma o a quien se ha atribuido la titularidad del derecho litigioso, para evitar lo cual provoca su presencia en el proceso pendiente a fin de que allí haga valer su pretensión.

Cuando esto ocurre, el citado puede asumir dos actitudes básicas:

1) *comparecer* al pleito y, allí,

1.1) *ejercer su propia pretensión* contra quien corresponda, presentándose así un tipo de intervención excluyente (ver el # 4.2.1);

1.2) *afirmar que nada pretende*, con lo cual queda desde ahora mismo elucidada la situación y erradicada la posibilidad temida por el citante;

2) *abstenerse de comparecer*, en cuyo caso la simple demostración fehaciente de la citación permitirá que el citante le oponga los efectos de la sentencia que se dicte en el proceso pendiente cuando el tercero llegue a deducir la demanda temida por el citante.

La doctrina denomina a este tipo de provocación como *citación del tercero pretendiente*, que puede ser efectuada:

1) *por el demandado*:

Supóngase que Juan reclama un crédito a Pedro, quien cree fundadamente que fue cedido por el mismo Juan a Diego; como puede temer razonablemente una demanda de éste acerca del mismo crédito y desconoce quién es el verdadero acreedor en la realidad lo cita al pleito pendiente para que allí se elucide quién debe percibir la acreencia.

La hipótesis genera dos situaciones distintas:

a) si el deudor Pedro resiste la pretensión contra Juan, también lo hará contra Diego, de donde resulta que éste habrá de intervenir en el pleito como un tercero *excluyente*, con las facultades ya vistas en el # 4.2.1 de este Capítulo;

b) si el deudor Pedro acepta su carácter de tal pero ignora de quién lo es, citará a Diego y dará en pago lo reclamado a las resultas del pleito. Con

ello logrará extrometirse del litigio, en el cual permanecerán Juan y Diego discutiendo acerca del carácter de acreedor que ambos afirman;

2) *por el actor*:

Supóngase que Juan pretende pagar por consignación una deuda cuyo acreedor es Pedro, pero cuyo derecho a percibir resulta dudoso, pues Diego concurrió a exigirlo de Juan (ver el caso en los arts. 757, inc. 4^o²¹, y 2211²² del Cód. Civ. argentino).

En este supuesto, Juan demandará a Pedro y citará a Diego para que haga valer su pretensión (contra Pedro) en el pleito pendiente. Las implicaciones del caso son similares a las vistas precedentemente.

Con esto termino la explicación del fenómeno de la intervención provocada. Comprenderá ahora el lector por qué no pude desarrollarlo íntegramente en el # 4.1.2.

6. LA INTERVENCIÓN NECESARIA

Este tipo de intervención tiene lugar:

1) en todo supuesto de hallarse en litigio una relación jurídica *inescindible*, tal como lo expliqué en el # 8.2.2 del Capítulo 15 y en el # 4.1.3 de este Capítulo;

2) la doctrina generalizada afirma que también tiene lugar respecto de una relación litigiosa *escindible* cuando así lo dispone la ley en cada caso.

Pero ya se ha visto que la *necesidad* de la citación se refiere a una simple *provocación* que debe hacerse para no perder un derecho o habilitar una pretensión regresiva. De consiguiente, este caso no debe ser visto como uno típico y propio de la intervención necesaria.

²¹ Ver su texto en nota 3.

²² La norma dice: "El depositario debe hacer la restitución al depositante, o al individuo indicado para recibir el depósito, o a sus herederos. Si el depósito ha sido hecho a nombre de un tercero, debe ser restituido a éste o a sus herederos. Si hubiese muerto el depositante o el que tiene derecho a recibir el depósito, debe restituirse a sus herederos si todos estuviesen conformes en recibirlo. Si los herederos no se acordasen en recibir el depósito, el depositario debe ponerlo a la orden del juez de la sucesión. Lo mismo debe observarse, cuando fueren dos o más los depositantes, y no se acordasen en recibir el depósito".

En este Capítulo me he concretado a presentar el complejo problema jurídico que siempre ostenta el tema relativo a la intervención de terceros, adoptando algunas posiciones y criticando otras y ciertos regímenes legales.

Como siempre –y aquí más que respecto de otros temas– el lector deberá leer detenidamente el código procesal que le interese para poder conocer cómo opera el instituto en la normativa vigente, algunas de cuyas graves lagunas ya podrá llenar después de comprender en qué consiste el fenómeno y cuáles son sus implicaciones probables.

7. TERCERÍAS

Ver el tema en el # 2.15. del Capítulo 19.

CAPÍTULO 19

LOS TERCEROS NO INTERESADOS QUE NO SE CONVIERTEN EN PARTES PROCESALES

SUMARIO:

1. Concepto y la razón de ser de la explicación.
2. Terceros que, interviniendo en el proceso, no se convierten en partes
 - 2.1. Testigo
 - 2.2. Intérprete y traductor
 - 2.3. Perito
 - 2.4. Tasador
 - 2.5. Delegado técnico o *perito de parte*
 - 2.6. Depositario judicial
 - 2.7. Secuestre
 - 2.8. Subastador o martillero
 - 2.9. Notario o escribano público
 - 2.10. Diligenciador
 - 2.11. Oficina de Correos
 - 2.12. Tenedor de un documento que interesa a las partes
 - 2.13. Fiador judicial
 - 2.14. Corporaciones profesionales
 - 2.15. Terceristas
 - 2.16. Interventor judicial
 - 2.17. Beneficiarios de la tributación fiscal

1. EL CONCEPTO Y LA RAZÓN DE SER DE LA EXPLICACIÓN

Ya ha visto el lector en los Capítulos 15, 16 y 17 quiénes son los sujetos *necesarios* del proceso y supongo que aprendió a distinguir entre el *juzgador* (y todos sus auxiliares) y las *partes procesales* (actor, demandado y demandado por el reconviniente). También ha visto en el Capítulo 18 que hay sujetos *eventuales* del proceso (pueden intervenir o no), entre los cuales se hallan quienes tienen algún interés en el resul-

tado final del litigio (porque de alguna manera están vinculados al conflicto): éstos son los terceros que *pueden convertirse en partes procesales* y que, a partir de allí, pierden la calidad de *terceros* para designarse finalmente como *partes procesales sucesivas*.

Resta ahora mostrar la lista de personas que pueden intervenir en un proceso en distintas calidades y que no logran acceder jamás a la categoría de *parte procesal* del litigio, respecto del cual siempre son *terceros* (se supone que, como tales, son indiferentes e independientes).

Sin ánimo de ser exhaustivo (no recuerdo ahora si alguna legislación en concreto puede presentar alguno más de los que seguidamente enunciaré), tales terceros son: el *testigo*, el *intérprete* y el *traductor*, el *perito* y el *tasador*, el *delegado técnico*, el *secuestre*, el *depositario judicial*, el *subastador*, el *notario*, el *diligenciador*, la *oficina de correos*, el *tenedor de un documento* que interesa a las partes, el *fiador judicial*, las *corporaciones profesionales*, los *terceristas*, los *interventores judiciales*, los *beneficiarios de la tributación fiscal*, etcétera. Por supuesto, esta nómina se suma a la de abogados, procuradores, representantes legales y convencionales y gestores procesales que ya especifiqué en el Capítulo 18.

Todos ellos tienen distintas intervenciones que pueden llegar a alterar el estado o el resultado del litigio o devienen necesarios para cumplir tareas ajenas al oficio judicial; aún más, pueden exigir eventualmente una retribución o una compensación a alguna de las partes, a raíz de lo cual es posible que se formalice un nuevo y propio proceso conexo al principal donde se cumplió la actuación.

Tal es la razón por la cual desarrollaré este Capítulo, cuyo contenido no se encuentra habitualmente en los demás libros de la asignatura. Antes bien, cada una de las figuras recién mencionadas (nunca las he visto explicadas a todas juntas) es presentada al estudiar la prueba, la ejecución de la sentencia, la subasta, etcétera, por cuya razón el lector carece de la cosmovisión del tema que pretendo tenga en esta obra.

2. LOS TERCEROS QUE, INTERVINIENDO EN EL PROCESO, NO SE CONVIERTEN EN PARTES DEL LITIGIO

Son los testigos, intérpretes, traductores, peritos, tasadores, delegados técnicos o *peritos de parte*, depositarios judiciales, secuestres, subas-

tadores o martilleros, notarios o escribanos públicos, diligenciadores judiciales, oficinas de Correos, tenedores de documentos que interesan a las partes, fiadores judiciales, corporaciones profesionales, terceristas, interventores judiciales y beneficiarios de la tributación fiscal.

Me referiré a cada uno de ellos.

2.1. EL TESTIGO

Es *testigo* la persona física que ostenta la calidad de *tercero* (no parte) en un proceso dado y que, por haber percibido por medio de alguno de sus sentidos (vista, olfato, oído, tacto, gusto) un hecho que es materia del litigio, puede ser llamado por alguna de las partes o por el juez para declarar en el proceso con el objeto de confirmar una afirmación de parte negada por la otra.

Por supuesto, la regulación procedimental de todo lo atinente al testigo y a su testimonio es contingente y, como tal, cambiante en las distintas legislaciones. Sin perjuicio de que el lector ocurra a una concreta normativa que pueda interesarle, señalaré aquí las generalidades del tema en orden a un gran número de leyes que lo desarrollan de manera similar respecto de los requisitos para ser testigo, de sus deberes y de su retribución.

2.1.1) Los requisitos para ser testigo

a) es habitual que se exija una edad mínima que la mayoría de las leyes establece en *catorce años*. Sin embargo, menores de esa edad pueden ser interrogados por el juez, aunque sin sufrir los apercibimientos que luego se verán y que alcanzan a todos los demás que prestan testimonio (esto ocurre generalmente en litigios del derecho de familia y, sobremanera, en los que se discute la tenencia de esos mismos menores);

b) se requiere también que el testigo no sea cónyuge, pariente o afín (en determinados grados que varían en cada ley) respecto de alguna de las partes del litigio, a menos que haya sido agente o testigo instrumental de un acto jurídico y la declaración deba versar sobre éste o que verse sobre el nacimiento, matrimonio, divorcio o defunción de personas de su familia.

2.1.2) *Los deberes del testigo*

Salvo el supuesto de menor de catorce años, para quien el juez actuante arbitrará la forma, lugar y tiempo de su interrogación, todo testigo está sujeto a tres deberes distintos que conviene diferenciar adecuadamente en orden a la sanción que el incumplimiento de cada uno de ellos puede ocasionar.

El primer deber es el de *comparecer* en el tiempo fijado al efecto ante los estrados del juez que lo convocó en tal carácter. De no hacerlo así, sin causa justificada, puede ser conducido por la fuerza pública y, además, sometido a denuncia penal por la comisión de delito de acción pública (en Argentina, Cód. Pen., art. 243)¹.

Están exentos de este deber ciertos funcionarios públicos que en cada caso detallan las leyes en particular y los ancianos o enfermos que no pueden desplazarse. Aquéllos declaran mediante un *informe* escrito, y los segundos son interrogados en su propio domicilio por el juez actuante.

El segundo deber es el de *declarar* o *prestar testimonio*, no pudiendo el testigo guardar silencio ante la interrogación respectiva a menos que:

- a) se trate de sacerdotes, médicos, parteras, abogados, etcétera, a quienes protege el *secreto profesional* respecto de todo lo que se les comunicó confidencialmente en el ejercicio de su ministerio o profesión;
- b) la respuesta que se le exige pueda comprometer su honor o exponerlo a enjuiciamiento penal, y
- c) no pueda responder sin revelar un secreto científico, artístico o industrial.

Si el testigo no cumple con este deber, puede ser sometido a arresto hasta tanto declare o, en algunos casos, sometido a enjuiciamiento penal.

El tercer deber es el de *decir la verdad acerca de lo que se le interroga*. En caso de no hacerlo así, el mentiroso es procesable por el delito de falso testimonio².

¹ Código Penal, art. 243: "Será reprimido con prisión de quince días a un mes el que, siendo legalmente citado como testigo, perito o intérprete, se abstuviere de comparecer o de prestar la declaración o exposición respectiva. En el caso del perito o intérprete, se impondrá además al reo, inhabilitación especial de un mes a un año".

² Código Penal, art. 275: "Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años el

2.1.3) *Retribución del testigo*

Como el testigo cumple una carga pública inherente a la vida en sociedad, parece obvio destacar que no puede aspirar a retribución alguna por prestar su testimonio. Sin embargo, es habitual que las leyes permitan que reclamen una indemnización por el tiempo insumido (máxime si es asalariado por jornal) o una suerte de viático que cubra los gastos que hubo de afrontar para concurrir al tribunal (piénsese en testigo que reside fuera de lugar del juicio).

Todo lo relativo al testimonio, su técnica, oportunidad, formas y eficacia confirmatoria de la declaración, será explicado en el Capítulo 22. Como esta remisión vale también para todos los demás sujetos que seguidamente enunciaré, me abstendré de reiterar la aclaración en el resto de este Capítulo.

2.2. EL INTÉRPRETE Y EL TRADUCTOR

Pocas cosas son tan difíciles y complejas como el litigar expresándose en una lengua distinta a la materna (precisamente ésa es una de las ventajas del arbitraje internacional: la libre elección del idioma a usar en el proceso).

De ahí que cuando quien debe declarar en juicio —parte, testigo o informante— no habla el idioma castellano, las leyes le posibilitan y brindan la ayuda de un *traductor* para que traduzca de una lengua a otra y, en su caso, de un *intérprete* que explique o aclare el sentido de alguna expresión no hablada³.

Del mismo modo, cuando se presenta en juicio un documento que se halla redactado en idioma extranjero, es menester que se encuentre traducido por un *traductor* reconocido como tal.

testigo, perito o intérprete que afirmare una falsedad o negare o callare la verdad, en todo o en parte, en su deposición, informe, traducción o interpretación hecha ante la autoridad competente. Si el falso testimonio se cometiere en una causa criminal, en perjuicio del inculcado, la pena será de uno a diez años de reclusión o prisión. En todos los casos se impondrá al reo, además, inhabilitación absoluta por el doble tiempo del de la condena".

³ El traductor parte de una lengua y traslada a otra lo escrito o hablado en ella. El intérprete hace lo mismo pero con mímica: por ejemplo, le explica gestualmente a un sordo lo que oye hablado por otro.

Por supuesto, el intérprete y el traductor se convierten de hecho en *testigos* que deben desempeñar sus cometidos sujetos a los mismos deberes genéricos ya vistos en el número anterior.

Pero contrariamente a lo explicado respecto de los testigos, tanto el intérprete como el traductor tienen derecho a percibir una retribución por su trabajo que, en defecto de pacto con la parte interesada, establecerá en cada oportunidad el juez teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

2.3. EL PERITO

En general, denomínase *perito* a la persona que conoce y tiene experiencia o habilidad o práctica en alguna ciencia o arte. En este sentido, puede o no exhibir un título oficial (no siempre es necesario ello ni todas las leyes lo exigen para que pueda emitirse un dictamen pericial).

En el lenguaje procesal, es *perito* quien es llamado al pleito para que emita una *opinión* o *parecer* o *dictamen* acerca de algún punto litigioso, a fin de confirmar una afirmación de alguna de las partes procesales, con el objeto de ayudar al juez (no técnico en todas las ciencias y artes) a comprender mejor el tema de la discusión (recuérdese que, en materia arbitratoria, por ejemplo, es corriente que el arbitrador sea un especialista en el tema que se discute, a quien ayuda un letrado para que guarde las formas adecuadas al caso. Repárese también en que los sistemas procesales continentales operan al revés: otorgan la tarea de arbitrar a un jurista a quien apoya un técnico en la respectiva materia).

Por supuesto, al aceptar el cargo, el perito presta juramento de desempeñarlo lealmente y debe someter su tarea a una serie de requisitos que, por su extensión y carácter contingente, no será materia de esta obra. Sin embargo, el lector encontrará en el Capítulo 22 todo lo relativo al valor y eficiencia de la pericia.

El perito que cumple idóneamente con su cometido tiene derecho a una retribución que, en la mayoría de los casos, es fijada por el juez teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

2.4. EL TASADOR

El *tasador* es un perito en la tarea de evaluar cosas a efectos de fijar el precio que tienen en ciertas circunstancias.

La actividad que cumple tiene importancia jurídica en numerosos casos y, especialmente, en el derecho sucesorio, donde quien actúa como tal también lo hace en carácter de inventariador de los bienes relictos.

Por ser esencialmente un perito, se aplican al tasador las observaciones antes efectuadas.

2.5. EL DELEGADO TÉCNICO O PERITO DE PARTE

Algunas leyes procedimentales acuerdan la posibilidad de que cada una de las partes en litigio pueda designar a un *delegado técnico* o *perito de su parte* para que controle las tareas realizadas por el perito judicial antes de redactar el dictamen que presentará al juez.

El sentido de la figura es asegurar un adecuado derecho de defensa a la parte mediante un control que ella no puede ejercer personalmente por carecer de los conocimientos necesarios al efecto.

Por supuesto, su tarea merece una retribución que será afrontada siempre por la parte que lo designó y cuyo importe no podrá repetir del condenado en costas. Ya se comprenderá el tema cuando se llegue al Capítulo 27.

2.6. EL DEPOSITARIO JUDICIAL

En general, es *depositario* la persona que recibe de otro (llamado *depositante*) una cosa en calidad de *depósito*⁴, obligándose civilmente y bajo sanción penal a conservarla, a abstenerse de usarla y a devolverla cuando sea requerida al efecto.

Es *depositario judicial* la persona (puede ser el mismo interesado o, más corrientemente, un tercero) a quien se entrega la tenencia de una cosa mueble embargada o de una cosa inmueble cuya posesión se quitó al poseedor, como consecuencia de una medida cautelar (ver Capítulo 31) o de la necesidad de subastar la cosas.

⁴ Mediante el contrato de *depósito*, una persona llamada depositario recibe de otra (depositante) una cosa con la obligación de conservarla y restituirla oportunamente en las mismas condiciones en las cuales la recibió.

Para la formalidad de la constitución del carácter de depositario, éste debe aceptar el cargo bajo juramento de desempeñarlo lealmente.

Siendo una tarea que no constituye carga pública, el depositario (cuando es un tercero) tiene derecho a una retribución que fijará el juez conforme a las circunstancias del caso.

2.7. EL SECUESTRE

Denomínase *secuestre* en algunas legislaciones (v. gr.: en la colombiana) a la persona física que cumple funciones de custodio o depositario de bienes embargados y, también, de interventor administrador cuando el embargo se efectúa en establecimientos industriales o comerciales. Presta fianza para el desempeño de su función y tiene derecho a retribución en orden a las tareas realizadas.

2.8. EL SUBASTADOR O MARTILLERO

Se entiende por *remate* la venta pública de bienes mediante el sistema de puja de ofertas entre los concurrentes al acto convocado al efecto, con la implícita condición de aceptarse como precio de venta el señalado por la mayor oferta. Se acepta desde antiguo que cuando el remate se efectúa bajo la autoridad de un magistrado recibe la denominación de *subasta* (designación que en la jerga tribunalicia es sinónimo de *remate*). De ahí que el *subastador* (o el *martillero* o el *rematador*) sea la persona física que procede a regular las ofertas que emiten los asistentes al acto y a aceptar la oferta final.

En todos los ordenamientos procedimentales, el subastador es importante figura: mediante su labor se procede materialmente a ejecutar la sentencia que ordena vender bienes del deudor para satisfacer el derecho del acreedor.

Aunque el simple rematador es un típico auxiliar de comercio y, como tal, sujeto a la ley respectiva, cuando actúa en el proceso lo hace por mandato de un juez, de quien se convierte en su auxiliar para el caso, sujeto como tal a un cúmulo de deberes fijados por la ley procesal y que debe cumplir inexorablemente bajo posibilidad de ser sancionado por la autoridad que lo designó.

Por supuesto, el subastador ejerce una actividad que debe ser remunerada por los interesados. Su estipendio recibe el nombre universal de *comisión*⁵ que la propia ley fija en orden al tipo de bienes a subastar. Cuando la subasta fracasa, tal remuneración se conoce como *falsa comisión* que regula el juez actuante en orden a la importancia de los bienes en juego.

2.9. EL NOTARIO

Denomínase *notario* o *escribano* al funcionario público a quien la ley otorga la competencia específica de dar fe de los actos que pasan ante él. En el campo del proceso, la función *fedataria* es cumplida por el *secretario* (ver Capítulo 17).

No obstante la similar actividad desarrollada por secretario y notario (o escribano) —ya que ambos producen *instrumentos públicos*— se encuentra al exclusivo cargo de éste la expedición de *escrituras públicas*, necesarias cuando debe instrumentarse un acto de venta inmobiliaria con motivo u ocasión de un proceso (recuérdese que en el derecho argentino, y salvo que el interesado así lo exija, ello no es necesario en el caso de subasta, en el cual el *título* del comprador está representado por la propia acta de remate).

Del mismo modo ocurre respecto de la pretensión de *escrituración* de un bien registrable: si el demandado que ha sido condenado al efecto no acata espontáneamente la condena, la respectiva escritura traslativa de dominio es otorgada por el mismo juez actuante como única manera de poder cumplir la sentencia.

De allí que, eventualmente, sea menester la presencia de un escribano en el proceso —por designación de las propias partes interesadas o, en su defecto, por el juez— para llevar a cabo un cometido propio de su profesión. Cuando esto ocurre, su actividad es remunerada conforme con las pautas de la ley respectiva.

⁵ La voz *comisión* refiere a la remuneración que percibe el comisionista por la gestión que realiza y que suele consistir en un porcentaje del importe de los negocios que termina. Y ello como derivación de la voz *comisión* con la cual se representa un mandato con fines comerciales mediante el cual una persona llamada comisionista realiza una o más operaciones mercantiles por cuenta de otra, llamada comitente. Y ésa es la relación que existe entre el martillero que subasta un bien por cuenta de su propietario.

2.10. EL DILIGENCIADOR

Denomínase *diligenciador* a la persona física designada por el juez en calidad de auxiliar para llevar materialmente a cabo una actividad necesaria para el desarrollo del proceso y que debe cumplirse en lugar distinto al de la sede judicial (notificación en otra ciudad, tramitación ante otra autoridad, etcétera).

Algunos *diligenciadores* se encuentran habitualmente registrados como personal de planta del propio Tribunal (v. gr.: los notificadores). También lo son los mismos profesionales del derecho (abogados, procuradores, etcétera) que actúan ante otras autoridades por autorización judicial para la consecución de ciertos actos. Por supuesto, sólo éstos tienen derecho a retribución en orden a la tarea efectivamente cumplida.

2.11. LA OFICINA DE CORREOS

En algunas leyes argentinas (v. gr.: la de Santa Fe) la oficina oficial de Correos es persona autorizada para diligenciar una notificación librada como *carta certificada con acuse de recibo* y enviada al domicilio de una de las partes litigantes.

Cuando se utiliza este medio de notificación, las piezas recibidas en día y/o hora inhábil surten sus efectos procesales a partir de la hora cero del primer día hábil posterior.

El gasto que demanda el despacho postal es provisto por el interesado e integra la costas del proceso.

2.12. EL TENEDOR DE UN DOCUMENTO QUE INTERESA A LAS PARTES

Al regular el procedimiento confirmatorio (o *probatorio*, en el habitual lenguaje de los códigos), todas las leyes establecen que cuando una persona ajena al litigio (tercero) tiene en su poder un documento cualquiera relativo a la cuestión litigiosa, tiene el deber de exhibirlo a requerimiento judicial o a designar el protocolo o archivo en el cual se halla el original.

Si el tercero resiste la exhibición, puede ser obligado compulsivamente a hacerlo y es civilmente responsable por los daños y perjuicios causados por su resistencia.

2.13. EL FIADOR JUDICIAL

Denomínase *fiador* a la persona que asume frente al acreedor de un tercero la obligación actual o potencial de cumplir lo debido por el deudor cuando éste no lo haga.

Es *fiador judicial* la persona que actúa garantizando el cumplimiento de una obligación *potencial* que surgirá –o no– con motivo u ocasión del proceso. Por ejemplo, en materia penal, el fiador garantiza económicamente que un liberado provisional concurrirá al juicio cuando sea requerida su presencia por el juez; en materia civil, garantiza el resarcimiento de los perjuicios que eventualmente ocasionare una medida cautelar trabada sin derecho (ver el Capítulo 31).

2.14. LAS CORPORACIONES PROFESIONALES

En la década de los años 50, una fuerte corriente corporativista en creciente auge en toda América dominó el ejercicio de la mayoría de las profesiones liberales y, entre ellas, la de los abogados y procuradores, so pretexto de lograr la concreción de un espíritu solidarista de asistencia recíproca entre ellos. Y así, la ley creó distintas corporaciones con la denominación de *colegios de abogados* o *colegios de procuradores*, a los cuales otorgó el control absoluto de la matrícula profesional y encomendó la tarea de lograr una adecuada asistencia y seguridad social mediante la cobertura de sus enfermedades y el otorgamiento de jubilaciones y pensiones.

De tal modo, es la institución la que autoriza desde entonces la actividad abogadil y, por supuesto, la que puede vedarla por diferentes razones (falta de pago del arancel de la matrícula, sanción por falta ética, etcétera). De ahí que la entidad pueda llegar a tener actuación como tercero que no se convierte en parte en un proceso dado, al solo efecto de peticionar la extromisión de un defensor, con las consecuencias que son de imaginar...

Otras legislaciones separan tales funciones, otorgando a una entidad el control de la matrícula y a otras, la asistencia y seguridad social (*Cajas Forenses*, *Cajas de Jubilaciones*, etc.). Cuando esto ocurre, las respectivas instituciones están legitimadas por la ley para intervenir activamente en todo proceso en defensa de la retribución de la función

abogadil, pues el patrimonio social se forma con una cuota participativa de cada regulación de honorarios.

2.15. LOS TERCERISTAS

En el Capítulo 18 (donde remití a este punto) he desarrollado el tema relativo a los *terceros que se convierten en partes* de un proceso determinado, dándoles la denominación de *terceros intervinientes* o de *terceros legitimados*, mostrando que todos ellos pueden llegar a ser *partes del litigio* por haber sido, o poder ser, *partes del conflicto*.

En este tópico me referiré a los *terceros ajenos al conflicto y al litigio* y que, sin embargo, sufren personalmente alguno de sus efectos: son todos aquellos a quienes las diferentes leyes denominan *terceristas*.

La típica situación prevista en la mayoría de los ordenamientos legales alcanza a dos supuestos:

1) El tercero, en su calidad de *propietario* o de *poseedor* de una cosa, sufre los efectos del embargo de ella trabado en litigio en el cual no es parte procesal. La hipótesis es relativamente frecuente: piénsese en dos personas homónimas (por ejemplo, padre e hijo) de las que una (en el caso, el hijo) se halla demandada por su acreedor quien sale a embargarle bienes y, por la razón que fuere, traba la cautela sobre los que el otro (el padre) es propietario o poseedor.

Habitualmente, las leyes otorgan al tercero afectado la posibilidad de pedir el levantamiento *liso y llano* (inmediato) del respectivo embargo, comprobando liminarmente su propiedad o posesión actual. Si ello no se puede hacer (por carencia de elementos confirmatorios indubitables o porque la ley no brinda tal oportunidad), le queda al afectado —ahora *tercerista de dominio* o de *posesión*— la posibilidad de deducir su *propia demanda de tercería* contra las partes originarias del proceso, sin poder intervenir en momento alguno en apoyo o en contra de ellas respecto del litigio que se desarrolla dentro del proceso en el cual la medida se ordenó y trabó.

2) El tercero, alegando un *mejor derecho* a percibir su propia acreencia frente al otro acreedor que embargó la cosa del deudor sobre la cual el *tercerista de mejor derecho* afirma tener privilegio o preferencia de cobro, incoa su propia demanda contra las partes originarias del pro-

ceso en el cual se ordenó y trabó la cautela, respecto de cuyas instancias es por completo extraño.

En ambos supuestos, el tercerista —parte en su propia pretensión— se inserta, aunque tangencialmente, en lo que puede denominarse *proceso principal*, pero permanece ajeno a todo lo que en él se discuta y, por tanto, no le alcanzarán los efectos propios de la sentencia que allí se emita.

2.16. EL INTERVENTOR JUDICIAL

Cuando las medidas cautelares (ver Capítulo 31) que pueden ser tomadas en ciertos casos no resultan suficientes para lograr la protección preventiva de un derecho litigioso, el juez actuante puede disponer la designación de un *interventor judicial*, quien es la persona física que, en calidad de auxiliar del juez, se introduce en una sociedad (civil o comercial) para administrarla en reemplazo de sus órganos naturales (*interventor administrador*) o junto con ellos (*interventor coadministrador*) o, sin llegar a tanto, para ver y controlar lo que sucede dentro de su seno e informar oportunamente al juez (*interventor veedor*).

Las distintas figuras enunciadas se encuentran habitualmente legisladas en la normativa comercial, donde se detallan las facultades que pueden ser otorgadas a los diferentes tipos de interventores, las que siempre pueden ser recortadas por el juez que los designa.

Otra medida cautelar generalmente legislada en forma no autónoma, como medio de hacer efectivo un embargo, posibilita que el juez que ordena trabar embargo sobre bienes muebles pertenecientes a una fábrica, establecimiento industrial o comercial que los necesite para su normal funcionamiento, ordene también la designación de un *interventor conservador* con la misión de velar por la conservación de los bienes embargados.

Del mismo modo, cuando un embargo de carácter ejecutivo (no preventivo, ver Capítulo 29), debe ser trabado sobre los ingresos de cualquier institución o establecimiento comercial, el juez puede designar un *interventor recaudador* para que haga efectivo el embargo en la medida, forma y oportunidad que establezca al efecto.

2.17. LOS BENEFICIARIOS DE LA TRIBUTACIÓN FISCAL Y PARAFISCAL

Casi todas las legislaciones del continente subordinan el ejercicio de la acción procesal al pago de ciertos tributos a favor del Fisco o de algunas instituciones de naturaleza generalmente corporativa.

El apetito fiscal es geoméricamente proporcional a la necesidad de recaudar a toda costa y por cualquier vía que tiene el Estado en ciertos momentos y que, en la actualidad, ha llegado a límites insospechados y definitivamente inadmisibles, haciendo asaz gravoso el ejercicio del derecho de defensa en juicio. A tal punto es cierta esta afirmación que hoy puede decirse que en ciertos supuestos se veda en forma total el acceso a la Justicia. Por ejemplo, el depósito previo para lograr que se analice la admisibilidad de ciertos recursos extraordinarios en la provincia de Buenos Aires, alcanza al diez por ciento del monto litigioso. Por supuesto, el depósito se pierde a favor del Estado cuando el recurso se declara inadmisibile. Mayor exacción no puede ser mencionada...

En esta línea política se fijan elevadas tasas por los distintos servicios que prestan los tribunales a los particulares y, para asegurar la percepción inmediata del correspondiente monto dinerario, la ley ordena a los jueces que paralizen el trámite de todo expediente hasta tanto se haya pagado el tributo. En razón de que a menudo es imposible afrontar dicho pago —que siempre recae inicialmente sobre el patrimonio del actor (preciso es destacar que es el acreedor que no logró cobrar oportunamente su acreencia y que por ello intenta el pleito)— la ley prevé una intervención del organismo recaudador que, así, ingresa al proceso sin carácter de parte a fin de establecer el monto de la tasa adeudada, forma convenida para su pago, determinación de la fianza que exige al efecto, etcétera. Es fácil darse cuenta de cómo entorpece todo esto la actuación de la norma y el logro de la efectividad de los derechos conculcados.

Del mismo modo, la ley legitima a ciertas corporaciones (en este sentido, son organismos parafiscales) para percibir un canon determinado en orden a incrementar su patrimonio (por ejemplo, hay colegios de abogados que cobran una suma de dinero fija por cada actuación abogadil en un expediente, o por la iniciación del respectivo litigio). Y de esta forma posibilitan la presencia institucional en la causa para ejercer el control del pago de lo adeudado. Obviamente, con las consecuencias disvaliosas y entorpecedoras que es fácil imaginar...

CAPÍTULO 20

LA DEMANDA JUDICIAL

SUMARIO:

1. Concepto de *demanda*
2. Presupuestos
 - 2.1. Supuesto precedente
 - 2.2. Supuesto consecuente
 - 2.3. Requisitos
 - 2.3.1. Intrínsecos de carácter general
 - 2.3.2. Intrínsecos específicos de ciertas demandas:
 - 2.3.3. Extrínsecos de carácter general
 - 2.3.4. Extrínsecos específicos de algunas demandas
3. Efectos jurídicos

1. EL CONCEPTO DE DEMANDA

En la tarea de demarcar estricta y convenientemente el contenido técnico que asigno a cada vocablo usado de modo habitual en el polivalente lenguaje procesal, entiendo por *demanda* el documento cuya presentación a la autoridad (juez o árbitro) tiene como objeto lograr de ésta la iniciación de un procedimiento para sustanciar en él tantos procesos como pretensiones tenga el demandante para ser satisfechas por persona distinta a dicha autoridad.

Así, se trata de la materialización del ejercicio de la instancia conocida como *acción procesal* y que, dándose necesariamente con una pretensión aneja, tiene por objeto lograr la formación de un proceso.

Una vez más junto, de modo inseparable, tres conceptos:

1. *acción* (su objeto es formar un proceso),
2. *demanda* (su objeto es iniciar un procedimiento) y

3. *pretensión* (su objeto es lograr la emisión de una sentencia favorable), que se exhiben correlativos por apoyarse recíprocamente para explicar el fenómeno procesal.

De tal modo, se advertirá que no concibo racionalmente una demanda que no contenga por lo menos una pretensión a satisfacer por un tercer sujeto (distinto del demandante y de la autoridad).

De ahí que, a mi juicio, no resulta conveniente extender indebidamente el uso del vocablo para designar la actividad que materializa una cualesquiera de las demás instancias (petición, reaceramiento, queja y denuncia) que podrán exteriorizarse mediante actos que reciban igual denominación o por medio de notas, presentaciones, reclamos, etcétera, pero no por *demandas*.

Así concebida, la demanda es siempre el acto que provocará la iniciación de un procedimiento necesario para sustanciar un proceso *principal, incidental o accidental*.

2. LOS PRESUPUESTOS DE LA DEMANDA

En el # 5 del Capítulo 11 expliqué que, con la denominación de *presupuestos*, la doctrina conoce lo que en el derecho se menciona con el nombre de *condiciones*.

A fin de facilitar al lector la comprensión de este tema, reitero acá algunas de las ideas allí expresadas: el vocablo *condición* refiere a *toda situación o circunstancia indispensable para que algo sea u ocurra*.

Sistémicamente —y, en concreto, respecto de la demanda— parece importante definir ahora tres circunstancias que se relacionan con:

- 1) la razón del acto (su *porqué*);
- 2) su realización (sus *qué, cómo, cuándo y dónde*) y
- 3) su objeto (su *para qué*)¹.

Veamos ahora los específicos presupuestos de la demanda.

¹ A base de lo expuesto, las condiciones en general se presentan como:

- a) *previas o anteriores* a la realización de cualquier acto del proceso (hacen al *porqué* del acto): son las que en esta obra se denominan *supuestos precedentes*. Sin el respectivo *supuesto precedente* queda sin basamento y sin razón de ser la realización de todo acto procesal y de la emisión de la sentencia. Si bien se mira, generalmente hace a la *existencia* misma del acto como tal;
- b) *actuales* o coincidentes con el momento de realización del acto (hacen al *qué y al*

2.1. EL SUPUESTO PRECEDENTE DE LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA JUDICIAL

El supuesto precedente de la demanda es la afirmada existencia de un conflicto por parte del actor y su necesidad de encontrarle una solución que no pase por el uso de la fuerza particular.

Como se ve, este supuesto hace al *porqué* de la interposición.

2.2. EL SUPUESTO CONSECUENTE DE LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA JUDICIAL

El supuesto consecuente de la interposición de la demanda es su admisión por el juzgador a fin de incoar el desarrollo de la serie procedimental. Si bien se mira, este supuesto refiere sólo a lo que el actor pretende obtener (*objeto*) de inmediato con su instar. En rigor, hacen al *efecto* o al *para qué* de su actividad.

2.3. LOS REQUISITOS PARA LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA JUDICIAL

Siempre son las condiciones actuales de realización del acto y definen *cómo y dónde* debe efectuarse útilmente.

Para la mejor comprensión del tema reitero ideas ya escritas en esta obra: así como no cabe imaginar racionalmente el ejercicio de la acción sin una correlativa demanda y viceversa, tampoco puede concebirse una demanda sin una pretensión (aunque sí puede haber una pretensión sin demanda en las instancias de petición, reaceramiento y queja; no en la denuncia).

Por tanto, siendo lógicamente inseparables los conceptos de pretensión y demanda, el contenido de ésta debe reflejar clara y adecuadamente

cómo, cuándo y dónde del acto): son los *requisitos* necesarios de cumplir para la admisibilidad del tipo específico de actividad que corresponda al caso. Aquí se trata de determinar qué tipo de acto es el que corresponde al desarrollo de la serie y de saber *cómo, cuándo y dónde* debe ser hecho. Sin el cumplimiento del respectivo *requisito*, el acto *no es admisible* (salvo que la ley disponga alguna solución alternativa). Si bien se mira, generalmente hace a la *eficacia* (o *validez*) del acto como tal. Adviértase que al declararse la admisibilidad de un acto cualquiera, se convierte automáticamente en el *supuesto precedente* del acto que sigue en la serie procedimental.

c) *futuras o inminentes*: son las que refieren a lo que se obtendrá (*objeto*) con la admisión de uno o de varios actos (hacen al *para qué* de ellos) y que en esta obra se denominan *supuestos consecuentes*.

cuatro circunstancias que, en esencia, se corresponden con los elementos de aquélla: 1) quién pretende; 2) respecto de quién se pretende; 3) qué se pretende y 4) por qué se pretende (sujetos, objeto y causa de la pretensión).

Ya se verá de inmediato que estas condiciones se cumplen mediante el buen uso de los requisitos intrínsecos.

De tal modo, la demanda es una suerte de carta formal dirigida a la autoridad (juez o árbitro) que debe contener necesariamente una pretensión a base de la simple afirmación de un litigio, con adecuada especificación de las circunstancias recién referidas: quién, contra quién, qué y por qué se insta.

Todo ello resulta menester para posibilitar el correcto derecho de defensa del demandado (aquel respecto de quien se pretende), cuyo ejercicio se halla plenamente garantizado por norma expresa constitucional en todos los ordenamientos del mundo.

Para que esto sea posible, las leyes procesales en general sujetan la presentación de la demanda a varios *requisitos generales* (intrínsecos y extrínsecos) necesarios de cumplimentar por el actor para que ella sea *admisible* (lograr su objeto de incoar un procedimiento) y *eficaz*, y a algunos otros *requisitos específicos de ciertas demandas*.

Los veremos a continuación.

2.3.1. LOS REQUISITOS INTRÍNSECOS DE CARÁCTER GENERAL

Son seis: 1) capacidad procesal del actor; 2) en su caso, adecuada representación del actor que carece de capacidad procesal; 3) adecuado derecho de postulación del actor; 4) contenido eficiente de la demanda, y 5) en su caso, correcta acumulación de pretensiones por el actor.

Los explico:

1) Capacidad procesal del actor

Ya se ha visto al analizar los presupuestos procesales de la acción (ver el Capítulo 7) que toda persona —y aun algunos entes que no ostentan tal calidad— tiene capacidad jurídica para ser parte en un proceso; pero esto no significa que ella pueda actuar siempre y sin más en sede judicial o arbitral.

Para efectuar tal actividad personalmente debe tener la capacidad civil común: tendrá que *poder contraer obligaciones por sí misma*.

De tal modo, a los incapaces del derecho civil corresponden los incapaces del derecho procesal: no pueden actuar por sí mismos los menores impúberes, los dementes, los sordomudos que no saben darse a entender por escrito, etcétera, por carecer de *legitimación procesal* (*legitimatío ad processum*).

Cuando tal cosa ocurre en un proceso, éste *existe* como tal pero no será *eficaz* para lograr la heterocomposición del litigio.

Por eso es que el juez (o el árbitro) tiene que velar por el logro de dicha eficacia y, por tanto, cuando advierte el defecto, debe ordenar que la parte incapaz que actúa por sí misma sin poder hacerlo integre su participación con una adecuada representación.

Cuando ello no ocurre, la parte contraria puede exigir la vigencia del presupuesto de marras mediante la *excepción de falta de personalidad*.

2) Adecuada representación del actor

Este requisito de la demanda debe ser analizado desde una doble óptica:

a) como un necesario complemento del anteriormente tratado, cuando se trata de suplir la incapacidad civil del actor mediante su respectivo *representante legal* (el padre por el hijo, el tutor por el menor, el curador por el demente, etcétera): él es quien debe actuar personalmente en el proceso y a nombre del incapaz, que ostenta el carácter de *parte procesal*;

b) en forma autónoma, cuando el actor es civilmente capaz pero no actúa personalmente en el proceso sino por medio de un *representante convencional* (mandatario judicial o procurador).

En ambos supuestos, el representante debe acreditar cabalmente su calidad de tal a fin de que el proceso pueda desarrollarse con el objeto de lograr la eficaz heterocomposición del litigio.

Si esto no ocurre, la parte contraria puede exigir la vigencia del requisito de marras mediante la *excepción de falta de personería* y, aún más, debe ser suplible de oficio por el juez (o el árbitro) en razón de que si no se comprueba adecuadamente la representación cuya existencia se afirma, la sentencia que se dicte como culminación del pro-

ceso será inútil pues no resultará vinculante para la parte procesal cuya representación no se acreditó.

3) *Adecuado derecho de postulación en el actor*

Aunque la persona que insta sea civilmente capaz para ser parte procesal (requisito de la acción) y procesalmente capaz para actuar por sí misma en el juicio (requisito de la demanda recién explicado) no siempre le reconoce la ley el derecho de postular *directamente* ante la autoridad: en numerosas ocasiones, le exige la asistencia de un *letrado*.

Mediante este requisito, el Estado intenta asegurar a quien insta un correcto ejercicio del derecho de defensa en juicio.

Para ello, la ley establece un doble régimen de asistencia del interesado:

a) *le permite estar en juicio bajo la dirección o patrocinio de un letrado*, lo que significa que la parte puede cumplir por sí los actos del proceso, pero aconsejada por su defensor abogado, quien expone técnicamente al juez las razones que aduce la parte;

b) *le permite estar en juicio mediante la representación* (un mandato) *que de ella ejerce un letrado*, lo que significa que la parte no puede cumplir actos procesales sino a través del abogado, quien provee al mismo tiempo a su defensa.

4) *Contenido eficiente de la demanda*

Para que en cada litigio pueda cumplirse con la garantía constitucional generalizada universalmente que asegura un *debido proceso* como medio para llegar a una solución heterocompositiva *legítima* y eventualmente *justa*, es menester que desde el propio escrito de demanda se posibilite un adecuado y pleno contradictorio dentro del marco de reglas de debate que deben respetarse por todos los sujetos del proceso.

A tal fin, la ley exige que la demanda posea un contenido pretensional preciso e inequívoco que permita al demandado saber con toda claridad quién, de quién, qué y por qué se pretende.

Para ello, el actor debe cumplir de modo estricto los requisitos (intrínsecos y extrínsecos) que se enumerarán a continuación².

Los requisitos intrínsecos que se relacionan con el tema y que tienen que ver con su *contenido* están enunciados en los códigos procesales y habitualmente son:

- 1) el nombre y domicilio (real) del demandante;
- 2) el nombre y domicilio (real) del demandado;
- 3) la cosa demandada, designándola con toda exactitud;
- 4) los hechos en que se funda, explicados claramente;
- 5) el derecho expuesto sucintamente, evitando repeticiones innecesarias;
- 6) la petición en términos claros y positivos;
- 7) además, cuando se pretende la percepción de una suma de dinero, la demanda debe precisar el monto reclamado, salvo cuando no le fuere posible al actor determinarlo al promoverla, por las circunstancias del caso o porque la estimación dependiere de elementos aún no definitivamente fijados o porque la promoción de la demanda fuere imprescindible para evitar la prescripción.

Caso de no respetarse este presupuesto el demandado puede reclamar su vigencia mediante la *excepción del defecto legal en el modo de proponer la demanda*.

5) *Correcta acumulación de pretensiones*

Este requisito de la demanda no es aceptado generalizadamente como tal por la doctrina, la cual lo estudia como presupuesto de la sentencia con el fundamento de que la incorrecta "acumulación de acciones (en rigor, acumulación de pretensiones) en una misma demanda, no hace posible la emisión de la sentencia de mérito que resuelve el litigio".

A mi juicio, debe incluirse entre los requisitos propios de la demanda pues la facultad que la ley otorga al actor de acumular pretensiones debe ser analizada *ab initio* por la autoridad para facilitar o no la formación de tantos procesos como pretensiones sean las deducidas en la demanda.

Y es que no resulta lógicamente posible que un mismo actor acumule contra un mismo demandado pretensiones incompatibles que se excluyen entre sí.

Por ejemplo, si el actor pretende que el juez ordene al demandado el cumplimiento de un contrato y, al mismo tiempo, que el juez declare

² Tanta importancia tiene el tema, que las leyes procesales inquisitoriales, en general, imponen al juez el deber de señalar, *antes de dar trámite* a cualquiera petición, los defectos u omisiones de que adolezca.

la nulidad de tal contrato, parece claro que el demandado no podrá defenderse adecuadamente en razón de la contemporaneidad de las pretensiones antagónicas.

De ahí que no se trata de procurar que el juez sepa cómo sentenciar; mucho más importante, se trata de que el demandado sepa cómo defenderse.

Tan importante es el presupuesto, que las leyes procesales en general sujetan a tres requisitos la posibilidad de que el actor acumule sus pretensiones contra el mismo demandado:

- 1) que no sean contrarias entre sí, de modo que por la elección de una quede excluida la otra;
- 2) que correspondan a la competencia del mismo juez;
- 3) que puedan sustanciarse por los mismos trámites.

Cuando esto no ocurre, es deber del juez señalar el defecto antes de admitir la demanda y, si él no lo advierte, el demandado puede oponerse a la acumulación mediante la excepción de *defecto legal en el modo de proponer la demanda*.

2.3.2. LOS REQUISITOS INTRÍNECOS ESPECÍFICOS DE CIERTAS DEMANDAS

Son los que las leyes establecen específicamente en ciertos y determinados casos, en orden al contenido pretensional de la demanda.

Como ejemplo, se pueden ver en el CPCN, artículos 79³, 90⁴, 98⁵,

³ La norma del art. 79, según texto de la ley 25.488, vigente desde 22-5-2002 dice así: "*Requisitos de la solicitud*. La solicitud contendrá: 1) La mención de los hechos en que se fundare, de la necesidad de reclamar o defender judicialmente derechos propios o del cónyuge o de hijos menores, así como la indicación del proceso que se ha de iniciar o en el que se deba intervenir. 2) *El ofrecimiento de la prueba* tendiente a demostrar la imposibilidad de obtener recurso. Deberá acompañarse el interrogatorio de los testigos y su declaración en los términos de los arts. 440 primera parte, 441 y 443, firmada por ellos. En la oportunidad prevista en el art. 80, el litigante contrario o quien haya de serlo, y el organismo de determinación y recaudación de la tasa de justicia, podrán solicitar la citación de los testigos para corroborar su declaración".

⁴ La norma del art. 90 dice así: "*Intervención voluntaria*. Podrá intervenir en un juicio pendiente en calidad de parte, cualquiera fuere la etapa o la instancia en que éste se encontrare, quien: 1) *Acredite sumariamente que la sentencia pudiese afectar su interés propio*. 2) Según las normas del derecho sustancial, hubiese estado legitimado para demandar o ser demandado en el juicio".

⁵ La norma del art. 98 dice así: "*Admisibilidad. Requisitos. Reiteración*. No se dará curso a

178⁶, 332⁷, 486⁸, 624⁹, 638¹⁰, 681¹¹, 689¹²; Ln, 3952, 1¹³, según texto de Ln, 11.634; etcétera.

la *tercería si quien la deduce no probare*, con instrumentos fehacientes o en forma sumaria, la verosimilitud del derecho en que se funda. No obstante, aun no cumplido dicho requisito, la *tercería* será admisible si quien la promueve diere fianza para responder de los perjuicios que pudiese producir la suspensión del proceso principal. Desestimada la *tercería*, no será admisible su reiteración si se fundare en título que hubiese poseído y conocido el *tercerista* al tiempo de entablar la primera. No se aplicará esta regla si la *tercería* no hubiese sido admitida sólo por falta de ofrecimiento o constitución de la fianza".

⁶ La norma del art. 178 dice así: "*Requisitos*. El escrito en que se plantee el incidente deberá ser fundado clara y concretamente en los hechos y en el derecho, *ofreciéndose en él toda la prueba*".

⁷ La norma del art. 332 dice así: "*Demostración de la procedencia del fuero federal*. Cuando procediere el fuero federal por razón de la nacionalidad o del domicilio de las personas, el demandante deberá presentar con la demanda documentos o informaciones que acrediten aquella circunstancia".

⁸ La norma del art. 486 dice así: "(Derogado por ley 25.488, art. 3º, a partir del 22-5-2002). *Demanda, contestación y ofrecimiento de prueba*. Presentada la demanda con sujeción a lo dispuesto en el art. 330, se dará traslado por diez días. Cuando la parte demandada fuere la Nación, una provincia o una municipalidad, el plazo para comparecer y contestar la demanda será de veinte días. Para la contestación regirá lo dispuesto en el art. 356. Con la demanda, reconvención y contestación de ambas, *deberá acompañarse la prueba instrumental [...] y ofrecerse todas las demás pruebas de que las partes intentaren valerse*".

⁹ La norma del art. 624 dice así: "*Requisitos*. Las personas que pueden pedir la declaración de demencia se presentarán ante el juez competente exponiendo los hechos y acompañando certificados de dos médicos, relativos al estado mental del presunto incapaz y su peligrosidad actual".

¹⁰ La norma del art. 638 dice así: "*Recaudos*. La parte que promoviere juicio de alimentos deberá, en un mismo escrito: 1) *Acreditar el título* en cuya virtud los solicita. 2) *Denunciar*, siquiera aproximadamente, el caudal de quien deba suministrarlo. 3) *Acompañar* toda la documentación que tuviere en su poder y que haga a su derecho, de acuerdo con lo dispuesto en art. 333. 4) *Ofrecer* la prueba de que intentare valerse. Si se ofreciere prueba testimonial, los testigos declararán en primera audiencia".

¹¹ La norma del art. 681 dice así: "*Denuncia de la existencia de sublocatarios u ocupantes*. En la demanda y en la contestación las partes *deberán expresar si existen o no sublocatarios u ocupantes terceros*. El actor, si lo ignora, podrá remitirse a lo que resulte de la diligencia de notificación, de la contestación a la demanda, o de ambas".

¹² La norma del art. 689 dice así: "*Requisitos de la iniciación*. Quien solicitare la apertura del proceso sucesorio, *deberá justificar, prima facie, su carácter de parte legítima y acompañar la partida de defunción del causante*. Si éste hubiere hecho testamento y el solicitante conociere su existencia, deberá presentarlo, cuando estuviese en su poder, o indicar el lugar donde se encontrare, si lo supiere. Cuando el causante hubiere fallecido sin haber testado, deberá denunciarse el nombre y domicilio de los herederos o representantes legales conocidos".

¹³ La norma del art. 1º dice así: (según ley 11.634): "Los tribunales federales y los

2.3.3. LOS REQUISITOS EXTRÍNSECOS DE CARÁCTER GENERAL

Son *comunes* a toda presentación ante la autoridad (juez) o *propios* de la demanda.

Conforme con lo dispuesto en la mayoría de los ordenamientos procesales, con variaciones entre unos y otros, son:

a) *Requisitos comunes:*

- 1) debe efectuarse por escrito en original o en formulario impreso o fotocopiado sobre fondo blanco y con caracteres negros indelebles, mediante procedimientos que permitan su fácil lectura, y
- 2) redactada en idioma nacional,
- 3) con tinta negra,
- 4) encabezada con una sucinta expresión de su objeto,
- 5) sin contener claros¹⁴ sin cerrar, ni abreviaturas¹⁵; sin raspaduras¹⁶, testaduras¹⁷, enmiendas¹⁸ o interlineados¹⁹ sin salvar en el propio escrito con la misma máquina o de puño y letra del interesado,

jueces letrados de los territorios nacionales conocerán de las acciones civiles que se deduzcan contra la Nación, sea en su carácter de persona jurídica o de persona de derecho público, sin necesidad de autorización previa legislativa; *pero no podrán darles curso sin que se acredite haber producido la reclamación del derecho controvertido ante el Poder Ejecutivo, y su denegación por parte de éste*.

¹⁴ La voz *claros* refiere a la circunstancia de que deben estar escritos completos todos los renglones. De ahí que han de estar cerrados por líneas rectas cuando carecen de escritura.

¹⁵ Se entiende por *abreviatura* la omisión de algunas letras o el modo de escribir las voces con menos letras de las que corresponden. Desde siempre están prohibidas —junto con los guarismos numéricos— en los escritos judiciales y en las escrituras públicas, donde todas las voces (incluso la fecha) deben escribirse con todas sus letras a fin de evitar yerros, falsificaciones y contiendas.

¹⁶ La *raspadura* refiere a que nada debe estar borrado. Como es de imaginar, en la época en la cual se redactó la norma respectiva —que se repite idéntica en el tiempo— el documento del caso se raspaba hasta hacer desaparecer lo escrito. Por eso es que, al igual que los casos que menciono en las notas siguientes, debe ser *salvado*, de *salvar*: poner el notario, al fin de la escritura respectiva, una nota diciendo expresamente cuál era el yerro que tenía el escrito a fin de dejar saneada la sobrescritura.

¹⁷ La *testadura* refiere a la circunstancia de *tachar* linealmente las letras escritas. En los códigos se emplea la voz *testado* sin advertir que con ello se menciona a la herencia establecida por un testamento.

¹⁸ La *enmienda* es la corrección de algún error o defecto realizada por la misma persona que redactó el documento respectivo.

¹⁹ *Interlinear* es escribir entre líneas.

6) con cantidades escritas en letras;

7) si la presentación se efectúa a nombre de un tercero, con la indicación precisa de la representación que se inviste y acompañando los documentos que la acrediten;

8) además, debe tener la firma del presentante; cuando la firma es a ruego, debe contener la atestación de funcionario competente de que el firmante ha sido autorizado para ello en su presencia o que la autorización ha sido ratificada ante él.

Además, y como claro requisito de eficacia,

9) debe ser presentada ante juez competente al efecto pretendido

Ya expliqué en el Capítulo 10 todas las pautas atributivas de la competencia judicial y a lo allí dicho me remito ahora²⁰.

En virtud de que todas las pautas recién enunciadas son *acumulativas*, entre los cientos o miles de jueces que pueden coexistir en un lugar dado, *sólo uno de ellos es competente* (personal, material, cuantitativa, territorial, funcionalmente y por turno) para procesar y sentenciar un litigio *en un cierto momento*: el de la presentación de la demanda.

De tal modo, para que la demanda cumpla su objeto de obtener la iniciación de un procedimiento (para sustanciar en él un proceso) que resulte eficaz para lograr la emisión de una sentencia que heterocomponga el litigio, *debe ser presentada ante un juez competente* en orden a *todas las pautas* recién enumeradas.

Tan importante es este presupuesto, que las leyes en general establecen para todos y cada uno de los jueces el *deber de velar por su competencia* al ordenarles que no admitan una demanda que escape a ella, con la salvedad de ciertos casos especiales que se verán en el lugar oportuno.

²⁰ Recuerdo que las pautas mencionadas se formulan por anticipado en atención a distintas circunstancias: 1) quiénes son las personas que litigan (*competencia personal*); 2) cuál es la materia sobre la cual litigan (*competencia material*); 3) cuál es el territorio en el cual deben litigar (*competencia territorial*); 4) cuál es el valor de la cosa por la cual litigan (*competencia cuantitativa*); 5) cuál es el grado de conocimiento de los jueces respecto del litigio (*competencia funcional*); 6) cuál es el juez que debe conocer de un asunto cuando son varios los que, al mismo tiempo, ostentan idénticas competencias personal, material, territorial, cuantitativa y funcional (*competencia en razón del turno judicial*).

De tal modo, y con ciertas excepciones a la regla, los jueces *deben* declarar su incompetencia cuando advierten que, conforme a la ley, no les corresponde el conocimiento de un asunto justiciable.

Lamentablemente, las normas legales que regulan los distintos tipos de competencia judicial distan mucho de ser claras, precisas e inequívocas: existen numerosísimos casos justiciables en los cuales la determinación previa por el actor de quién es el único juez competente entre todos los posibles, constituye un verdadero calvario para el litigante, quien está expuesto a sufrir por ello una enorme pérdida de tiempo, de esfuerzo y de dinero.

De ahí la importancia práctica que tiene el estudio completo del tema y el adecuado cumplimiento de este presupuesto en la vida forense.

2.3.4. LOS REQUISITOS EXTRÍNSECOS ESPECÍFICOS DE ALGUNAS DEMANDAS

También de acuerdo con lo dispuesto en la mayoría de las leyes procesales, son los siguientes:

- 1) debe ser acompañada de la prueba documental que obre en poder del actor o, en su defecto, de la indicación de su contenido, archivo, oficina pública y persona en cuyo poder se encuentre y de tantas copias firmadas (de la demanda y de los documentos adjuntos) como partes hayan de intervenir en el proceso. Cuando los documentos están redactados en idioma extranjero, debe acompañarse también su traducción realizada por traductor público matriculado;
- 2) debe contener la constitución de un domicilio *ad litem* o procesal (a los efectos del proceso) dentro de un cierto perímetro respecto del lugar que sea asiento del respectivo juez;
- 3) debe llevar la firma de un letrado.

3. LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA DEMANDA

En general —y salvo casos particulares de ciertas pretensiones— toda demanda produce diversos efectos jurídicos sustanciales y procesales que se escalonan en tres momentos sucesivos: desde la presentación a la autoridad, desde su admisión por ésta y desde su notificación al demandado.

En la Argentina, éstos son:

1) Efectos de la presentación de la demanda

Desde el momento mismo en el cual el actor *presenta su demanda* a la autoridad, se producen efectos sustanciales y procesales.

Ellos son:

1.1) sustanciales (en la legislación argentina de fondo):

- *interrumpe el curso de la prescripción* (adquisitiva y liberatoria) aunque la demanda contenga defectos, la autoridad sea incompetente o el actor carezca de capacidad procesal (Cód. Civ., art. 3986)²¹;
- *determina la pérdida provisoria de la posibilidad de entablar juicio petitorio* cuando se deduce pretensión posesoria (Cód. Civ., art. 2484)²²;
- *determina que la autoridad que recibe la instancia y los letrados que la suscriben no puedan comprar la cosa litigiosa* (Cód. Civ., art. 1361)²³;
- *determina que la autoridad que recibe la instancia no pueda ser cesionaria del derecho litigioso* (Cód. Civ., art. 1442)²⁴;

²¹ La norma del art. 3986 dice: "La prescripción se interrumpe por demanda 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. La prescripción liberatoria se suspende, por una sola vez, por la constitución en mora del deudor efectuada en forma auténtica. Esta suspensión sólo tendrá efecto durante un año o el menor término que pudiere corresponder a la prescripción de la acción".

²² La norma del art. 2484 dice así: "Establecido el juicio posesorio, el petitorio no puede tener lugar, antes que la instancia posesoria haya terminado".

²³ La norma del art. 1361 dice así: "Es prohibida la compra, aunque sea en remate público, por sí o por interpuesta persona [...] 6) A los jueces, abogados, fiscales, defensores de menores, procuradores, escribanos y tasadores, de los bienes que estuviesen en litigio ante el juzgado o tribunal ante el cual ejerciesen, o hubiesen ejercido su respectivo ministerio".

²⁴ La norma del art. 1442 dice así: "Tampoco puede haber cesión a los administradores de establecimientos públicos, de corporaciones civiles o religiosas, de créditos contra estos establecimientos; ni a los administradores particulares o comisionados, de créditos de sus mandantes o comitentes; ni se puede hacer cesión a los abogados o procuradores judiciales de acciones de cualquier naturaleza, deducidas en los procesos en que ejerciesen o hubiesen ejercido sus oficios; ni a los demás funcionarios de la administración de justicia, de acciones judiciales de cualquier naturaleza, que fuesen de la competencia del juzgado o tribunal en que sirviesen".

1.2) procesales (en la legislación argentina):

- fija respecto del actor la competencia subjetiva de la autoridad, que ya no podrá ser recusada sino por causa sobreviniente (CPCN, arts. 17²⁵ y 18²⁶);
- efectiviza una prórroga o una propuesta de prórroga de competencia territorial cuando ello está autorizado en la ley (CPCN, arts. 1²⁷ y 2²⁸);
- genera en la autoridad el deber de proveer la instancia (admitiéndola

²⁵ La norma del art. 17 dice así: "Recusación con expresión de causa. Serán causas legales de recusación: 1) el parentesco por consanguinidad dentro del cuarto grado y segundo de afinidad con alguna de las partes, sus mandatarios o letrados; 2) tener el juez o sus consanguíneos o afines dentro del grado expresado en el inciso anterior, interés en el pleito o en otro semejante, o sociedad o comunidad con alguno de los litigantes, procuradores o abogados, salvo que la sociedad fuese anónima; 3) tener el juez pleito pendiente con el recusante; 4) ser el juez acreedor, deudor o fiador de alguna de las partes, con excepción de los bancos oficiales; 5) ser o haber sido el juez autor de denuncia o querrela contra el recusante, o denunciado o querrellado por éste con anterioridad a la iniciación del pleito; 6) ser o haber sido el juez denunciado por el recusante en los términos de la ley de enjuiciamiento de magistrados, siempre que la Corte Suprema hubiere dispuesto dar curso a la denuncia; 7) haber sido el juez defensor de alguno de los litigantes o emitido opinión o dictamen o dado recomendaciones acerca del pleito, antes o después de comenzado; 8) haber recibido el juez beneficios de importancia de alguna de las partes; 9) tener el juez con alguno de los litigantes amistad que se manifieste por gran familiaridad o frecuencia en el trato; 10) tener contra el recusante enemistad, odio o resentimiento que se manifieste por hechos conocidos. En ningún caso procederá la recusación por ataques u ofensas inferidas al juez después que hubiere comenzado a conocer del asunto".

²⁶ La norma del art. 18 dice así: "Oportunidad. La recusación deberá ser deducida por cualquiera de las partes en las oportunidades previstas en el art. 14.

"Si la causal fuere sobreviniente, sólo podrá hacerse valer dentro de quinto día de haber llegado a conocimiento del recusante y antes de quedar el expediente en estado de sentencia".

²⁷ La norma del art. 1 dice así: "Carácter. La competencia atribuida a los tribunales nacionales es improrrogable. Sin perjuicio de lo dispuesto por los tratados internacionales y por el art. 12, inc. 4, de la ley 48, exceptuase la competencia territorial en asuntos exclusivamente patrimoniales, que podrá ser prorrogada de conformidad de partes. Si estos asuntos son de índole internacional, la prórroga podrá admitirse aun a favor de jueces extranjeros o de árbitros que actúen fuera de la República, salvo en los casos en que los tribunales argentinos tienen jurisdicción exclusiva o cuando la prórroga está prohibida por ley".

²⁸ La norma del art. 2 dice así: "Prórroga expresa o tácita. La prórroga se operará si surgiere de convenio escrito mediante el cual los interesados manifiesten explícitamente su decisión de someterse a la competencia del juez a quien acuden. Asimismo, para el actor, por el hecho de entablar la demanda; y respecto del demandado, cuando la constatare, dejare de hacerlo u opusiere excepciones previas sin articular la declinatoria".

o rechazándola) y la coloca ante el deber de pronunciarse acerca de su competencia (CPCN, arts. 34, b²⁹; 4³⁰ y 30³¹).

2) Efecto procesal de la admisión de la demanda:

Sólo es de carácter procesal:

- crea el estado de litispendencia.

3) Efectos de la notificación de la demanda:

Pueden ser sustanciales y procesales.

3.1) sustanciales (en la legislación argentina de fondo):

- constituye en mora al demandado si es que no lo estaba desde antes (Cód. Civ., art. 508)³² respecto de obligaciones que carecen de plazo convenido pero que resultan tácitamente de la naturaleza y circunstancias de aquéllas (Cód. Civ., 509)³³ y respecto de los frutos percibidos por el poseedor de buena fe (Cód. Civ., art. 2433)³⁴;

²⁹ La norma del art. 34, b, según texto de la ley 25.488, vigente desde 22-5-2002, dice: "Deberes. Son deberes de los jueces: 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".

³⁰ La norma del art. 4 dice así: "Declaración de incompetencia. 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. Consentida o ejecutoriada la respectiva resolución, se remitirá la causa al juez tenido por competente. En los asuntos exclusivamente patrimoniales no procederá la declaración de incompetencia de oficio, fundada en razón del territorio".

³¹ La norma del art. 30 dice así: "Excusación. Todo juez que se hallare comprendido en alguna de las causas de recusación mencionadas en el art. 17 deberá excusarse. Asimismo podrá hacerlo cuando existan otras causas que le impongan abstenerse de conocer en el juicio, fundadas en motivos graves de decoro o delicadeza. No será nunca motivo de excusación el parentesco con otros funcionarios que intervengan en cumplimiento de sus deberes".

³² La norma del art. 508 dice así: "El deudor es igualmente responsable por los daños e intereses que su morosidad causare al acreedor en el cumplimiento de la obligación".

³³ La norma del art. 509 dice así: "En las obligaciones a plazo, la mora se produce por su solo vencimiento. Si el plazo no estuviere expresamente convenido, pero resultare tácitamente de la naturaleza y circunstancias de la obligación, el acreedor deberá interponer al deudor para constituirlo en mora. Si no hubiere plazo, el juez a pedido de parte, lo fijará en procedimiento sumario, a menos que el acreedor opte por acumular las acciones de fijación de plazo y de cumplimiento, en cuyo caso el deudor quedará constituido en mora en la fecha indicada por la sentencia para el cumplimiento de la obligación. Para eximirse de las responsabilidades derivadas de la mora, el deudor debe probar que no le es imputable".

³⁴ La norma del art. 2433 dice así: "El poseedor de buena fe que ha sido condenado

- determina la elección del actor respecto de la prestación debida por virtud de obligaciones alternativas (Cód. Civ., art. 641)³⁵;
- extingue el derecho de reclamar útilmente una de las posibles pretensiones contempladas en el Código Civil, artículo 2174³⁶ por virtud de la elección que acuerda el Código Civil, artículo 2175³⁷;

3.2) procesales:

- extingue el derecho del actor de desistir unilateralmente del proceso: a partir de la notificación, podrá hacerlo sólo con la previa conformidad (expresa o tácita) del demandado (CPCN, art. 304)³⁸;
- extingue el derecho del actor a modificar su pretensión (CPCN, art. 331)³⁹.

por sentencia a restituir la cosa, es responsable de los frutos percibidos desde el día en que se le hizo saber la demanda, y de los que por su negligencia hubiese dejado de percibir; pero no de los que el demandante hubiera podido percibir. Él no responde la pérdida y deterioro de la cosa causados por caso fortuito.

³⁵ La norma del art. 641 dice así: "Cuando la elección fuere dejada al acreedor, y una de las cosas se hubiese perdido por culpa del deudor, el acreedor podrá reclamar, o la cosa que ha quedado, o el valor de la que se ha perdido. Si se han perdido las dos por culpa del deudor, el acreedor puede reclamar el valor de la una o de la otra. Lo mismo se observará si las prestaciones que comprende la obligación no fuesen de entregar cosas, estimándose entonces por el juez el valor de la que, elegida por el acreedor, no puede prestarse".

³⁶ La norma del art. 2174 dice así: "En el caso del artículo anterior, el comprador tiene la acción redhibitoria para dejar sin efecto el contrario, volviendo la cosa al vendedor, restituyéndole éste el precio pagado, o la acción para que se baje del precio el menor valor de la cosa por el vicio redhibitorio".

³⁷ La norma del art. 2175 dice así: "El comprador podrá intentar una u otra acción, pero no tendrá derecho para intentar una de ellas, después de ser vencido o de haber intentado la otra".

³⁸ La norma del art. 304 dice así: "Desistimiento del proceso. En cualquier estado de la causa anterior a la sentencia, las partes, de común acuerdo, podrán desistir del proceso manifestándolo por escrito al juez quien, sin más trámite, lo declarará extinguido y ordenará el archivo de las actuaciones. Cuando el actor desistiera del proceso después de notificada la demanda, deberá requerirse la conformidad del demandado, a quien se dará traslado notificándosele personalmente o por cédula, bajo apercibimiento de tenerlo por conforme en caso de silencio. Si mediare oposición, el desistimiento carecerá de eficacia y proseguirá el trámite de la causa".

³⁹ La norma del art. 331 dice así: "Transformación y ampliación de la demanda. El actor podrá modificar la demanda antes de que ésta sea notificada. Podrá, asimismo, ampliar la cuantía de lo reclamado si antes de la sentencia vencieren nuevos plazos o cuotas de la misma obligación. Se considerarán comunes a la ampliación los trámites que la hayan precedido y se sustanciará únicamente con un traslado a la otra parte. Si la ampliación, expresa o implícitamente, se fundare en hechos nuevos, se aplicarán las reglas establecidas en el art. 365".

CAPÍTULO 21

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y LA OPOSICIÓN DE EXCEPCIONES

SUMARIO:

1. El derecho de defensa en juicio
2. Oposición del demandado civil
 - 2.1. Contradicción
 - 2.2. Excepción
 - 2.2.1. Excepciones en el proceso civil
 - 2.2.1.1. Que atacan a la acción
 - 2.2.1.2. Que atacan a la pretensión
 - 2.2.1.3. Que postergan la emisión de la sentencia
 - 2.2.1.4. Que atacan a la ejecución de un derecho
 - 2.2.2. Excepciones en el proceso penal
3. Reconvencción
4. Presupuestos procesales de la contestación de la demanda
 - 4.1. Supuesto precedente de la presentación de la contestación de la demanda
 - 4.2. Supuesto consecuente de la contestación de la demanda
 - 4.3. Requisitos para la presentación de la contestación de la demanda
 - 4.3.1. Requisitos intrínsecos de carácter general
 - 4.3.2. Requisitos extrínsecos de la contestación de la demanda

1. EL DERECHO DE DEFENSA EN JUICIO

El tema ya ha sido presentado en el Capítulo 7, al explicar el tema relativo a la acción procesal del pretendiente y a la reacción procesal del resistente.

Respecto de pretensión de contenido no penal, expuse allí las posibles actitudes de abstención y de sumisión. A lo entonces dicho me remito ahora.

También afirmé que el demandado civil puede tomar una actitud de oposición (*contradiendo* la pretensión del pretendiente o *excepcionando*), y, además, reconvenir. Todo, al tiempo de contestar la demanda. En este capítulo toca referirse a tales actitudes.

A modo de introducción a ello, reitero idea ya expuesta en el Capítulo 11: siendo el proceso un método de *debate dialéctico*, es obvio que constituye un *medio* para que se desarrolle un *diálogo* entre las partes actora y demandada¹, durante cuyo desarrollo uno afirma (*tesis*) y el otro niega (*antítesis*) para que el tercero que lo dirige pueda hacer oportunamente la síntesis final (*sentencia*)².

Como hace a la idea lógica de proceso el que las partes se hallen en pie de perfecta igualdad —pues a sus efectos no basta la afirmación del pretendiente ni puede influir para nada su posición social, política, cultural, etcétera— es menester que todo lo que una parte afirme o confirme respecto de la otra sea conocido por ésta a fin de poder controvertir la afirmación o confirmación (por eso es *diálogo* y no *monólogo*)³.

Y el diálogo se concreta al contestar la demanda el demandado civil, oponiéndose al progreso de la pretensión demandada.

2. LA OPOSICIÓN DEL DEMANDADO CIVIL

La oposición —que sólo debe operar en la fase de negación del proceso— puede presentarse de dos maneras: mediante

- 1) una *simple negativa* acerca de la existencia del hecho constitutivo de la obligación cuya prestación pretende el actor, o
- 2) la *afirmación de un hecho* extintivo, impeditivo o invalidativo (ver sus conceptos en el Capítulo 22) del hecho constitutivo, invalidativo o convalidativo (*ídem*) invocado por el actor.

Un ejemplo ayudará a comprender la distinción: si Juan demanda a Pedro pretendiendo cobrar una suma de dinero que dice que le prestó

y no le devolvió, Pedro puede contradecir la pretensión diciendo simplemente a Juan que *no le debe* o, también, que *ya le pagó*.

En el lenguaje corriente ambas respuestas parecen tener idéntico significado: Pedro no se considera deudor de Juan.

Sin embargo, en el tecnicismo procesal existe enorme diferencia entre ellas: decir que *no se debe* implica negar la existencia misma del hecho constitutivo de la obligación (a consecuencia de lo cual y conforme con las reglas que gobiernan el diálogo procesal, Juan tendrá que *confirmar* su afirmación inicial, negada por Pedro; y si no logra efectuarla, perderá el litigio. Como se ve, nada tiene que hacer Pedro luego de emitir su simple negativa); por lo contrario, decir que *ya se pagó* significa cosa diferente: que en algún momento se debió pero que se canceló la obligación por medio del pago (a consecuencia de lo cual, y conforme con las mismas reglas ya citadas, nada tendrá que confirmar Juan toda vez que el hecho constitutivo de la obligación demandada fue aceptado implícitamente por Pedro; en cambio, éste tendrá que acreditar el hecho del pago y, si no lo hace, perderá el pleito).

Esta diferencia en la actividad que puede cumplir el demandado al contradecir la pretensión del actor permite dividir el tema para estudiarlo desde una doble óptica: *contradicción* y *excepción*.

Ambas actitudes —al igual que la que se analizará en el # 3.— deben ser adoptadas en la *contestación de la demanda* que, como acto inicial de la fase procesal de negación, tiene *presupuestos* propios que explicaré *infra* en el # 4 de este Capítulo.

2.1. LA CONTRADICCIÓN DEL DEMANDADO

Esta actitud de oposición tiene lugar cuando el demandado, resistiendo el cumplimiento de la prestación pretendida por el actor, se limita a negar la existencia de su fundamento fáctico o de su encuadre jurídico⁴.

Debe presentarse necesariamente en lo que he llamado *fase procesal de negación* que se abre, por un plazo siempre determinado en la ley,

⁴ En el responde así concebido, el demandado dice simplemente: *no* o *no le debo*.

¹ De quienes se supone que ya se encuentran en situación de conflicto dentro del plano de la realidad social.

² Esto es lo que hace que el método dialógico sea precisamente *dialéctico*.

³ Esto es consecuencia de la naturaleza bilateral de la instancia denominada *acción* —y *reacción*— *procesal*.

luego de que el juez coloca al demandado en la *carga de contestar* (confiriéndole *traslado de la demanda*).

Los requisitos exigidos por las leyes procesales para efectuar la contestación serán explicados en el # 4 de este Capítulo.

2.2. LA EXCEPCIÓN DEL DEMANDADO

Dado que por razones obvias tienen diferentes contenidos pretensionales, presentaré separadamente la nómina de excepciones propias del demandado civil y las que sólo pueden ser opuestas por el reo penal (quien también puede utilizar muchas de las enunciadas para el campo no penal).

2.2.1. LAS EXCEPCIONES EN EL PROCESO CIVIL

La excepción, como actitud de oposición, tiene lugar cuando el demandado, resistiendo igual que antes el cumplimiento de la prestación pretendida por el actor, afirma en su contestación la existencia de un hecho de carácter *extintivo* o *invalidativo* o *convalidativo* respecto del hecho constitutivo afirmado por el actor en su demanda⁵ o *impeditivo* de la formación o continuación de la serie procesal.

Esta conceptualización halla su base, como el resto de la explicación dada en esta obra, en la actividad que realmente cumple el demandado en el proceso.

Doctrinalmente, se ha dado al vocablo *excepción* un significado aún mayor, al designar con él al *derecho de contradecir del demandado*, hablándose así de *acción* y *excepción* como formas específicas del derecho de petición a la autoridad que está consagrado en todas las constituciones modernas.

En otras palabras, se le da al término *excepción* el significado de *derecho de réplica* al contenido de la acción.

Desde la óptica jurídica —y no desde la de la actividad cumplida— la doctrina autoral clasifica a las excepciones desde diversos ángulos diferentes:

⁵ En el responde así concebido, el demandado —ahora *excepcionante*— dice: *no le debo porque... o le debía, pero...* Del mismo modo puede responder el actor a las afirmaciones del demandado que sirven de sustento a la interposición de su excepción.

1) según su origen, en

- *materiales* (tienen su origen en la legislación de fondo) y
- *procesales* (lo hallan en la propia legislación procesal);

2) según sus efectos, en

- *perentorias* (o perpetuas): constituyen defensas contra el derecho alegado por el actor;
- *dilatorias* (o temporales): son defensas que versan sobre el proceso y no sobre el derecho que fundamenta la pretensión, y
- *mixtas*: son aquellas que operan procedimentalmente en modo similar a las dilatorias pero que provocan, en caso de ser acogidas, los efectos propios de las perentorias.

A su turno, las dilatorias (y, a veces, las mixtas) se relacionan con lo que la doctrina denomina *impedimentos procesales* o *cuestiones de procedibilidad*, a su vez íntimamente emparentadas con los *presupuestos procesales*.

Otra vez se ve aquí la existencia de una anarquía terminológica que necesariamente conduce a un caos interpretativo, cosa que el lector puede comprobar con facilidad leyendo sólo algunas pocas obras de diferentes autores.

Personalmente —y no desde la óptica que parte del texto legal o de los efectos que producen las defensas esgrimidas, sino desde la actividad que real y efectivamente cumple el demandado en el proceso— creo que a los fines sistémicos y docentes propios de esta exposición corresponde distinguir entre los posibles *objetos* de las respectivas excepciones (consagradas o no en las leyes procesales).

Y así, partiendo siempre de la alegación por el demandado de un hecho impeditivo, extintivo o invalidativo del hecho constitutivo afirmado por el actor en su demanda, clasificaré las distintas excepciones según que ataquen a:

- 1) la *acción*, con el objeto de lograr su *extinción* o su *paralización* temporal;
- 2) la *pretensión*, con el objeto de que ella sea desestimada en la sentencia;
- 3) la *oportunidad en la cual el juez debe sentenciar*, con el objeto de evitar la creación de caos jurídico.

2.2.1.1. LAS EXCEPCIONES QUE ATACAN A LA ACCIÓN PROCESAL

Habitualmente relacionadas con los *impedimentos procesales* o *cuestiones de procedibilidad*, son las que deben ser propuestas al comienzo mismo del proceso para impedir el desarrollo de la serie procedimental (de ahí la denominación de *dilatorias*, pues su oposición tiene el efecto de dilatar o postergar la continuación del proceso).

Cuando el demandado asume esta actitud, lo hace porque entiende que el proceso ya incoado en virtud de la admisión por el juez de la demanda del actor, carece de validez —por ejemplo, por estar prohibida la posibilidad de accionar— o porque reputa que no será útil para componer el litigio, en razón de no presentarse en el caso la suma total de los requisitos de la acción y de la demanda, que ya he enunciado en los Capítulos 7 y 20 (basta que falte uno solo, por ejemplo, la competencia del juez o la personería invocada por el procurador, para que el proceso no resulte útil, en principio, como medio de debate).

Como se verá luego, la existencia y la vigencia de cada uno de tales presupuestos puede ser defendida por el demandado mediante la interposición de una correlativa excepción.

Dada la íntima relación que existe entre este tipo de excepción y el respectivo presupuesto procesal, creo que el tema se comprenderá mejor si hago una breve referencia al origen del problema.

Para ello, resulta ineludible partir de la clásica obra de Oskar von Bülow, considerada unánimemente como la base de todos los sistemas posteriores y el comienzo de la ciencia procesal.

Dicho autor partió en sus explicaciones de la observación atenta del fenómeno doctrinario imperante en su época (comienzos de la segunda mitad del siglo XIX), exhibido a través de la interpretación de los glosadores respecto del doble juicio que existía en el derecho romano en el *periodo formulario* (*per formula*), consistente en una etapa *in jure*, que se cumplía ante el pretor y otra *in iudicio*, que se realizaba ante el juez.

En este tipo de procedimiento, el pretor entregaba al interesado una *fórmula* (de ahí la denominación de *formulario*) que contenía las instrucciones que el propio pretor daba al juez por él designado y constaba de:

- 1) la *demonstratio*, enunciación del hecho constitutivo de la litis;

- 2) la *intentio*, enunciación mediante la cual el actor concretaba su pretensión;

- 3) la *condemnatio*, enunciación final por la cual se le pedía al juez que, si se daban los supuestos de las anteriores enunciaciones, condenara o absolviera al demandado.

Analizando este doble juicio, el autor citado demostró que no tuvo su origen en el mero intento de dividir la función de juzgar entre un oficial público (pretor) y el juez popular, sino que se fundó en la contraposición del supuesto de hecho de la relación procesal con el supuesto de hecho de la relación material litigiosa.

De tal forma, el contenido de la fase *in jure* se integró con la que hoy se conoce como *presupuestos procesales* y, así, en el respectivo procedimiento de carácter *claramente preparatorio*, quedaban resueltas en forma definitiva todas las alegaciones relativas a ellos.

Se ve así que, ya desde el derecho romano, podía discutirse la *validez* del nacimiento de lo que mucho tiempo después se denominó *relación procesal*, dentro de una cierta y definida etapa del juicio y esto se hacía mediante lo que genéricamente se conoció como *exceptio* (limitación, reserva, restricción, excepción).

Sin embargo, razones de injusticia notoria⁶ hicieron que, con el tiempo, el pretor autorizara en la fórmula el tratamiento por el juez de otro tipo de *exceptio* vinculada ahora con la relación material litigiosa (en la clasificación formulada anteriormente, las *excepciones que atacan a la pretensión*).

Estudios posteriores confundieron la naturaleza y finalidad de ambas excepciones procesales (las que trataba directamente el pretor y las que derivaba al conocimiento del juez) hasta tal punto que hubo autores que sostuvieron que ellas eran “un monstruo que deforma, equivoca y deshonor a la ciencia jurídica”.

⁶ Desde antiguo se entiende por tal a “la opresión o sinrazón que padece el litigante vencido en juicio cuando, por lo que resulta del proceso y sin necesidad de nuevas pruebas, se ve claramente que la decisión del tribunal no puede sostenerse, ora por falta de citación o de poder en los procuradores o de algunas de las solemnidades sustanciales del juicio, ora porque no se conforma al sentido y espíritu de la ley o al sistema de jurisprudencia adoptado constantemente por los tribunales superiores o al derecho natural o a las buenas costumbres, o a lo deducido y probado por las partes en juicio”.

Reaccionando contra la teoría clásica de las excepciones procesales para la aplicación del derecho, y con la confesada intención de "romper abiertamente y sin reservas con esa errónea doctrina que deformó desde su raíz a todo el sistema procesal civil", sostuvo Bülow que

Si el proceso es una *relación jurídica* (ver el Capítulo 11) —tesis que acepta *ab initio*— se presentan en la ciencia procesal análogos problemas a los que surgieron y fueron resueltos respecto de las demás relaciones jurídicas.

La exposición acerca de una relación jurídica debe dar, ante todo, una respuesta a la cuestión relacionada con los *requisitos* a que se sujeta el nacimiento de aquélla.

Se precisa saber entonces entre qué personas puede tener lugar, a qué objeto se refiere, qué hecho o qué acto es necesario para su surgimiento, quién es capaz o está facultado para realizar el acto.

Estos problemas deben plantearse también en la relación jurídica procesal y no se muestran —a su respecto— menos apropiados y fecundos que lo que se mostraron ya en las relaciones jurídicas privadas.

También aquí ellos dirigen su atención a una serie de importantes preceptos legales estrechamente unidos.

En particular; a las prescripciones sobre:

- competencia, capacidad e insospechabilidad del tribunal;
- capacidad procesal de las partes y legitimación de sus representantes;
- cualidades propias e imprescindibles de una materia litigiosa civil;
- redacción y comunicación de la demanda;
- obligación del actor por las cauciones procesales;
- orden entre varios procesos.

Estas prescripciones deben fijar —en clara contraposición con las reglas puramente relativas a la marcha del procedimiento— los requisitos de admisibilidad y las condiciones previas para la tramitación de toda la relación procesal. Ellas precisan entre qué personas, sobre qué materia, por medio de qué actos y en qué momento se puede dar un proceso.

Sobre tales bases, y admitiendo Bülow que las que se conocían hasta entonces como *excepciones procesales* (dilatatorias) no eran otra cosa que

los mismos *presupuestos procesales*, sólo que *expresados negativamente en forma de excepción*, elabora su teoría que resulta inspiradora de importantes y variadísimos estudios posteriores.

A partir de allí, con la denominación de *presupuestos procesales* o de *cuestiones de procedibilidad* se estudian las *condiciones que deben presentarse inicialmente para el desarrollo integral de la serie procesal*, pues los jueces no deben limitarse a sentenciar una pretensión jurídica presentada a su conocimiento sino que, en forma previa, deben asegurarse de que concurran en el respectivo proceso todas las condiciones de su existencia y de su utilidad para heterocomponer el litigio.

De ahí que corresponda tratar ahora el tema desde la óptica del *objeto del ataque* por el excepcionante a la acción procesal (todavía no menciono para nada a la pretensión): aquél puede intentar *extinguirla* (significa que no se le dé o se le deje de dar curso en forma definitiva) o *paralizarla* (que no se le dé curso en forma temporaria, hasta que se solucione el impedimento respectivo).

Vemos todo seguidamente.

1) *Excepciones que tienen por objeto lograr la extinción de la acción procesal*:

Son aquellas que el excepcionante alega a base de afirmar la existencia de *hechos impeditivos de la formación misma del proceso* y que tienen por objeto lograr la inmediata cesación del desarrollo de la serie iniciada con la admisión de la demanda (caso de acogerla, el juez debe ordenar el archivo de las actuaciones ya cumplidas ante él).

Como las excepciones que corresponde enunciar en este tópico puntual —aquí lo itero— son la expresión negativa de los presupuestos de la acción procesal que enuncié en el Capítulo 7, deben coincidir con ellos en su número y denominación, salvo en lo tocante a la *adecuada investidura de la autoridad*, cuyo respectivo presupuesto se presentó sólo con simple interés académico.

Por tanto, las excepciones son:

1.1) *Excepción de carencia de acción*⁷:

El excepcionante afirma al interponerla que la acción ejercitada me-

⁷ Se vincula con el presupuesto existencia de posibilidad de accionar.

dante la demanda no es admisible por cuanto la pretensión que contiene no puede ser procesada (discutida ante un juez o árbitro) ni sometida a la decisión de un tercero.

Ello ocurre en cuatro supuestos:

- a) cuando la propia ley prohíbe el procesamiento de una pretensión determinada (en Argentina, por ejemplo, regía la prohibición absoluta de indagar la maternidad de una mujer casada, art. 326 del Cód. Civil, en su versión originaria⁸ del Código Civil, en su norma reiterada en el art. 3 de la ley 14.367⁹). El caso ya ha sido explicado en el Capítulo 7;
- b) cuando resulta manifiesta la carencia total de contenido jurídico de la pretensión deducida, que aparece basada exclusivamente en un interés moral, religioso o social no protegido por el Derecho;
- c) cuando surge evidente de la pretensión demandada que ella no se vincula con un supuesto efectivo de colisión de intereses, razón por la cual no existe litigio (ni conflicto) susceptible de heterocomposición. El supuesto constituye lo que habitualmente se denomina *caso abstracto*;
- d) cuando la pretensión ostenta una exclusiva naturaleza política que, como tal, no es justiciable. El caso refiere a ciertos actos de gobierno que sólo están sujetos a responsabilidad política y que, por tanto, escapan a todo control judicial (por ejemplo, declaración de guerra o de estado de sitio, fijación del valor de la moneda, etcétera)¹⁰.

⁸ La norma decía: "La indagación de la maternidad no tendrá lugar cuando sea con objeto de atribuir el hijo a una mujer casada".

⁹ La norma decía: "La acción de filiación de los hijos nacidos fuera del matrimonio se regirá por lo dispuesto en el art. 325 del código civil. No procederá, sin embargo, cuando tenga por fin atribuir el hijo a una mujer casada". Hoy está derogada por ley 23.264.

¹⁰ En los últimos años, el concepto ha sido avasallado por la circunstancias. En forma aparentemente inexplicable e imprevista se presentó en los hechos una extrema politización del Poder Judicial de Argentina, en el cual muchos jueces comenzaron a tener una clara y reiterativa injerencia política al asumir la decisión primaria o final de cuestiones que constitucionalmente son aún privativas de otros Poderes y que no eran —propriadamente— litigios (conflictos intersubjetivos de intereses) sino cuestiones políticas por completo ajenas a la decisión de los jueces.

Con ello se presentó una clara intromisión en la esfera del poder político de gobierno con lo cual —y si bien se mira— el Poder Judicial dejó de ser órgano de *cogobierno* para ser ahora órgano de *desgobierno*.

Los ejemplos de esta afirmación pueden ser vistos en las tapas de los diarios de casi

Escasos son los códigos que consagran en forma expresa la vigencia de esta excepción, con la denominación de *defecto absoluto en la potestad de juzgar*¹¹.

Sin embargo, ella debe ser aceptada aun a falta de toda mención legislativa, ya que la importancia del presupuesto cuya vigencia defiende así lo exige para no quedar desprotegido y poder lograr la existencia válida de un proceso.

Por obvias razones lógicas, debe ser propuesta y decidida antes que toda otra cuestión que plantee el demandado y, de no ser así, debe ser suplida oficiosamente por el juez actuante en cualquier estado y grado del proceso.

Resta agregar que esta excepción así tipificada nada tiene que ver con la que desde antaño se denomina *excepción de falta de acción* (*sine actione agit*) que explicaré al estudiar a las que atacan a la pretensión.

No se me escapa que el criterio clasificatorio que estoy desarrollando puede ser criticado so pretexto de que propongo la conceptualización de la excepción de *carencia de acción* con fundamento en la *improponibilidad de la pretensión*.

todos los días: la Justicia interviene en la formación de los precios de los servicios públicos; abre, cierra o limita los cupos de importación de ciertas mercaderías; impide hacer el cambio de hora que las circunstancias reclaman; interviene en los procesos de licitación, deteniéndolos *sine die*; paraliza la circulación de los trenes; impide la distribución de los diarios que se entregan gratuitamente al público; ordena al gobierno local la construcción de un servicio de cloacas; suspende la negociación de contratos internacionales; ordena la remodelación de edificios públicos; impide el cobro de ciertos servicios cual el de información en materia telefónica; suspende el cobro de impuestos o alguna de sus modalidades, etcétera. Todo ello, por la vía del *amparo* que, durante muchísimos años, fue ignorado por los jueces —en rigor, la historia del instituto muestra su constante rechazo o su negativa a intervenir en la materia— o, actualmente, por la vía cautelar *autosatisfactiva*, que ha venido a hacer tabla rasa con el derecho de defensa en juicio, pues posibilita que el juez haga todo lo que hace sin audiencia previa del interesado que ha de sufrir inmediatamente los efectos contrarios de la decisión así adoptada. Como se ve, un claro y abusivo ejercicio de autoritarismo, a contrapelo de normas superiores de origen constitucional y que sólo produce supuestos de injusticia notoria en los términos vistos en la nota 6 de este Capítulo.

¹¹ Así, CPC Santa Fe, art. 2: "...Cuando la decisión de la demanda no corresponda en absoluto al Poder Judicial, el tribunal deberá declararlo así, en cualquier etapa o grado, de oficio o a pedido de parte".

Pero advierto –como ya lo he hecho antes– que acción, pretensión y demanda son términos que se correlacionan íntimamente y que se apoyan en forma recíproca en el plano jurídico, de modo tal que no puede concebirse una acción procesal que no esté exteriorizada en su ejercicio por una demanda y que no contenga una pretensión concreta de contenido jurídico que sea susceptible de presentar al conocimiento y decisión de un tercero imparcial.

En razón de que con esta excepción se intenta lograr la inmediata cesación del desarrollo de la serie procedimental y que, por tanto, no podrá ser considerada en la sentencia (como cabe hacer con todas las excepciones que atacan a la pretensión), la he insertado en este tópico aunque la prohibición legal verse acerca del contenido pretensional.

En otras palabras y más sencillamente: el caso propuesto supone que el demandado no acepta la actividad de *procesar* la pretensión (lo cual es mucho más grave que intentar el rechazo de la pretensión en la sentencia, luego de ser procesada).

1.2) Excepción de caducidad de la acción¹²

El excepcionante afirma al interponerla que la acción intentada mediante la demanda se halla caduca por haber sido propuesta luego de finalizado el plazo establecido por la ley para su deducción válida.

El tema ya ha sido largamente desarrollado en el Capítulo 7 al explicar el respectivo presupuesto.

No obstante, itero acá los ejemplos que surgen en el régimen argentino de los artículos 258¹³ y 325¹⁴ del Código Civil.

¹² Se vincula con el presupuesto ausencia de caducidad de la acción.

¹³ La norma dice: "El marido puede impugnar la paternidad de los hijos nacidos durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o anulación, alegando que él no puede ser el padre o que la paternidad presumida por la ley no debe ser razonablemente mantenida en razón de pruebas que la contradicen..." En el texto anterior decía: "Los herederos del marido no podrán contradecir la legitimidad de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, cuando él no hubiera comenzado la demanda. En los demás casos, si el marido ha muerto sin hacer reclamación contra la legitimidad del hijo, sus herederos y cualquiera persona que tenga interés actual en ello, tendrán dos meses para interponer la demanda..."

¹⁴ La norma original, derogada por la ley 23.264, decía: "Los hijos naturales tienen derecho a pedir ser reconocidos por el padre o la madre o para que el juez los declare tales [...] No habiendo posesión de estado, este derecho sólo puede ser ejercido por los hijos durante la vida de sus padres".

Al igual que la excepción anteriormente tratada, ésta carece de expresa consagración legislativa en la absoluta mayoría de los códigos procesales.

Sin embargo, debe ser aceptada judicialmente porque con su deducción se tiende a evitar en modo definitivo el desarrollo íntegro de la serie procedimental.

En idéntica forma a lo expresado antes, debe ser opuesta en forma previa a la de toda otra cuestión y ser resuelta inicialmente. De no ser así, habrá de ser suplida de oficio por el juez actuante en cualquier estado y grado del proceso.

1.3) Excepción de incapacidad jurídica del actor para ser parte procesal¹⁵

El excepcionante afirma al interponerla que el actor carece de esta capacidad por haberse extinguido su personalidad en el caso de personas jurídicas o por haber fallecido durante el curso de la serie, en el caso de ser persona física (en términos más sencillos: *quien demanda no es persona o ha dejado de serlo*).

Cabe tener en cuenta que no encuadran en el supuesto en tratamiento las *simples asociaciones civiles o religiosas* y ciertos *patrimonios autónomos* que, sin ser sujetos de derecho en el campo de la normativa de fondo, deben ser considerados como entes unitarios a efectos de poder participar en un proceso.

Al igual que las anteriores y aun a falta de norma expresa, debe ser propuesta y resuelta inicialmente o en el momento en el cual aparezca la incapacidad y, en su defecto, ser suplida por el juez.

Cuando el caso se presenta por fallecimiento del actor durante el curso de la serie, las leyes procesales prevén una solución adecuada: la citación de los herederos del causante –continuadores de su personalidad– para que tomen participación en el proceso pendiente.

Obviamente, en el supuesto de no haber heredero alguno la excepción es estimable por el juez.

Como puede verse en lo expuesto anteriormente, hay un rasgo común que caracteriza a todas estas excepciones: siempre se cuestiona la va-

¹⁵ Se vincula con el presupuesto procesal de la acción conocido como capacidad jurídica para ser parte.

lidez misma del proceso al cual el demandado reputa indebidamente incoado, siempre tienden a lograr el inmediato archivo de las actuaciones cumplidas y nunca son convalidables los hechos que las fundamentan.

No ocurre otro tanto con las excepciones que se describirán seguidamente, mediante las cuales se procura extender en el tiempo la formación del proceso por considerar que el ya incoado, aunque válido, no será útil para lograr la heterocomposición del litigio.

Además, siempre son convalidables los hechos que las fundamentan.

2) Excepciones que tienen por objeto lograr la paralización del proceso:

Son aquellas que el excepcionante deduce a base de afirmar la existencia de hechos impeditivos de la continuación del proceso y que tienen por objeto la inmediata paralización del desarrollo íntegro de la serie procedimental incoada con la admisión de la demanda.

Según los contingentes regímenes legales, algunas de tales excepciones son solucionables por el actor en el mismo procedimiento ya incoado, que puede volver a tomar su curso; otras, en cambio, exigen el archivo de lo actuado y la promoción de nueva demanda que se adecue a los presupuestos que regulan su utilidad.

Como se ve, en los dos supuestos el objeto final es idéntico: lograr la extensión en el tiempo de la formación del proceso que resultará eficaz para heterocomponer el litigio.

Las excepciones que corresponde enunciar en este tópico son la expresión negativa de los requisitos de la demanda judicial que enuncié en el Capítulo anterior, por lo cual deben coincidir con ellos en su número y denominación.

2.1) Excepción de incompetencia¹⁶

El excepcionante afirma al interponerla que el actor ha incoado su demanda ante una autoridad (juez o árbitro) que carece de competencia (legal o convencional) para admitirla (darle curso).

Todo lo relativo a la competencia ha sido desarrollado en el Capítulo 10, a cuya lectura remito.

¹⁶ Se vincula con el requisito procesal de la demanda denominado *competencia de la autoridad que recibe la instancia*, juez o árbitro.

Las leyes procesales en general norman acerca de esta excepción, y le otorgan el carácter de *dilatoria*, por lo cual exigen su oposición en forma de *artículo de previo y especial pronunciamiento*.

En rigor, y cuando se articulan varias, debe ser la primera en quedar resuelta ya que si la autoridad se declara incompetente no debe entrar a conocer y decidir las otras excepciones opuestas.

Muchos son los códigos que califican como de *orden público* a la competencia judicial.

Cuando esto sucede permiten la deducción de esta excepción en cualquier estado y grado de la causa, con obvio detrimento de la celeridad y economía del proceso, de la seguridad jurídica y de la seriedad que deben tener los actos procesales.

Otros, en cambio, establecen un momento límite para su oposición (generalmente el de la contestación de la demanda), pasado el cual ninguna de las partes puede cuestionar la competencia ni el propio juez (o árbitro) puede declarar su incompetencia de oficio.

El sistema parte de una óptica diferente: no considerar que la competencia se vincule con el *orden público*. Como es obvio, ello no puede ocurrir en materia penal.

Rigen a este respecto las reglas enunciadas al tratar las *cuestiones de competencia* en el Capítulo 10.

2.2) Excepción de falta de capacidad procesal del actor (o de falta de personalidad o de falta de *legitimatío ad processum*)¹⁷

El excepcionante afirma al interponerla que el actor carece de capacidad jurídica para obligarse por sí mismo con motivo del proceso, razón por la cual no podrá serle oponible la sentencia que eventualmente se dicte acerca del litigio.

El caso difiere en modo radical del enunciado anteriormente con la denominación de *excepción de incapacidad jurídica del actor para ser parte procesal*: allá se afirma que quien demanda no es persona o ha dejado de serlo; acá que es persona pero civilmente incapaz de hecho y que, como tal, carece de toda aptitud para contraer obligación alguna por sí misma.

¹⁷ Se vincula con el presupuesto procesal de la demanda denominado *capacidad procesal del actor*.

En el campo de la actividad cumplida en el proceso, parece claro que en este caso hay un actor que insta, razón por la cual no puede hablarse de carencia o de imposibilidad de instar.

Y parece claro también que el proceso que válidamente surja de ese instar no podrá ser eficaz por la incapacidad de hecho de quien lo inició.

Esta excepción está expresamente autorizada en casi todos los códigos procesales con el carácter de *dilatoria* y todos exigen su interposición previa para evitar el inútil desarrollo de la serie procedimental.

Además, y dada su importancia en términos de eficacia procesal, el juez debe suplirla de oficio en cualquier estado y grado de la causa.

Sin embargo, la situación fáctica es solucionable: basta que tome participación en el proceso el respectivo representante legal del incapaz, asumiendo la calidad de actor, para que el curso procedimental pueda continuar, con lo cual se evita el archivo de las actuaciones ya cumplidas. La participación del representante origina otra situación que puede generar la siguiente excepción:

2.3) Excepción de falta de personería en el actor¹⁸

El excepcionante afirma al interponerla que quien actúa en el proceso como representante *legal* o *convencional* del actor, no lo es o no ha acreditado suficientemente tal carácter.

Al igual que las anteriores, esta excepción está autorizada en casi todos los códigos procesales con el carácter de *dilatoria* y, por ello, exigen su interposición previa para evitar el inútil desarrollo de la serie procedimental.

Además, es suplicable de oficio por el juez dada su importancia en términos de eficacia procesal, toda vez que la sentencia que oportunamente se dicte respecto del litigio podrá ser inoponible para la parte procesal cuya adecuada representación no existió o no se comprobó.

Por razones obvias, esta excepción también juega a favor del actor y en contra del demandado cuando éste es quien no aparece adecuadamente representado en el proceso (legal o convencionalmente).

¹⁸ Se vincula con el presupuesto procesal de la demanda denominado *adecuada representación del actor*.

2.4) Excepción de falta de derecho de postulación en el actor¹⁹

El excepcionante afirma al interponerla que el actor, aun siendo persona capaz de obligarse por sí misma, ha realizado ante la autoridad algún acto sin tener la *aptitud* exigida por la ley al efecto.

Cuadra recordar aquí que en el Capítulo 20 expliqué el presupuesto de marras indicando que la mayoría de los ordenamientos vigentes exigen que en el desarrollo del proceso actúe un *abogado* (o, en ciertos casos, un *procurador*) como garantía para el justiciable de un eficaz y eficiente resultado²⁰. Sólo en supuestos verdaderamente excepcionales tales legislaciones permiten que sea el propio interesado quien inste ante la autoridad²¹.

Por supuesto, otros ordenamientos admiten irrestrictamente la actuación de éste.

Las legislaciones que restringen la actividad personal de las partes se muestran particularmente severas en los casos de transgresión, llegando a ordenar a los jueces que devuelvan al presentante los escritos que carezcan de firma de letrado, con el perjuicio que es fácil de imaginar para la parte.

Esta excepción, que al igual que la anterior rige tanto para el demandado como para el actor, no está habitualmente autorizada como tal en los códigos procesales, apareciendo la mayoría de las veces en las leyes que organizan el funcionamiento del Poder Judicial.

2.5) Excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda (o excepción de oscuro libelo)²²

El excepcionante afirma al interponerla que el actor no ha respetado los requisitos impuestos por la ley para la confección de su demanda, a raíz de lo cual el excepcionante no puede hacer valer de modo correcto

¹⁹ Se vincula con el presupuesto procesal denominado *adecuado derecho de postulación en el actor*.

²⁰ Si bien se mira, el origen y fundamento de la norma es claramente corporativo.

²¹ Ello ocurre cuando es absolutamente claro que la parte procesal no requiere de ayuda abogadil como, por ejemplo, para comparecer, contestar requerimientos de carácter personal, pedir su propio beneficio de litigar sin gastos, solicitar medidas urgentes, percibir órdenes de pago, etcétera.

²² Se vincula con el requisito procesal denominado *demandas que reúnan los requisitos legales o debida demanda*.

y pleno su derecho de defensa en juicio ya que ignora por lo menos una de las siguientes circunstancias: quién, a quién, qué y por qué demanda.

Como es fácil de comprender, el respectivo presupuesto es de capital importancia, ya que de su adecuado cumplimiento depende nada menos que la posibilidad de defensa del demandado.

Todos los códigos que aceptan la escritura como medio de expresión en el proceso admiten expresamente esta excepción, a la cual otorgan carácter *dilatorio*, razón por la cual debe ser opuesta y resuelta en forma previa a la oportunidad correspondiente a la contestación de la demanda.

Esta excepción también puede ser deducida por el actor contra el demandado cuando éste adopta la actitud de *reconvención* (ver infra, en este mismo Capítulo).

2.6) Excepción de inadecuada acumulación de pretensiones²³

El excepcionante afirma al interponerla que el actor ha acumulado en su demanda diversas pretensiones que se excluyen entre sí (ver el Capítulo 23), a raíz de lo cual no puede ejercitar adecuadamente su derecho de defensa en juicio.

Esta excepción no está autorizada como tal en ningún código y la doctrina no la acepta como vinculada a ningún presupuesto de la demanda sino con la sentencia que se dicte luego del proceso.

A lo sumo, en las raras oportunidades en las cuales el caso se ha presentado en la vida forense, ha sido deducida como comprendida en la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda. Pero esto constituye una simple solución del problema que no es admisible académicamente y que por su importancia merece y debe ser presentado con rigor científico.

De ahí que, por mi parte, ya sostuve en el Capítulo anterior que es un claro requisito de la demanda porque en caso de sostenerse pretensiones excluyentes entre sí, no se trata de procurar que el juez sepa

²³ Se vincula con el presupuesto procesal de la demanda denominado *correcta acumulación de pretensiones*.

cómo sentenciar sino, mucho más importante, que el demandado sepa cómo defenderse.

En esta tesitura resulta razonable sostener que debe ser opuesta —al igual que todas las anteriores— en forma previa y ser resuelta antes de la contestación de la demanda.

Hasta aquí he enunciado las excepciones que se vinculan estrictamente con los presupuestos procesales de la demanda.

Pero ellas no son todas. Antes bien, existen —legisladas o no— otras que también nacen del mismo proceso en el cual se oponen y que se relacionan con otras circunstancias.

Continuando la enumeración ya iniciada, ellas son:

2.7) Excepción de ausencia manifiesta de legitimación para obrar

El excepcionante afirma al interponerla que el actor no es la persona que debe demandar a base de la pretensión hecha valer en la demanda o que el propio excepcionante no es la persona que debe responder a dicha pretensión.

El tema se relaciona estrechamente con uno de los presupuestos de la sentencia de mérito que se dicte con motivo del proceso y que se conoce doctrinalmente con la denominación de *legitimatío ad causam*.

De allí que sean escasas las legislaciones que la autorizan expresamente como de articulación y resolución previa, toda vez que el tema debe ser estudiado y considerado en la sentencia.

Sin embargo, cuando la carencia de legislación es *manifiesta*, ha parecido razonable a algún legislador evitar el desarrollo de todo el proceso que, de seguro, terminará en una sentencia que rechazará su pretensión por aquel motivo.

Este es, simplemente, el origen legal de la excepción.

2.8) Excepción de arraigo

El excepcionante afirma al interponerla que, en caso de resultar vencedor en el litigio, no podrá percibir del actor las costas causadas en el proceso y pide que le sean afianzadas.

Aceptada por casi todas las legislaciones, puede ostentar disímil fundamento: el actor no reside en el lugar del pleito o carece de bienes

inmuebles o de otros bienes suficientes en el lugar del pleito para hacer frente a una eventual condena en costas.

Cuando se da en el actor la situación prevista por la ley, debe prestar una *caución* que garantice al demandado la percepción de su eventual acreencia.

Otras excepciones más, por fin, que también nacen del proceso en el cual se oponen, tienen distintos fundamentos que las anteriores.

Continuando con la enumeración ya iniciada, añado la:

2.9) *Excepción de litispendencia por conexidad causal o por afinidad*

El excepcionante afirma al interponerla que se halla pendiente de procesamiento o de juzgamiento otro litigio en el cual se discute la misma causa (conexidad causal) o sólo el mismo hecho causal (afinidad) (ver la explicación de los casos en el Capítulo 8), con el objeto de que ambos procesos se acumulen en un solo procedimiento (cuando la acumulación es materialmente imposible la excepción tiene otro objeto, como se verá *infra*).

En razón de que la litispendencia por conexidad causal o por afinidad constituye una excepción a las reglas de la competencia objetiva, la doctrina acepta su planteamiento por la vía de la excepción de incompetencia (declinatoria), en la cual la subsume. Éste es el motivo de que sean escasos los códigos procesales que la autorizan de modo expreso.

Pero cabe añadir que esta excepción es de mayor importancia que la de incompetencia, de donde resulta la conveniencia de estudiarlas y legislarlas por separado: y es que en las normativas en las cuales la deducción de la incompetencia tiene un límite temporal definitivo (generalmente la contestación de la demanda), la de litispendencia por conexidad causal o por afinidad puede y debe ser interpuesta en cualquier momento antes de la sentencia definitiva, ya que la razón de su deducción es lograr la plena vigencia del principio de seguridad jurídica, evitando la emisión de pronunciamientos contradictorios.

2.10) *Excepción de falta de caución en caso de representación procesal asumida por parientes*

El excepcionante afirma al interponerla que el pariente gestor de una de las partes procesales y que compareció por ella no prestó la fianza del caso.

Para mejor comprender el caso, debo recordar que algunas legislaciones admiten que un pariente (dentro de ciertos grados bien delimitados) de quien es o va a ser parte procesal y que se encuentra fuera del lugar del juicio asuma espontáneamente su representación en el respectivo litigio por un plazo determinado.

A tal fin, y como condición ineludible de su actuación, el pariente debe dar *caución* suficiente de que lo que haga será ratificado por la parte procesal a cuyo nombre obra²⁴.

Obviamente, esto puede suceder en el campo de las posibilidades; por ello es que ciertos códigos que autorizan este supuesto consagran expresa o implícitamente esta excepción, que puede interponer la parte contraria a la representada (advértase que puede ser tanto el actor como el demandado).

2.11) *Excepción de falta de pago de costas ya devengadas*

El excepcionante afirma al interponerla que la parte contraria le adeuda el pago de costas impuestas con anterioridad en el mismo proceso y que, por ello, no puede instar útilmente.

Para mejor comprender el supuesto, debo recordar que algunas legislaciones establecen expresamente la prohibición de deducir un incidente sin haber abonado previamente las costas causadas en uno anterior²⁵, como forma de moralizar el proceso, poniendo vallas a la actuación de la parte que utiliza artilugios para dilatar indebida o innecesariamente la terminación de la serie procedimental.

Cuando esto ocurre, la parte contraria —acreedora de las costas— puede excepcionar solicitando que no se admita el curso del nuevo incidente sin la justificación previa del pago de lo adeudado.

²⁴ Por ejemplo, el art. 43 del CPC de Santa Fe establece: "Podrá asumirse la representación de parientes ausentes del país, dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, sin necesidad de acompañar poder, *prestando caución de que los actos serán ratificados*. Si no lo fueren dentro de tres meses contados desde que comenzó la gestión, quedará anulado lo actuado por el gestor y éste pagará todas las costas causadas".

²⁵ Por ejemplo, el CPC de Santa Fe establece en su art. 328: "El condenado en costas en un incidente no podrá promover otro si no justifica el pago de aquéllas. La parte vencedora tendrá derecho a pedir también la paralización de los trámites del principal mientras no se efectúe el pago".

Finalmente, la posibilidad de excepcionar con el objeto de paralizar temporariamente el desarrollo de la serie procedimental surge también de otras circunstancias ajenas al proceso en el cual deben ser deducidas.

En general, tales circunstancias nacen de la legislación de fondo y se conocen doctrinalmente con la denominación de *defensas previas*.

A título de ejemplo, y sobre la base de la legislación argentina, pueden citarse algunas que operan siempre como *excepciones dilatorias* (deben ser opuestas y resueltas en forma previa a la contestación de la demanda) y cuyas denominaciones tradicionales en la misma normativa son las siguientes:

2.12) *Excepción de días de llanto o luto* (Cód. Civil argentino, art. 3357)²⁶

El excepcionante —como heredero que ha sido demandado para que acepte o repudie la herencia— afirma al interponerla que, al tiempo de presentarse la demanda, no ha transcurrido el plazo de nueve días desde la muerte del causante, por lo cual solicita la paralización del proceso hasta el vencimiento de tal plazo.

La norma prohibitiva también alcanza al juez, quien oficiosamente no debe admitir demanda alguna durante la vigencia de los nueve días de luto, lo cual surgirá de una simple comparación de fechas.

2.13) *Excepción de plazo para hacer el inventario* (texto anterior de los arts. 3366 y 3368²⁷ del Cód. Civil argentino)

²⁶ La norma dice: “Hasta pasados nueve días desde la muerte de aquel de cuya sucesión se trate, no puede intentarse acción alguna contra el heredero para que acepte o repudie la herencia. Los jueces, a instancia de los interesados, pueden entre tanto dictar las medidas necesarias para la seguridad de los bienes”.

²⁷ En su texto anterior, según la ley 17.711, el art. 3366 decía: “El heredero tiene, para hacer el inventario, tres meses contados desde la apertura de la sucesión, o desde que supo que la sucesión se la defería, y treinta días para deliberar sobre la aceptación o repudiación de la herencia. Este último término corre desde la expiración de los tres meses para hacer el inventario; y si el inventario ha sido terminado antes de los tres meses, desde que estuviere concluido”. En su texto actual, la norma dice: “El heredero perderá el beneficio si no hiciere el inventario dentro del plazo de tres meses contados desde que hubiese sido judicialmente intimado por parte interesada”. El art. 3368 dice: “Si por la situación de los bienes o por otras causas no ha podido concluirse el inventario, los jueces pueden conceder las prórrogas que sean indispensables con los mismos efectos que los tiempos designados por la ley”.

Esta excepción operaba cuando, demandado un heredero por acreedores o legatarios del causante pretendiendo percibir sus créditos y legados, afirmaba al interponerla que al momento de incoarse la respectiva demanda no había transcurrido el plazo para hacer el inventario, que era de tres meses contados desde la apertura de la sucesión o desde que supo que la sucesión le defería y treinta días más para deliberar acerca de la aceptación o repudiación de la herencia.

Cabe añadir acá idéntica consideración que la efectuada en el punto precedente.

2.14) *Excepción de contrato incumplido* (Cód. Civil argentino, art. 1201)²⁸

El excepcionante afirma al interponerla el carácter bilateral del contrato que fundamenta la pretensión de cumplimiento del actor, con el objeto de que se paralice el procedimiento hasta tanto éste acredite haber cumplido u ofrecido cumplir su propia prestación o, en su defecto, que la obligación es a plazo.

2.15) *Excepción de beneficio de excusión* (Cód. Civil argentino, art. 2012)²⁹

El excepcionante —demandado conjuntamente en su calidad de fiador simple de su coparte— afirma al interponerla que aún no se han excusado todos los bienes del deudor principal, con el objeto de que se paralice el procedimiento hasta tanto el actor acredite la excusión o su improcedencia.

2.16) *Excepción de prohibición de iniciar juicio petitorio estando pendiente un juicio posesorio sobre la misma cosa* (Cód. Civil argentino, art. 2484)³⁰

Mediante esta excepción el demandado en juicio petitorio afirma que existe pendiente un juicio posesorio entre las mismas partes y sobre la misma cosa, con el objeto de lograr el archivo de la causa o su paralización, hasta tanto se demuestre que ha finalizado la instancia posesoria.

²⁸ Cód. Civil, art. 1201 dice: “En los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probase haberlo ella cumplido u ofreciese cumplirlo, o que su obligación es a plazo”.

²⁹ La norma dice: “El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor, sin previa excusión de todos los bienes del deudor”.

³⁰ La norma dice: “Establecido el juicio posesorio, el petitorio no puede tener lugar, antes que la instancia posesoria haya terminado”.

2.17) *Excepción de prohibición de iniciar el juicio petitorio antes de haber satisfecho las condenaciones pronunciadas en un juicio posesorio anterior* (Cód. Civil argentino, art. 2486)³¹

Mediante esta excepción el demandado en juicio petitorio (actor vencedor en un juicio posesorio anterior) afirma que el actor (demandado vencido en dicho juicio posesorio) no ha satisfecho plenamente las condenaciones pronunciadas en el juicio posesorio, con el objeto de lograr el archivo de las actuaciones o de paralizar el procedimiento en curso mientras no se acredite tal circunstancia.

2.18) *Excepción de falta de intimación previa al deudor en la demanda contra el tercero poseedor* (Cód. Civil argentino, arts. 3162 y 3163)³²

Mediante esta excepción el demandado en calidad de adquirente de una cosa hipotecada para que abone al actor la deuda hipotecaria afirma que éste no intimó previamente al deudor originario por el pago del capital y de los intereses, con el objeto de que se paralice el curso del procedimiento hasta que ello ocurra.

2.19) *Excepción de falta de pago del sellado de actuación emergente de un proceso anterior incoado para lograr el beneficio de litigar sin gastos* (Cód. Procesal Civil de Santa Fe, Argentina, art. 338)³³

Mediante esta excepción el demandado por quien pretende obtener el beneficio de litigar sin gastos afirma que el actor no obió el sellado de

³¹ La norma dice: "El demandado vencido en el posesorio, no puede comenzar el juicio petitorio, sino después de haber satisfecho plenamente las condenaciones pronunciadas contra él".

³² El art. 3162 dice: "Si el deudor enajena, sea por título oneroso o lucrativo, el todo o una parte de la cosa o una desmembración de ella que por sí sea susceptible de hipoteca, el acreedor podrá perseguirla en poder del adquirente, y pedir su ejecución y venta, como podría hacerlo contra el deudor. Pero, si la cosa enajenada fuere mueble, que sólo estaba inmovilizada y sujeta a la hipoteca como accesorio del inmueble, el acreedor no podrá perseguirla en manos del tercer poseedor". El art. 3163 dice: "En el caso de la primera parte del artículo anterior, antes de pedir el pago de la deuda al tercer poseedor, el acreedor debe hacer intimar al deudor el pago del capital y de los intereses exigibles en el término de tercero día, y si éste no lo verificare, cualquiera que fuese la excusa que alegare, podrá recurrir al tercer poseedor, exigiéndole el pago de la deuda, o el abandono del inmueble que la reconoce".

³³ La norma dice: "No se podrá iniciar nueva solicitud de declaratoria de pobreza sin reponer el sellado de la anterior rechazada y del principal y sin invocar motivos posteriores".

actuación en el juicio anterior realizado ni el del principal, con el objeto de lograr la paralización del procedimiento hasta que ello ocurra.

2.20) *Excepción de falta de cumplimiento de las condenas impuestas en un juicio ejecutivo anterior a uno ordinario* (Cód. Procesal Civil de la Nación Argentina, art. 553)³⁴

Mediante esta excepción —a la cual la propia ley citada otorga carácter previo— el demandado en juicio ordinario posterior a otro ejecutivo en el cual resultó vencedor afirma que aún se hallan pendientes de cumplimiento las condenas impuestas en éste, con el objeto de que se paralice el curso del procedimiento mientras ello no se acredite.

Hasta aquí he hecho un simple muestreo meramente enunciativo de distintas circunstancias que, naciendo del mismo proceso en el cual se hacen valer o de otros motivos ajenos a él, son aptas para fundar una excepción que debe ser tramitada y resuelta antes de continuar con el desarrollo de la serie procedimental por las razones que se han explicado precedentemente en cada caso.

Resulta de todo ello que las excepciones admisibles en proceso en el cual se discute acerca de una pretensión declarativa no deben considerarse restringidas a las pocas que enumeran algunas leyes, respecto de las cuales la doctrina afirma su carácter *taxativo*.

2.2.1.2. LAS EXCEPCIONES QUE ATACAN A LA PRETENSIÓN PROCESAL DEDUCIDA EN LA DEMANDA

Son las que, teniendo fundamento en la ley de fondo o en la propia ley procesal, opone el demandado en la contestación de la demanda

³⁴ La norma dice: "Cualquiera fuere la sentencia que recaiga en el juicio ejecutivo, el ejecutante o el ejecutado podrán promover el ordinario, una vez cumplidas las condenas impuestas. Toda defensa o excepción que por la ley no fuese admisible en el juicio ejecutivo podrá hacerse valer en el ordinario. No corresponderá el nuevo proceso para el ejecutado que no opuso excepciones, respecto de las que legalmente pudo deducir, ni para el ejecutante en cuanto a las que se hubiese allanado. Tampoco se podrá discutir nuevamente las cuestiones de hecho debatidas y resueltas en el juicio ejecutivo cuya defensa o prueba no tuviese limitaciones establecidas por la ley, ni las interpretaciones legales formuladas en la sentencia, ni la validez o nulidad del procedimiento de la ejecución. La falta de cumplimiento de las condenas impuestas podrá ser opuesta como excepción de previo y especial pronunciamiento. El juicio ordinario promovido mientras se sustancia el ejecutivo no produce la paralización de este último".

(fase procesal de negación) con el objeto de lograr que el juez rechace al sentenciar la pretensión deducida por el actor en su demanda.

A diferencia de todas las precedentemente enunciadas, no son de interposición ni de resolución previa, en razón de que no atacan a la formación misma del proceso sino al hecho en el cual el actor basa su pretensión o al derecho en el cual lo encuadra.

Conocidas también habitualmente como *defensas generales* o *excepciones perentorias*, admiten ser clasificadas en orden a distintas pautas que se verán a continuación:

1) *Excepciones fundadas en causas extintivas de las obligaciones*

En la legislación argentina coinciden con todos los medios de extinción de las obligaciones enunciados en el Código Civil argentino (art. 724)³⁵ y su objeto en general –con alguna excepción que se verá en el congruo lugar– es lograr que el juez declare extinguida la obligación cuya prestación se reclama.

Son las siguientes:

1.1) *Excepción de pago*

Mediante ella el excepcionante afirma haber cumplido la prestación que hace al objeto de la pretensión reclamada (Cód. Civil argentino, art. 725)³⁶.

1.2) *Excepción de novación*

Mediante ella el excepcionante afirma que la obligación cuya prestación reclama el actor se ha transformado en otra que extinguió a la anterior (Cód. Civil argentino, art. 801)³⁷.

1.3) *Excepción de compensación*

Mediante ella el demandado, reconociendo su calidad de deudor, afirma que es acreedor del actor por deuda intrínsecamente compensable con la reclamada y que ambas son civilmente subsistentes, de carácter líquido, exigible y expedito, con el objeto de que el juez declare con

³⁵ La norma dice: "Las obligaciones se extinguen: Por el pago. Por la novación. Por la compensación. Por la transacción. Por la confusión. Por la renuncia de los derechos del acreedor. Por la remisión de la deuda. Por la imposibilidad del pago".

³⁶ La norma dice: "El pago es el cumplimiento de la prestación que hace el objeto de la obligación, ya se trate de una obligación de hacer, ya de una obligación de dar".

³⁷ La norma dice: "La novación es la transformación de una obligación en otra".

fuerza de pago a ambas deudas hasta donde alcance la menor y desde el tiempo en que ambas comenzaron a coexistir (Cód. Civil argentino, art. 818)³⁸.

1.4) *Excepción de transacción*

Mediante ella el demandado afirma que en acto jurídico bilateral ha hecho concesiones recíprocas con el actor, extinguiendo la obligación litigiosa (Cód. Civil argentino, art. 832)³⁹ (ver *infra*, # 3.4.2).

1.5) *Excepción de confusión*

Mediante ella el demandado afirma que, por sucesión universal o por cualquier otra causa, las calidades de acreedor y deudor se han reunido en la persona del actor o del propio excepcionante (Cód. Civil argentino, art. 862)⁴⁰.

1.6) *Excepción de renuncia de los derechos del acreedor*

Mediante ella el demandado afirma que el actor renunció a la obligación cuyo cumplimiento reclama y que el propio excepcionante aceptó tal renuncia (Cód. Civil argentino, art. 868)⁴¹.

1.7) *Excepción de remisión de deuda*

Mediante ella el demandado afirma que el acreedor de la obligación creditoria reclamada le ha entregado voluntariamente el documento original en donde consta la deuda (Cód. Civil argentino, art. 877)⁴².

³⁸ La norma dice: "La compensación de las obligaciones tiene lugar cuando dos personas por derecho propio, reúnen la calidad de acreedor y deudor recíprocamente, cualesquiera que sean las causas de una y otra deuda. Ella extingue con fuerza de pago, las dos deudas, hasta donde alcance la menor, desde el tiempo en que ambas comenzaron a coexistir".

³⁹ La norma dice: "La transacción es un acto jurídico bilateral, por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas".

⁴⁰ La norma dice: "La confusión sucede cuando se reúnen en una misma persona, sea por sucesión universal o por cualquier otra causa, la calidad de acreedor y deudor; o cuando una tercera persona sea heredera del acreedor y deudor. En ambos casos la confusión extingue la deuda con todos sus accesorios".

⁴¹ La norma dice: "Toda persona capaz de dar o de recibir a título gratuito, puede hacer o aceptar la renuncia gratuita de una obligación. Hecha y aceptada la renuncia, la obligación queda extinguida".

⁴² La norma dice: "Lo dispuesto en los cuatro artículos primeros del título anterior es aplicable a la remisión de la deuda hecha por el acreedor".

1.8) *Excepción de imposibilidad de pago*

Mediante ella el demandado afirma que la prestación demandada se ha convertido, sin su culpa, en física o legalmente imposible de cumplir (Cód. Civil argentino, art. 888)⁴³.

1.9) *Excepción de prescripción (liberatoria)*

Mediante ella el demandado afirma que la obligación reclamada se ha extinguido por simple inacción del acreedor durante el tiempo establecido por la ley para que pueda demandar útilmente (Cód. Civil argentino, art. 3949)⁴⁴.

2) *Excepciones fundadas en la existencia de vicios en los actos jurídicos*

Coinciden con los vicios de los actos jurídicos que norma la ley civil y tienen por objeto lograr que el juez anule, al sentenciar, el acto en el cual el actor basa su pretensión y, por ende, la rechace.

Son las siguientes:

2.1) *Excepción de incapacidad*

Mediante ella el demandado afirma que la obligación cuya prestación se pretende fue contraída sin discernimiento, o sin intención o sin libertad (Cód. Civil argentino, art. 900)⁴⁵.

2.2) *Excepción de error*

Mediante ella el demandado afirma que al contraer la obligación que se le reclama ha incurrido en error acerca de la naturaleza del acto, o sobre su causa principal, o respecto del objeto sobre el que versa, o sobre su cualidad, o sobre la persona con la cual se formó la relación jurídica (Cód. Civil argentino, arts. 924, 925, 926 y 927)⁴⁶.

⁴³ La norma dice: "La remisión hecha a uno de los fiadores no aprovecha a los demás fiadores, sino en la medida de la parte que correspondía al fiador que hubiese obtenido la remisión".

⁴⁴ La norma dice: "La prescripción liberatoria es una excepción para repeler una acción por el solo hecho que el que la entabla, ha dejado durante un lapso de tiempo de intentarla, o de ejercer el derecho al cual ella se refiere".

⁴⁵ La norma dice: "Los hechos que fueren ejecutados sin discernimiento, intención y libertad, no producen por sí obligación alguna".

⁴⁶ Las normas dicen: Art. 924: "El error sobre la naturaleza del acto jurídico anula todo lo contenido en él". Art. 925: "Es también error esencial y anula el acto jurídico, el relativo a la persona, con la cual se forma la relación de derecho". Art. 926: "El error sobre la causa principal del acto, o sobre la cualidad de la cosa que se ha tenido en

2.3) *Excepción de dolo*

Mediante ella el demandado afirma que al contraer la obligación que se le reclama fue inducido por una aserción de lo que es falso o una disimulación de lo verdadero, por artificio, astucia o maquinación (Cód. Civil argentino, art. 931)⁴⁷.

2.4) *Excepción de violencia*

Mediante ella el demandado afirma que al contraer la obligación se empleó contra él una fuerza irresistible (Cód. Civil argentino, art. 936)⁴⁸ o una intimidación producida por injustas amenazas que llevaron al temor fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona, libertad, honra y bienes, o de su cónyuge, descendientes o ascendientes, legítimos o ilegítimos (Cód. Civil argentino, art. 937)⁴⁹.

2.5) *Excepción de simulación*

Mediante ella el demandado afirma que la obligación cuya prestación se reclama encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o que por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten (Cód. Civil argentino, art. 955)⁵⁰, y que alguno de estos supuestos lo perjudica o tiene fin ilícito (Cód. Civil argentino,

mira, vicia la manifestación de la voluntad, y deja sin efecto lo que en el acto se hubiere dispuesto". Art. 927: "Anula también el acto, el error respecto al objeto sobre que versare, habiéndose contratado una cosa individualmente diversa de aquella sobre la cual se quería contratar, o sobre una cosa de diversa especie, o sobre una diversa cantidad, extensión o suma, o sobre un diverso hecho".

⁴⁷ La norma dice: "Acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto, es toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con ese fin".

⁴⁸ La norma dice: "Habrá falta de libertad en los agentes, cuando se emplease contra ellos una fuerza irresistible".

⁴⁹ La norma dice: "Habrá intimidación, cuando se inspire a uno de los agentes por injustas amenazas, un temor fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona, libertad, honra o bienes, o de su cónyuge, descendientes o ascendientes, legítimos o ilegítimos".

⁵⁰ La norma dice: "La simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten".

art. 957)⁵¹ o viola la ley, o fue hecho con el objeto de violar la ley, o de perjudicar a un tercero (Cód. Civil argentino, art. 959)⁵².

2.6) Excepción de lesión

Mediante ella el demandado afirma que al contraer la obligación, el actor —explotando su necesidad, ligereza o inexperiencia— obtuvo una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación (Cód. Civil argentino, art. 954)⁵³.

3) Excepciones fundadas en el principio de seguridad jurídica

Dentro de este criterio clasificador pueden establecerse dos grupos diferenciados por los resultados que intentan lograrse con los distintos supuestos:

a) mediante el primero, el excepcionante ataca a la pretensión porque, de alguna manera, ella no se adecua con el sistema jurídico vigente en un lugar y tiempo dados, con el objeto de que el juez la rechace al sentenciar el litigio.

Responden a este patrón las siguientes excepciones:

3.1) Excepción de inconstitucionalidad

Mediante ella el excepcionante afirma que la pretensión reclamada o el hecho causal en el cual ella se funda o la norma legal que la sustenta contradicen una declaración o un derecho o una garantía contenidos

⁵¹ La norma dice: "La simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito".

⁵² La norma dice: "Los que hubieren simulado un acto con el fin de violar las leyes o de perjudicar a un tercero, no pueden ejercer acción alguna el uno contra el otro, sobre la simulación, salvo que la acción tenga por objeto dejar sin efecto el acto y las partes no puedan obtener ningún beneficio de la anulación".

⁵³ La norma dice: "Podrán anularse los actos viciados de error, dolo, violencia, intimidación o simulación. También podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes, explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones. Los cálculos deberán hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda. Sólo el lesionado o sus herederos podrán ejercer la acción cuya prescripción se operará a los cinco años de otorgado el acto. El accionante tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se transformará en acción de reajuste si éste fuere ofrecido por el demandado al contestar la demanda".

en la Constitución política vigente y, consecuentemente, solicita que no se aplique al caso en litigio.

Para comprender el tema cabe recordar que las constituciones nacen varios siglos atrás como una promesa del gobernante de reconocer algunos derechos puntuales a sus gobernados.

De tal modo, las constituciones escritas vienen a ser una suerte de *pacto de convivencia* entre quien ejerce el poder y quienes deben acatarlo, tendiendo a solucionar por anticipado los eventuales problemas que hipotéticamente podrían presentarse en caso de cumplirse en los hechos un supuesto ineludible en toda la historia de la humanidad: quien ostenta o detenta⁵⁴ el poder tiende a hacer abuso de él en obvio detrimento de todos o de algunos de los gobernados.

Una primera lectura de cualquier texto constitucional revela que las que mencioné como *promesas* se componen, en realidad, de declaraciones, derechos y garantías.

Son *declaraciones constitucionales* aquellas formulaciones de carácter solemne que se erigen como principios esenciales del orden jurídico creado.

Son *derechos constitucionales* todos los atributos, facultades, prerrogativas y libertades que el Estado (en rigor, el poder) reconoce a cada uno de los individuos que lo componen.

Son *garantías constitucionales* todos los medios e institutos de seguridad jurídica otorgados a favor de los individuos para que ellos puedan lograr el reconocimiento efectivo de un derecho vulnerado en un momento dado.

Cuando cualquiera de todos ellos resulta desconocido por el actor, o porque mantiene una pretensión intrínsecamente inconstitucional o la basa en vías de hecho o en norma legal que no se adecua al orden piramidal del sistema jurídico, el demandado tiene la posibilidad de deducir la excepción de marras que, a mi juicio, no tiene un momento límite y preclusivo para su presentación.

⁵⁴ Habitualmente mal usado, este vocablo significa *tener ilegítimamente, sin derecho*. Por eso, *detentador* es un usurpador, no el legítimo poseedor que se encuentra en la tenencia de la cosa. Mucho menos un presidente constitucional, maguer que le pese a la prensa que, invariablemente, habla de la *detentación de su cargo*!

3.2) *Excepción de causa ilícita de la obligación*

Mediante ella el demandado afirma que la causa de la prestación reclamada es contraria a las leyes o al orden público (Cód. Civil argentino, art. 502)⁵⁵ y, por tanto, no puede ser acogida en una sentencia.

3.3) *Excepción de falta de titularidad del derecho o del interés para obrar en el actor* (se la conoce desde siempre con la denominación de *excepción de falta de acción* o *sine actione agit* o *ausencia de legitimación para obrar*):

Mediante ella el demandado afirma en su contestación que el actor no es el titular del derecho a base del cual pretende o, no siendo ello necesario al efecto de demandar, no es titular del interés jurídico para obrar (*legitimatio ad causam*) a base de un derecho del cual es titular otro sujeto; todo, con el objeto de que el juez al sentenciar rechace la pretensión reclamada.

La denominación tradicional de esta excepción halla su explicación en la doctrina clásica que veía en la acción procesal el mismo derecho subjetivo violado, con la cual es congruente.

En la actualidad, aceptada ya definitivamente la autonomía y la abstracción del derecho de acción, parece obvio señalar que dicha denominación no se adecua a la realidad jurídica y que, por tanto, debe ser erradicada: de ahí el título con el cual la he presentado.

La experiencia forense demuestra que ésta es una excepción que se opone habitualmente con los más variados objetos.

Sin embargo, debe entenderse que sólo sirve para atacar a la pretensión por razón de los supuestos recién mencionados y respecto de los cuales la doctrina duda entre aceptar a ambos, o a uno u otro como causales de procedencia de la excepción.

Por mi parte creo que es razonable aceptar los dos, por simples motivos de índole práctica, ya que, en esencia, constituyen un mismo problema.

El primer caso se relaciona con la *ausencia de titularidad del derecho* (el actor no es el acreedor que dice ser); el segundo se vincula con la

ausencia de titularidad del interés para obrar (el actor no está legitimado por la ley para demandar): en ambos supuestos, el actor no puede pretender útilmente.

Para comprender qué es la *ausencia de legitimación* debo recordar que en algunas oportunidades la ley civil legitima a ciertas personas (generalmente por *categorías*) para demandar aun sin ostentar la titularidad del derecho (por ejemplo, los titulares de la relación matrimonial son los cónyuges, quienes pueden demandarse recíprocamente pretendiendo la declaración de nulidad del vínculo; sin embargo, y sin perjuicio de ello, algunas leyes otorgan a los *ascendientes* el derecho de demandar la nulidad del matrimonio de un descendiente), de donde resulta útil la distinción doctrinal efectuada al respecto.

Si se compara a esta excepción con la explicada *supra* en el # 2.7 (excepción de ausencia manifiesta de legitimación para obrar) se verá que ambas tienen en mira el mismo e idéntico problema, diferenciándose sólo en que aquélla debe ser *manifiesta* (por cuya razón algunas legislaciones admiten su deducción en forma previa).

b) Mediante el segundo grupo, el excepcionante pretende el no juzgamiento positivo del respectivo litigio para evitar la existencia de caos jurídico.

Las excepciones que responden a ese patrón son:

3.4) *Excepción de cosa juzgada* (*rectius est*: caso juzgado)

Sin perjuicio de remitir al lector a lo que se explicará oportunamente acerca del tema y de lo ya expuesto en el Capítulo 8, adelanto acá que se entiende por *cosa juzgada* (*material*) el efecto que nace de una sentencia de naturaleza declarativa (ver el Capítulo 8)⁵⁶ cuando ya no es susceptible de impugnación alguna, mediante el cual le está vedado a todos los jueces sentenciar una causa justiciable cuando el respectivo litigio es *idéntico* (ver el Capítulo 8) a otro que ya ha sido motivo de pronunciamiento anterior, positivo, preciso y resolutorio.

De no admitirse este efecto, resulta claro que se posibilitaría la eventual coexistencia de sentencias contradictorias, circunstancia ésta generadora de caos jurídico, como ya se explicó en el Capítulo 8.

⁵⁵ La norma dice: "La obligación fundada en una *causa ilícita*, es de ningún efecto. La causa es ilícita, cuando es contraria a las leyes o al orden público".

⁵⁶ Y de algunas sentencias ejecutivas.

Se desprende de ello que, con esta excepción, el demandado afirma que el litigio que contesta ya ha sido juzgado, con el objeto de que el juez rechace la pretensión deducida y disponga el archivo de lo actuado a fin de evitar con ello la posibilidad de coexistencia de sentencias contradictorias.

Esta excepción se halla legislada de manera diferente en las distintas legislaciones: en tanto algunas le otorgan el carácter de *previa* (dilatoria), otras le asignan calidad de *perentoria*, razón por la cual debe ser decidida al momento de sentenciar y después de haber transitado todo el curso del proceso.

La doctrina subsume en ella otras dos excepciones que algunos códigos norman en forma separada:

3.4.1) *Excepción de desistimiento del derecho*, toda vez que tal desistimiento tiene para las partes el efecto propio de la cosa juzgada (CPC Nación, art. 305)⁵⁷, y

3.4.2) *Excepción de transacción* (ya mencionada anteriormente en el # 1.4), porque cuando tal medio de extinción de las obligaciones versa sobre derechos ya litigiosos, no puede hacerse válidamente sino presentándolo ante el juez de la causa, firmado por los interesados (Cód. Civil argentino, art. 838)⁵⁸, y luego de ello gana respecto de las partes el efecto de cosa juzgada (Cód. Civil argentino, art. 850)⁵⁹.

3.5) *Excepción de litispendencia por identidad*

Sin perjuicio de lo que se explicará en el Capítulo 23 y de lo ya visto en el Capítulo 8, la *litispendencia por identidad* tiene lugar cuando coe-

⁵⁷ La norma dice: "Desistimiento del derecho. En la misma oportunidad y forma a que se refiere el artículo anterior el actor podrá desistir del derecho en que fundó la acción. No se requerirá la conformidad del demandado debiendo el juez limitarse a examinar si el acto procede por la naturaleza del derecho en litigio, y a dar por terminado el juicio en caso afirmativo. En lo sucesivo no podrá promoverse otro proceso por el mismo objeto y causa".

⁵⁸ La norma dice: "Si la transacción versare sobre derechos ya litigiosos no se podrá hacer válidamente sino presentándola al juez de la causa, firmada por los interesados. Antes de que las partes de presenten al juez exponiendo la transacción que hubiesen hecho, o antes que acompañen la escritura en que ella conste, la transacción no se tendrá por concluida, y los interesados podrán desistir de ella".

⁵⁹ La norma dice: "La transacción extingue los derechos y obligaciones que las partes hubiesen renunciado, y tiene para con ellas la autoridad de la cosa juzgada".

xisten dos litigios cuyas respectivas pretensiones ostentan *idénticos sujetos* (actor y demandado), *idéntico objeto* e *idéntica causa*.

El fenómeno es el mismo que el descrito para presentar la noción de cosa juzgada, de la cual se diferencia porque en ésta los litigios idénticos aparecen *sucesivamente*, en tanto que en la litispendencia lo hacen *contemporáneamente*.

Por tanto, la regla aplicable es la misma: para mantener la vigencia de la seguridad jurídica y, consecuentemente, evitar el caos, sólo podrá ser juzgado *uno* de los litigios coexistentes.

De tal modo, mediante esta excepción el demandado afirma que se encuentra pendiente de procesamiento o de juzgamiento un litigio entre las mismas partes, por el mismo objeto y por la misma causa, a fin de que el juez rechace la pretensión deducida y ordene el archivo del litigio *menos antiguo*.

Los criterios legislativos para determinar la antigüedad de un litigio son variables: para algunos códigos es más antiguo el que primero se inició; para otros, aquel en el cual se notificó primero al demandado; para otros más, por fin, aquel en el cual se contestó primero la demanda.

Creo que el correcto es el primero de los tres, toda vez que la mera promoción de la demanda genera el estado de litispendencia.

2.2.1.3. LAS EXCEPCIONES QUE TIENEN POR OBJETO LOGRAR LA POSTERGACIÓN DE LA EMISIÓN DE LA SENTENCIA

Son las que, sin atacar a la formación misma del proceso ni a la pretensión reclamada en la demanda, opone el demandado en la fase de negación con el objeto de lograr que, una vez terminado el curso de la serie procedimental, el juez postergue la emisión de la sentencia que resolverá el litigio hasta tanto exista pronunciamiento definitivo en otro litigio conexo por la causa o hasta que ambos estén en condiciones de ser sentenciados por un mismo juzgador en acto único de juzgamiento.

Su fundamento es siempre el principio de *seguridad jurídica* explicado en el Capítulo 8, que tiende a evitar el caos que podrían generar pronunciamientos contradictorios acerca de litigios que ostentan identidad del hecho causal.

En este grupo cabe mencionar a:

1) *Excepción de prejudicialidad*

Existen ciertos casos en los cuales la decisión de una pretensión depende de lo resuelto respecto de otro litigio lógicamente previo. Por ejemplo, la pretensión por reconocimiento de filiación matrimonial supone la existencia de un matrimonio válido; la de nulidad de matrimonio por subsistencia de vínculo anterior depende de la validez del primer matrimonio, etcétera.

Cuando esto ocurre, se dice que existe una *cuestión prejudicial*, lo que significa que debe ser resuelta necesariamente *antes* que el litigio sometido a juzgamiento, en razón de que aquélla constituye un antecedente lógico de lo que se decida en éste.

El problema se presenta generalmente en las *cuestiones de estado de familia* y, en tal caso, el juez que conoce del litigio en el cual se alega la prejudicialidad debe abstenerse de emitir sentencia hasta tanto exista pronunciamiento definitivo respecto de la cuestión prejudicial.

Este fenómeno muestra una prejudicialidad que opera exclusivamente dentro del campo civil y que en general no se encuentra normada en las leyes de fondo, lo cual no empuja a su aplicación por los jueces toda vez que con ella se respeta el principio de seguridad jurídica.

Otra prejudicialidad —que opera del campo penal hacia el campo civil— se halla habitualmente legislada: ocurre que en caso de ser deducida judicialmente una pretensión civil de resarcimiento de daño causado por delito (o cuasidelito) del derecho penal, la respectiva demanda *no debe ser juzgada* si existe proceso penal pendiente por el mismo hecho causal y hasta tanto haya sentencia definitiva en éste (salvo que el acusado esté ausente o fallezca durante el curso del proceso penal).

Y ello es así porque si el acusado es *condenado* penalmente, no puede discutirse en el juicio de naturaleza civil la existencia del hecho principal constitutivo del delito ni ser impugnada la culpa ya declarada del condenado⁶⁰.

⁶⁰ Así lo dispone el Cód. Civil. El art. 1101 establece: "Si la acción criminal hubiere precedido a la acción civil, o fuere intentada pendiente ésta, no habrá condenación en el juicio civil antes de la condenación del acusado en el juicio criminal, con excepción de los casos siguientes: 1) si hubiere fallecido el acusado antes de ser juzgada la acción

Del mismo modo, si el acusado es *absuelto* no se puede alegar en el juicio civil la existencia del hecho principal sobre el cual recayó la absolución.

Como se ve, hay una suerte de transferencia del fenómeno del caso juzgado desde el campo penal hacia el civil: el juez que actúa en éste se halla limitado por lo decidido en aquél respecto de idéntico hecho (que constituye al mismo tiempo delito penal y hecho causal de la pretensión resarcitoria) (ya volveré recurrentemente sobre el tema en el Capítulo 23).

Resta agregar que la prohibición de discusión acerca de la culpa (del reo penal-demandado civil) existe en tanto ésta haya sido el factor de *imputación causal* y no cuando la pretensión se fundamenta en la sola atribución de *responsabilidad objetiva*.

Surge de lo expuesto que esta excepción se presenta cuando el demandado (civil) afirma en la contestación de la demanda que hay un proceso pendiente cuyo resultado será el antecedente lógico de la pretensión que contesta o que hay un proceso penal pendiente en el que es acusado por el mismo hecho que sirve de base a la pretensión del actor, con el objeto de que el juez se abstenga de emitir sentencia luego de finalizar el curso de la serie procedimental y hasta tanto haya pronunciamiento definitivo acerca de la existencia misma de tal hecho y de su autoría.

2) *Excepción de litispendencia por conexidad causal o por afinidad*

Ya me he referido a ella *supra*, en el punto 2.9 como excepción que se opone con el objeto de lograr la acumulación de dos procesos conexos por la causa o afines en un solo y único procedimiento.

En el Capítulo 23 indicaré cuáles son los requisitos para la procedencia de la acumulación.

Por ahora, me concreto a adelantar que ésta exige, por ejemplo, que los respectivos procesos puedan ser sustanciados mediante un mismo *tipo de procedimiento* y que pertenezcan a la misma *competencia*.

criminal, en cuyo caso la acción civil puede ser intentada o continuada contra los respectivos herederos; 2) en caso de ausencia del acusado, en que la acción criminal no puede ser intentada o continuada". El art. 1102, establece: "Después de la condenación del acusado en el juicio criminal, no se podrá contestar en el juicio civil la existencia del hecho principal que constituya el delito, ni impugnar la culpa del condenado".

Cuando dos procesos pendientes que son conexos por la causa o afines no coinciden en alguno de los requisitos recién mencionados, la acumulación en un procedimiento único resulta materialmente imposible (circunstancia sobre la cual ya advertí al lector en el # 2.9 de este Capítulo).

En virtud de que la litispendencia por conexidad causal o por afinidad tiene su origen y razón de ser en la necesidad de mantener la vigencia del principio de seguridad jurídica, que indica que los litigios conexos por el hecho causal deben ser sentenciados en forma tal de que no coexistan pronunciamientos contradictorios, resulta que los dos procesos que no pueden ser acumulados para su tramitación deben serlo para su juzgamiento, que habrá de realizarse por un único juez y en un mismo acto de juicio.

Quién debe ser ese juez constituye un problema al que los ordenamientos legales otorgan distintas soluciones (recuérdese que la conexidad del hecho causal es una de las excepciones a las reglas de la competencia objetiva, ver el Capítulo 10) o, en algunos casos, simplemente ignoran.

Pero lo cierto es que, legal o jurisprudencialmente, cabe dar clara respuesta al planteo respectivo, porque la seguridad jurídica debe privar sobre cualquier prurito procedimental.

Congruente con lo expuesto, se presenta esta excepción cuando el demandado afirma —en la fase de negación o aun luego de vencida ella— que la pretensión reclamada es conexa por la causa o afin con otra que se encuentra pendiente de procesamiento o de juzgamiento y con la cual no se puede acumular por no presentarse en el caso alguno de los requisitos exigidos por la ley al efecto.

De tal modo, la excepción tiene por objeto lograr que el juez se abstenga de emitir sentencia luego de terminado el curso de la serie procedimental con la finalidad de que ella sea dictada por un único juez en un mismo acto de juzgamiento.

De resultar procedente la excepción, y cuando los distintos litigios pendan ante jueces diferentes, uno de ellos habrá de declararse incompetente para emitir la sentencia y remitir al otro la causa justiciable.

2.2.1.4. LAS EXCEPCIONES QUE ATACAN A LA PRETENSIÓN DE EJECUTAR UN DERECHO

Ya he adelantado en el Capítulo 8 que hay pretensiones mediante las cuales el actor desea lograr la *ejecución coactiva* de un derecho que ya ha sido reconocido o declarado en una sentencia (*título ejecutorio*) o que está contenido en un documento al cual la ley le otorga carácter fehaciente (que hace fe por sí mismo) (*título ejecutivo*). El tema será explicado integralmente en el Capítulo 28.

Cuando un acreedor tiene un título ejecutorio o ejecutivo consistente en instrumento al que la ley ha dado fuerza *ejecutiva* y del cual surge la existencia de deuda *líquida* (determinada) y *exigible* (no sujeta a condición o a plazo) así como la determinación de quiénes son las personas del acreedor y del deudor, puede pretender directamente la ejecución coactiva de la obligación contenida en tal título.

Para que pueda lograr su pretensión, las leyes procesales acuerdan una vía procedimental (*juicio ejecutivo*) que generalmente se muestra más rápida que el trámite propio del proceso en el cual corresponde *declarar* la existencia de un derecho (juicio declarativo ordinario, sumario o sumarísimo).

Como es obvio, en el juicio ejecutivo no pueden ser opuestas excepciones que tienden a atacar el derecho que sustenta a la pretensión, pues tal derecho ya se halla predeclarado en el título que, a su turno, ostenta una *presunción de legitimidad*.

De ahí que las leyes procesales autoricen ciertas excepciones específicas para la ejecución, sin perjuicio de admitir otras que se vinculan con los presupuestos procesales y que he mencionado precedentemente.

Como el régimen legal es contingente, habrá que ver en cada código en particular cuál es el sistema de excepciones consagrado a este efecto.

Las excepciones propias del juicio ejecutivo son:

1) *Excepción de inhabilidad de título*

El excepcionante afirma al oponerla que el título en el cual basa su pretensión el actor (ejecutante) carece de fuerza ejecutiva porque la ley no le otorgó ese carácter o porque no surge de su texto quién es el acreedor o el deudor o porque no instrumenta una deuda líquida o exigible; todo, con el objeto de que el juez al sentenciar rechace la ejecución.

La generalidad de los códigos que autorizan esta excepción la limitan a los "aspectos puramente externos o extrínsecos del título", queriendo significar que no resulta apta para discutir mediante ella la *legitimidad de la causa de la obligación* contenida en el título⁶¹.

2) Excepción de falsedad material

El excepcionante afirma al oponerla que el título en el cual basa su pretensión el actor (ejecutante) es falso por adulteración de alguna de sus enunciaciones esenciales, con el objeto de que el juez al sentenciar rechace la ejecución.

Cabe acotar aquí que en la normación de esta excepción ocurre lo mismo que lo apuntado recién acerca de la de inhabilidad de título.

3) Excepción de quita

El excepcionante afirma al oponerla que el actor (ejecutante) ha efectuado una condonación parcial y documentada de la deuda que instrumenta el título ejecutivo, con el objeto de que la ejecución prospere sólo por el importe real de la acreencia.

4) Excepción de espera

El excepcionante afirma al oponerla que el actor (ejecutante) ha otorgado documentalmente un aplazamiento en el cumplimiento de la obligación que instrumenta el título ejecutivo, con el objeto de que la ejecución sea rechazada o prospere sólo a partir de su exigibilidad.

5) Excepción de compromiso

El excepcionante afirma al oponerla que ha acordado con el actor (ejecutante) comprometer en árbitros (someter a decisión arbitral) la obligación que instrumenta el título ejecutivo, con el objeto de que la ejecución sea rechazada.

6) Excepción de exención

El excepcionante afirma al oponerla que se halla exento de pagar el tributo fiscal cuyo título ejecuta el actor (ejecutante) con el objeto de que la ejecución sea rechazada.

⁶¹ Ya se verá en el Capítulo 22 que el problema de la verdad real no es trascendente para el Derecho. Prueba de esto es, precisamente, esta excepción, deducible sólo en cuanto a los aspectos externos y no causales de un documento.

2.2.2. LAS EXCEPCIONES EN EL PROCESO PENAL

Ya traté el tema genérico de la reacción del reo penal en el Capítulo 7. Toca ahora ver sólo lo referente a las excepciones que puede articular. En primer término, cabe dejar en claro que es admisible el uso de las que he mencionado como propias del campo civil, en cuanto sean congruentes con el tema: por ejemplo, las de incompetencia, de carencia de personalidad en el querellante o de personería en su representante, etcétera.

Además, y como específicas del proceso penal, este tipo de excepción puede basarse en la afirmación de:

- 1) un hecho que es extintivo o invalidativo de la acción o de la pretensión punitiva o impeditivo de la formación útil del proceso y
- 2) de un hecho extintivo de la pena impuesta.

A título simplemente enunciativo, partiendo de la base del cumplimiento irrestricto de todos los derechos consagrados en las constituciones políticas vigentes (juez natural, acusación fundada en ley anterior al hecho que motiva el proceso, inviolabilidad de la defensa, etcétera) y descartada la competencia del juez actuante, en la legislación penal argentina pueden clasificarse las excepciones de acuerdo con las siguientes pautas:

1) Excepciones que atacan el ejercicio de la acción

Son las que tienen por objeto impedir la formación del proceso y, entre ellas, se pueden mencionar:

1.1) Amnistía⁶²

Surge exclusivamente de un acto legislativo que suspende la aplicación

⁶² En la doctrina se percibe la existencia de cierto grado de confusión respecto del preciso significado de tres vocablos que he de mencionar a partir de ahora: *amnistía*, *indulto* y *perdón*. Creo que es muy provechosa la explicación dada por Escribano en su conocido *Diccionario razonado*... y me parece oportuno mostrar lo que él dice al respecto para diferenciarlos adecuadamente. Al tratar la voz *amnistía* expresa: "Gracia del soberano, por la cual quiere que se olvide lo que por algún pueblo o persona se ha hecho contra él o contra sus órdenes; o bien: el olvido general de los delitos cometidos contra el Estado. No ha de confundirse la amnistía con el perdón. El conde de Peyronnet, ministro que fue de Carlos X, rey de Francia, marcó ingeniosamente sus diferencias en una obra muy curiosa que contiene las máximas siguientes: *Amnistía* es abolición, olvido. *Perdón* es indulgencia, piedad. Cuando Trasíbulo arrojó a los treinta tiranos,

de la ley penal a un hecho determinado, con la consecuencia de dar por extinguida toda acción en curso o que pueda ejercitarse.

estableció una ley a la que los atenienses dieron el título de *amnistía*, que quiere decir *olvido*. En ella se mandaba que a nadie se inquietase por sus anteriores acciones, y de aquí nos ha venido el acto y aun el nombre.

"La amnistía no repone, sino que borra. El perdón no borra nada, sino que abandona y repone.

"La amnistía vuelve hacia lo pasado y destruye hasta la primera huella del mal. El perdón no va sino a lo futuro, y conserva en lo pasado todo lo que ha producido.

"El perdón supone crimen. La amnistía no supone nada, a no ser la acusación. En una amnistía se recibe más, y hay menos que agradecer. En un perdón hay más que agradecer y se recibe menos.

"El perdón se concede al que ha sido positivamente culpable. La amnistía a los que han podido serlo.

"Aceptado el perdón, no queda la menor duda de que ha habido crimen. Concedida la amnistía, no admite duda la inocencia.

"La amnistía nada hace perder al inocente. El perdón se lo hace perder todo, hasta el derecho de hablar de su inocencia.

"El que ha delinquido debe humillarse; puede pedir perdón y recibirlo. El que no ha delinquido delinquiría humillándose: no debe pedir ni recibir perdón.

"El perdón no rehabilita; antes, por el contrario, añade a la sentencia del juez la confesión, a lo menos implícita, del sentenciado que le acepta. La amnistía no solamente purifica la acción, sino que la destruye. No para en esto; destruye hasta la memoria y aun la misma sombra de la acción. Por eso debe concederse perdón en las acusaciones ordinarias, y amnistía en las acusaciones políticas.

"En las acusaciones ordinarias, nunca tiene interés el Estado en que se borre la memoria. En las acusaciones políticas suele suceder lo contrario; porque si el Estado no olvida, tampoco olvidan los particulares; y si se mantiene enemigo, también los particulares se mantienen enemigos.

"El perdón es más judicial que político. La amnistía es más política que judicial.

"El perdón es un favor aislado que conviene más a los actos individuales; la amnistía es una absolución general que conviene más a los hechos colectivos.

"Los príncipes deben ser muy hábiles para diferenciar la amnistía del perdón.

"La amnistía es a veces un acto de justicia; y alguna vez acto de prudencia y de habilidad. No faltan ejemplos de que los Príncipes y el Estado hayan sacado mejor partido de las amnistías, que los mismos a quienes se han concedido. Hay en la amnistía mucho más que en el perdón, un sello de generosidad y de fuerza que impone al pueblo y da fama al príncipe.

"La amnistía aventaja al perdón en que no deja en pos de sí ningún motivo legítimo de resentimiento.

"Las amnistías condicionales no son sino una conmutación groseramente disfrazada bajo un título irrisorio y falso.

"La política tiene crímenes a los que no debe concederse amnistía ni perdón. Los tiene que merecen perdón. Lo mejor es siempre sepultarlos en una amnistía".

En los regímenes republicanos con división de poderes, su diferenciación se ha hecho

1.2) Prescripción

Tiene lugar cuando desde la comisión del hecho ha transcurrido, sin suspenderse ni interrumpirse (ver Cód. Penal argentino, art. 67)⁶³, un plazo fijado para cada caso por la ley (Cód. Penal argentino, art. 62)⁶⁴ sin que se haya iniciado juicio o pronunciado sentencia acerca del delito imputable o imputado.

1.3) Renuncia del agraviado

Tiene lugar sólo respecto de delitos de *acción privada* (Cód. Penal argentino, art. 73)⁶⁵ por la renuncia de la persona ofendida (Cód. Penal

más fácil: la *amnistía* es facultad del Poder Legislativo. El perdón, con el nombre de *indulto*, del Poder Ejecutivo. Respetando ese vocabulario, el *perdón* como tal, con esa exacta denominación, debe quedar para el particular que puede disponer de su "acción privada", en los términos del Cód. Penal argentino.

⁶³ La norma dice "La *prescripción* se suspende en los casos de delitos para cuyo juzgamiento sea necesaria la resolución de cuestiones previas o prejudiciales, que deban ser resueltas en otro juicio. Terminada la causa de la suspensión, la *prescripción* sigue su curso. La *prescripción* también se suspende en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público. El curso de la *prescripción* de la acción penal correspondiente a los delitos previstos en los artículos 226 y 227 bis, se suspenderá hasta el restablecimiento del orden constitucional. La *prescripción* se interrumpe por: a) la comisión de otro delito; b) el primer llamado efectuado a una persona, en el marco de un proceso judicial, con el objeto de recibirle declaración indagatoria por el delito investigado; c) el requerimiento acusatorio de apertura o elevación a juicio, efectuado en la forma que lo establezca la legislación procesal correspondiente; d) el auto de citación a juicio o acto procesal equivalente; y e) el dictado de sentencia condenatoria, aunque la misma no se encuentre firme. La *prescripción* corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada delito y para cada uno de sus partícipes, con la excepción prevista en el segundo párrafo de este artículo.

⁶⁴ La norma dice: "La *acción penal* se *prescribirá* durante el tiempo fijado a continuación: 1) a los quince años, cuando se tratare de delitos cuya pena fuere la de reclusión o prisión perpetua; 2) después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito, si se tratara de hechos reprimidos con reclusión o prisión, no pudiendo, en ningún caso, el término de la *prescripción* exceder de doce años ni bajar de dos años; 3) a los cinco años, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación perpetua; 4) al año, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación temporal; 5) a los dos años, cuando se tratare de hechos reprimidos con multa".

⁶⁵ La norma (en su versión hasta la ley 16.648) decía: "Son *acciones privadas* las que nacen de los siguientes delitos: 1) adulterio; 2) calumnias e injurias; 3) violación de secretos, salvo en los casos de los artículos 154 y 157; 4) concurrencia desleal, prevista en el artículo 159; 5) incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, cuando la víctima fuere el cónyuge".

argentino, art. 60)⁶⁶. A este caso puede ser agregado otro similar: la acción por delito de adulterio no puede ser ejercitada por el cónyuge que lo ha consentido o lo ha perdonado (Cód. Penal argentino, art. 74)⁶⁷.

1.4) Violación del principio constitucional "non bis in idem"

Por el cual un imputado goza de la garantía de que nadie puede ser sometido dos veces a un proceso penal por una misma causa que ya ha sido juzgada.

1.5) Declaración judicial de inexistencia de delito

Tiene lugar a favor del denunciado por un hecho que ha sido declarado previamente como no constitutivo de delito mediante un fallo que ordenó por tal causa el archivo de las actuaciones.

1.6) Inidoneidad del proceso por no haberse promovido la acción pública del caso por su titular o por no habérsela instado en delitos dependientes de instancia privada

Tiene lugar cuando un juez tiende a la realización de diligencias de citación para indagatoria (lo que supone previa imputación) sin que el Fiscal —titular de la acción pública— la haya promovido. También cuando hay promoción inadecuada de la acción por parte del Ministerio Fiscal —dada por error, por mala fe o negligencia grave— y cuando se imputa a una persona delito que exige la actuación del damnificado u ofendido o sus representantes legales en caso de incapacidad por demencia o minoridad, verbigracia, delitos contra la integridad sexual o lesiones leves culposas no ocurridas en la vía pública.

1.7) Error en la persona del imputado

Tiene lugar cuando, por identidad o similitud de nombres o cuasii-dénticas características físicas, se imputa delito a persona que resulta ser distinta de la del denunciado como presunto autor.

⁶⁶ La norma dice: "La renuncia de la persona ofendida al ejercicio de la acción penal, sólo perjudicará al renunciante y a sus herederos".

⁶⁷ La norma decía en su versión original del art. 74 (ley 11.179) (hoy derogado): "La acción por delito de adulterio corresponde únicamente al cónyuge ofendido, quien deberá acusar a ambos culpables, pero no podrá intentar la acción penal mientras no se declare culpable el divorcio por causa de adulterio. La sentencia en el juicio de divorcio, no producirá efecto alguno en el juicio criminal. El cónyuge que ha consentido el adulterio o lo ha perdonado, no tiene el derecho de iniciar la acción. La muerte del cónyuge ofendido extingue la acción penal y hace cesar la ejecución de la pena".

1.8) Falta de ratificación de la denuncia

Tiene lugar cuando en caso de denuncia en sede judicial el compareciente no la ratifica ante el funcionario judicial designado para ello, a raíz de lo cual no puede ser tramitada.

Todas las excepciones argüibles a base de las circunstancias precedentemente explicadas tienen por objeto lograr la declaración de la extinción de la pretensión por lo que, en el supuesto de resultar procedentes, el proceso no puede ser iniciado y, si está ya pendiente, debe finalizar de inmediato con el consecuente sobreseimiento y posterior archivo de las actuaciones cumplidas.

Las que se continúan mencionando, en cambio, tienen por objeto *diferir* la iniciación o la prosecución del respectivo proceso:

1.9) Cuestiones prejudiciales

Ya han sido definidas en el # 2.2.1.3. de este Capítulo, ejemplificando con las que operan dentro del estricto campo civil o que impiden a un juez civil emitir sentencia hasta tanto no exista pronunciamiento firme en el campo penal.

En este tópico mencionaré las que operan a la inversa y que se hallan autorizadas en la ley de fondo: conforme con lo dispuesto en el artículo 1104 del Código Civil argentino no puede efectuarse juzgamiento en sede penal sin que antes exista sentencia civil respecto de las cuestiones que versan sobre la *validez o nulidad de los matrimonios* y las que se relacionan con la *calificación de las quiebras de los comerciantes*. En ambos supuestos, la sentencia civil produce efectos de cosa juzgada en lo penal.

Sin embargo, el artículo 242 de la ley 19.551 ha establecido que el último de los casos citados no importa cuestión prejudicial y, por tanto, la resolución dictada por el juez del concurso no obliga desde entonces al juez penal; de donde resulta que la acción en sede penal es independiente de la calificación de la conducta del concursado. Con la actual ley penal la cuestión ha perdido todo interés por la despenalización del hecho.

Además de los casos expuestos, el artículo 74 del Código Penal argentino establecía en su momento que la acción por delito de adulterio *no podía ser intentada* en sede penal mientras no se declarara el divorcio

por causa de adulterio, aunque cabe aclarar que la sentencia civil no producía efecto alguno en el juicio penal.

1.10) *Litispendencia por causa civil conexa*

Tiene lugar cuando se incoa proceso penal con pretensión punitiva contra demandado en litigio civil por la realización del mismo hecho que ahora se inculpa (en los últimos años y, gracias a la ineficacia judicial, se acostumbra indebidamente a penalizar los hechos fundantes de un litigio civil, como forma ilegítima de forzar arreglos transaccionales).

1.11) *Inmunidad del procesamiento penal*

Tiene lugar cuando, por expresa disposición constitucional, un funcionario público no puede ser procesado sin previo *desafuero* (legisladores) o *destitución por juicio político* (jueces superiores) o por *enjuiciamiento por tribunal ad hoc* (jury de enjuiciamiento de magistrados inferiores).

1.12) *Cuestión previa penal*

Tiene lugar cuando la solución de un enjuiciamiento penal depende del resultado de otro proceso penal y ambos no son acumulables. De darse el caso debe suspenderse el trámite del primero hasta que exista sentencia firme en el segundo.

Los casos serán enunciados en el Capítulo 23.

1.13) *Detención ilegal*

Tiene lugar cuando se ordena detención o pena privativa de libertad en delito sancionado en abstracto con multa o inhabilitación.

1.14) *Incomunicación ilegal*

Tiene lugar cuando se ordena incomunicación de detenido por delito de acción privada o en las categorías mencionadas en la letra precedente.

1.15) *Falta de acción o legitimación activa para denunciar*

Tiene lugar cuando, en delito de usurpación, el denunciante no demuestra inicial y cabalmente el hecho de su posesión, cuasiposesión o tenencia, y alega despojo, turbación o alteración de límites del fundo poseído o bajo su tenencia (ejemplo claro se ve en el caso de nudo propietario actuando como denunciante).

2) *Excepciones que atacan a la pretensión punitiva*

Son las que tienen por objeto lograr que el juez al sentenciar declare la impunidad del imputado y surgen de los diversos casos contenidos

en el artículo 34 del Código Penal argentino (el imputado obra en el momento del hecho típico que fundamenta a la acusación sin comprensión de la criminalidad del acto o sin poder dirigir sus acciones; o violentado por fuerza física irresistible o por amenazas de sufrir un mal grave e inminente; o para evitar un mal grave e inminente; o para evitar un mal mayor inminente al que es extraño; o en cumplimiento de un deber; o en el legítimo ejercicio de un derecho, autoridad o cargo; o en virtud de obediencia jerárquica; o en defensa propia o de sus derechos; o en defensa de la persona o derechos de otro).

Además, en el caso del delito de injurias se admite la *excepción de verdad de los hechos injuriosos* (*exceptio veritate*) según texto del artículo 111 del Código Penal⁶⁸.

3) *Excepciones que atacan a la pena impuesta mediante sentencia*

Son las que tienen por objeto lograr la extinción o la reducción de una pena impuesta o la nulidad de una sentencia penal irregular; entre ellas, se pueden mencionar:

3.1) *Amnistía*

Sin perjuicio de lo expuesto supra, en el # 1.1., la ley respectiva hace cesar la condena y todos sus efectos (Cód. Penal argentino, art. 61)⁶⁹.

3.2) *Prescripción*

Tiene lugar cuando desde la notificación al reo de la sentencia de condena o desde su quebrantamiento —si ha empezado a cumplirse (Cód. Penal argentino, art. 66)⁷⁰— no se ha efectivizado durante alguno de los plazos establecidos en el artículo 65⁷¹ del Código Penal argentino.

⁶⁸ Su texto dice: "El acusado de injuria sólo podrá probar la verdad de la imputación en los casos siguientes: 1) si la imputación hubiere tenido por objeto defender o garantizar un interés público actual; 2) si el hecho atribuido a la persona ofendida hubiere dado lugar a proceso penal; 3) si el querellante pidiera la prueba de la imputación dirigida contra él. En estos casos, si se probare la verdad de las imputaciones, el acusado quedará exento de pena".

⁶⁹ La norma dice: "La amnistía extingue la acción penal y hará cesar la condena y todos sus efectos, con excepción de las indemnizaciones debidas a particulares".

⁷⁰ La norma dice: "La prescripción de la pena empezará a correr desde la medianoche del día en que se notificare al reo la sentencia firme o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese empezado a cumplirse".

⁷¹ La norma dice: "Las penas se prescriben en los términos siguientes..."

3.3) *Indulto*

Surge de un acto del Poder Ejecutivo o, en algunas legislaciones, del Poder Legislativo, y tiene por efecto perdonar total o parcialmente las penas judicialmente impuestas. Se diferencia de la amnistía en que es *personal* y no *real*; en lugar de referirse al delito, desincriminándolo, se emite con exclusiva relación al delincuente respecto de la pena a la cual ha sido condenado, dispensándolo de su ejecución en todo o en parte (conmutación de pena).

3.4) *Perdón del ofendido*

Refiere exclusivamente a los delitos que sólo son procesables por acción privada (Cód. Penal argentino, art. 73)⁷². Efectuado el perdón, queda extinguida la pena impuesta.

3.5) *Existencia de ley penal más benigna*

Tiene lugar cuando después de la condena se dicta una ley más benigna respecto de la pena impuesta. En tal caso, el cumplimiento de ésta debe limitarse a la establecida por aquélla (Cód. Penal argentino, art. 2).

3.6) *Derogación parcial o abrogación del tipo penal por el que se sufre procesamiento o cumple condena efectiva o subsistente*

Tiene lugar cuando, en caso de derogación parcial de un tipo penal —por ejemplo, una de sus calificativas agravantes por las que se imputó o condenó a una persona— o por la abrogación total del tipo penal mismo —infanticidio, adulterio o desacato— continúa el proceso incoado al efecto o subsiste la condena impuesta (en rigor, es una variante de la anteriormente mencionada).

3.7) *Inaplicabilidad de ley penal más gravosa a un caso juzgado previamente*

A partir del *Tratado de Imprescriptibilidad de delitos de lesa humanidad* tiene lugar cuando después de la firma de dicho Tratado se intenta juzgar delito comprendido en algún tipo allí descrito y cometido, procesado y juzgado con anterioridad a su vigencia. Se trata, en suma, de una variante del principio de *aplicación de la ley penal más benigna*.

⁷² La norma dice: "Son acciones privadas las que nacen de los siguientes delitos: 1) calumnias e injurias; 2) violación de secretos, salvo [...]; 3) concurrencia desleal [...]; 4) incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, cuando la víctima fuere el cónyuge".

3.8) *Libertad condicional sin revocación*

Tiene lugar cuando transcurrido el plazo de cinco años, la libertad condicional acordada en los términos del artículo 13 del Código Penal argentino, no ha sido revocada. Tal circunstancia tiene como efecto la extinción de la pena (Cód. Penal argentino, art. 16).

3.9) *Pago de la multa fijada en la sentencia*

Cuando un condenado a pagar multa no la obla en el plazo fijado en la sentencia, puede sufrir prisión de hasta un año y medio. Pendiente ésta, si se efectiviza en cualquier tiempo el pago total de la multa, se genera la inmediata libertad del condenado (Cód. Penal argentino, art. 22).

3.10) *Condena condicional sin la comisión de nuevo delito*

Tiene lugar cuando transcurridos cuatro años desde la imposición de condena condicional, el condenado no comete nuevo delito. En tal caso, la pena se tiene por no pronunciada (Cód. Penal argentino, art. 27)⁷³.

3.11) *Sentencia firme de condena por prevaricato*

Dictada contra el juez que condenó al hoy excepcionante en causa penal, en tanto del delito del juez haya devenido directamente la condena del reo.

3.12) *Sentencia firme de condena por delito de falso testimonio en causa criminal dictada contra testigos en cuyas declaraciones se fundó la condena judicial*

Se trata de una variante del caso anterior, ahora referido a los testigos de cargo y no al juez.

Hasta aquí he enunciado las circunstancias que —sin perjuicio de la simple defensa negativa del imputado— le permiten *afirmar* la existencia de un hecho (palabra utilizada en sentido lato, comprensivo inclusive de una nueva ley o de un acto de autoridad) que resulta ser impeditivo para la formación o continuación del proceso ya incoado o de la condena del reo o extintivo de la pena impuesta. Por supuesto, en todos los casos doy por sentado que el imputado *es persona imputable*.

⁷³ La norma dice: "La condenación se tendrá como no pronunciada si dentro del término de cuatro años, contados a partir de la fecha de la sentencia firme, el condenado no cometiere un nuevo delito..."

y, por ende, procesable y condenable. De ahí que no haya enumerado otras causales de extinción de la acción penal (por ejemplo, la muerte del reo).

En función de lo expresado al comenzar con este tema y de los derechos reconocidos a todo imputado por las constituciones vigentes en el mundo, es que las circunstancias señaladas como fundamento de una actitud de *excepción* por parte del reo no tienen *oportunidad preclusiva* para ser afirmadas en el proceso o después de la condena. Más aún: a diferencia de lo que ocurre en el campo civil, la alegación de todas ellas es *irrenunciable* e, inclusive, deben ser aplicadas oficiosamente por el juez en el momento mismo en el cual lleguen a su conocimiento.

3. LA RECONVENCIÓN

Puede suceder, por último, que al contestar la demanda contradiciendo la pretensión del actor, el demandado proponga una propia demanda contra éste.

De tal forma, utiliza el mismo procedimiento ya pendiente para tramitar en el otro proceso (por eso es que la doctrina afirma que éste es un típico caso de *acumulación de acciones*).

A esta actitud se le da la denominación de *reconvencción* y, cuando ocurre, el demandado originario adquiere la calidad de *reconviniente* en tanto que el actor originario la de *reconvenido*. Si el reconviniente decide demandar a alguien más que al reconvenido, éste se denomina *demandado por el reconviniente*.

Para la admisibilidad de la reconvencción se requiere imprescindiblemente que la pretensión hecha valer sea conexa por la causa con la deducida por el actor. Como ya se ha visto en el Capítulo 8, se trata siempre de una conexidad mixta subjetivo-causal.

La reconvencción debe reunir los requisitos de toda demanda que ya he explicado en el Capítulo anterior.

4. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

En el # 5 del Capítulo 11 expliqué que, con la denominación de *presupuestos*, la doctrina conoce lo en el derecho se menciona con el nombre de *condiciones*.

A fin de facilitar al lector la comprensión de este tema, reitero acá algunas de las ideas allí expresadas: el vocablo *condición* refiere a *toda situación o circunstancia indispensable para que algo sea u ocurra*.

Sistémicamente —y, en concreto, respecto de la contestación de la demanda— parece importante definir ahora tres circunstancias que se relacionan con:

- 1) la razón del acto (su *porqué*);
- 2) su realización (sus *qué, cómo, cuándo y dónde*) y
- 3) su objeto (su *para qué*)⁷⁴.

Veamos ahora los específicos presupuestos de la contestación de la demanda.

4.1. EL SUPUESTO PRECEDENTE DE LA PRESENTACIÓN DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El supuesto precedente de la contestación de la demanda es la admisión por el juez de la demanda incoada por el actor contra el demandado.

Como se ve, este supuesto hace al *porqué* de la contestación.

Nótese que no hablo de que se haya conferido un traslado⁷⁵ al efecto,

⁷⁴ A base de lo expuesto, las condiciones en general se presentan como:

a) *previas o anteriores* a la realización de cualquier acto del proceso (hacen al *porqué* del acto): son las que en esta obra se denominan *supuestos precedentes*. Sin el respectivo *supuesto precedente* queda sin basamento y sin razón de ser la realización de todo acto procesal y de la emisión de la sentencia. Si bien se mira, generalmente hace a la *existencia* misma del acto como tal;

b) *actuales o coincidentes* con el momento de realización del acto (hacen al *qué y al cómo, cuándo y dónde* del acto): son los *requisitos* necesarios de cumplir para la admisibilidad del tipo específico de actividad que corresponda al caso. Aquí se trata de determinar qué tipo de acto es el que corresponde al desarrollo de la serie y de saber cómo, cuándo y dónde debe ser hecho. Sin el cumplimiento del respectivo *requisito*, el acto *no es admisible* (salvo que la ley disponga alguna solución alternativa). Si bien se mira, generalmente hace a la *eficacia* (o *validez*) del acto como tal. Adviértase que al declararse la admisibilidad de un acto cualquiera, se convierte automáticamente en el *supuesto precedente* del acto que sigue en la serie procedimental;

c) *futuras o inminentes*: son las que refieren a lo que se obtendrá (*objeto*) con la admisión de uno o de varios actos (hacen al *para qué* de ellos) y que en esta obra se denominan *supuestos consecuentes*.

⁷⁵ Adviértase que el traslado sólo tiende a generar la carga de contestar, fijando un plazo al efecto que, obviamente, *juega en contra de quien la recibe* ya que la actividad

pues con o sin traslado el demandado siempre tiene elemental y obvio derecho a buscar su propia liberación del proceso, contradiciendo la pretensión reclamada u oponiendo las excepciones que fueren menester.

4.2. EL SUPUESTO CONSECUENTE DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El supuesto consecuente de la contestación es lograr el convencimiento favorable del juez al momento de sentenciar respecto de la sinrazón de la pretensión del actor (con lo cual la rechazará) o de la razón de la excepción del demandado (con lo cual la acogerá).

4.3. LOS REQUISITOS PARA LA PRESENTACIÓN DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Siempre son las condiciones actuales de realización del acto y definen cómo, cuándo y dónde debe efectuarse útilmente.

Por supuesto, al haber concebido a la actividad del demandado como una forma de instar que sólo se diferencia de la del actor en cuanto aparece en tiempos sucesivos, razón por la cual la doctrina moderna le otorga la denominación de *reacción*, cabe advertir liminarmente que estos presupuestos exhiben exacta similitud con los pertinentes de la acción y de la demanda; por tanto, cabe remitir a lo expuesto en el # 2 del Capítulo 7 y al # 3 del Capítulo 20, cuyos contenidos doy por conocidos ahora.

Sin embargo, cabe hacer algunas consideraciones específicas para el caso, respecto de los distintos presupuestos que, al igual que los propios de la demanda, son intrínsecos y extrínsecos.

Los explico.

4.3.1. LOS REQUISITOS INTRÍNSECOS DE CARÁCTER GENERAL

Son seis: 1) capacidad procesal del demandado; 2) en su caso, adecuada representación del demandado que carece de capacidad procesal; 3) adecuado derecho de postulación del demandado; 4) contenido efi-

que se espera de él tendrá necesariamente un término. De donde surge claro el derecho de todo demandado a contestar una demanda sin que se le haya conferido previo traslado para ello.

ciente de la contestación de demanda u oposición de excepciones; 5) invariación de la pretensión demandada.

Los explico:

1) Capacidad procesal del demandado

A lo ya explicado acerca del mismo tema relativo a la demanda⁷⁶, corresponde agregar ahora que cuando ella se dirige contra una persona fallecida o cuando el ya demandado fallece durante el curso de la serie procedimental, queda obviamente impedida la formación válida del proceso por falta de capacidad jurídica de aquél.

Para descartar el problema y lograr un proceso válido en el cual exista un adecuado contradictorio, corresponde citar a los herederos del causante para que ellos tomen su participación en el proceso.

La generalidad de las leyes que adoptan expresamente esta solución prevén que la citación debe ser efectuada mediante *edictos*; además, establecen que si los interesados no comparecen cabe la designación de un *curador* que habitualmente cumple una doble función: la de *curador ad hoc de la herencia* y la de *defensor de los herederos rebeldes*, carácter en el cual actúa durante el curso faltante de la serie procedimental.

2) Adecuada representación del demandado

A lo ya explicado en el Capítulo 20⁷⁷ cabe agregar aquí que ante la carencia de este presupuesto —porque el demandado civilmente incapaz no ha comparecido por medio de su representante legal o porque éste o un representante convencional no han acreditado debidamente el carácter que dicen investir— es el propio *actor* quien puede atacar la situación para lograr que el proceso sea realmente útil a los fines de la composición del litigio.

Son escasos los códigos que norman al respecto.

3) Adecuado derecho de postulación en el demandado

Resulta plenamente aplicable al caso todo lo expuesto en el Capítulo 20⁷⁸, al tratar el correlativo presupuesto de la demanda.

⁷⁶ Remito aquí a lo ya dicho en el # 2.3.1. del Capítulo 20.

⁷⁷ Ver nota anterior.

⁷⁸ Ver nota anterior.

A modo de complemento, añadiré aquí que en los regímenes legales que otorgan sólo a un *abogado* el pleno ejercicio del derecho de postulación para que actúe como un intermediario entre el juez y la parte procesal, se contemplan excepciones para que ésta pueda postular por sí misma.

A simple título enunciativo, diré que esto puede ocurrir para comparecer al proceso y tomar participación en él, solicitar medidas urgentes, contestar intimaciones y requerimientos de carácter personal, solicitar el otorgamiento del beneficio de litigar sin gastos, recibir órdenes de pago, etcétera.

Fácil es de comprender la razón de ser de cada uno de los supuestos recién mencionados.

4) Contenido eficiente de la contestación de demanda o de oposición de excepciones⁷⁹

En una correcta contestación, el demandado debe limitarse a negar cada uno de los hechos expuestos por el actor para fundar su pretensión, de modo de convertirlos en contradichos y, así, generar la respectiva carga confirmatoria en cabeza de él⁸⁰.

Para que esto sea posible, las leyes procesales en general sujetan la presentación de la contestación de la demanda a varios *requisitos* ge-

⁷⁹ No hablo aquí de la actitud de *reconvenir*, pues a ella se le aplican sin más todos los requisitos de la acción procesal del actor.

⁸⁰ Advierto al lector que es moneda corriente en la doctrina autoral que no comprende cabalmente el tema el sostener que, so pretexto de que en el proceso debe imperar una ética de la solidaridad, cada parte debe ayudar a la otra para que le gane el pleito. Si se medita mínimamente acerca de esta cuestión, se advertirá que esto no pasa de ser una petición de principios, pues el proceso es *lucha* —y a veces *despiadada*— entre partes antagónicas y no, como lo he sostenido irónicamente antes, *despreocupado paseo por el parque de ambos contendientes, tomados de la mano y buscando junto al juez la Verdad al tiempo de cantar alegremente el arroz con leche...*

Quiénes desconocen esto, por cierto que elemental, además de negar los hechos expuestos por el actor terminan presentando siempre una propia versión de los hechos, en tarea que se hace sin reconvenir y sin excepcionar. O sea: en forma absolutamente inútil y absurda. Y he visto en más de una ocasión que algún juez poco entendedor de lo que significa una *carga probatoria* y de cómo deben ser aplicadas en el terreno procesal en orden a las reglas que se detallarán en el Capítulo siguiente genera en cabeza de estos afirmadores-de-hechos-que-no-deben-ser-afirmados una carga probatoria que no existe por ley, merced a lo cual terminan siendo condenados por no haber probado hechos que no eran litigiosos...

nerales (intrínsecos y extrínsecos) necesarios de cumplimentar por el demandado para que ella sea *admisible* (lograr su objeto de trabar el litigio y de posibilitar la apertura el período confirmatorio) (ver el # 2.3.2.)

5) Invariación de la pretensión demandada

Éste es un presupuesto propio de la contestación de la demanda que no aparece como tal en ningún texto de doctrina y, sin embargo, debe integrar necesariamente la nómina que aquí se desarrolla.

Y es que, para asegurar un debido contradictorio, las leyes en general establecen que una vez conferido y notificado el traslado de la demanda, generándose así la carga de responder, el actor no debe variar ninguno de los elementos de la pretensión deducida.

Ésta es la circunstancia que me lleva a incluir el requisito de *marras* dentro de este título, ya que cuando el juez coloca al demandado frente a la carga de contestar y le notifica de la respectiva providencia, resulta obvio que éste habrá de atenerse a la pretensión vigente en ese momento.

De ahí que, como consecuencia de la aceptación de este requisito, cabe afirmar la absoluta ineficacia de cualquier variación posterior y aun la que se efectúe antes del vencimiento del plazo otorgado para responder.

Para comprender mejor el problema, cabe aclarar que la generalidad de las leyes procesales autoriza que el actor modifique su demanda tantas veces como quiera pero siempre *antes de notificar* el respectivo traslado.

Luego de ello, y con la condición de *no variar la causa de la pretensión*, las mismas leyes autorizan al actor a *ampliar* la cuantía del reclamo y a *moderar* o *reducir* el objeto pretendido.

4.3.2. LOS REQUISITOS EXTRÍNSECOS DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Estos requisitos son:

1) *Contestación que reúna los requisitos legales de oportunidad y forma*
Al igual que la demanda, la contestación está sujeta a requisitos legales concernientes a la *forma*; y, además —cosa que no rige para la demanda,

salvo el caso de caducidad de la acción—, a exigencias de *oportunidad*, propias ambas del instar del demandado. Esto explica la inserción del presupuesto en la nómina que aquí desarrollo.

Los requisitos de *forma* que generalmente consagran las leyes procesales son:

- a) en lo pertinente, debe observar las reglas establecidas para la confección de la demanda detallados en el Capítulo anterior;
- b) debe contener una confesión o negativa expresa y categórica de cada hecho expuesto en la demanda, pues el silencio al respecto o una respuesta evasiva o una negativa general (y no específica) pueden ser estimados por el juez al sentenciar como un reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos a que se refieren;
- c) también debe reconocer o negar el demandado la autenticidad de los documentos privados que se le atribuyen y la recepción de cartas o telegramas a él dirigidos, so pena de que el juez al sentenciar los tenga por reconocidos o recibidos, según el caso;
- d) debe también oponer *todas* las defensas que por su naturaleza no tengan el carácter de previas, especificando con claridad los hechos que las apoyan;
- e) por último, debe deducir reconvencción, si ella es admisible.

Los requisitos de *oportunidad* que generalmente consagran las leyes procesales consisten en plazos diferentes para cada tipo de procedimiento (ordinario, sumario, sumarísimo, etcétera) que son puramente contingentes. Por tanto, para conocer un plazo determinado el lector tendrá que ocurrir a la respectiva legislación.

2) La competencia del juez

A lo ya explicado en los Capítulos 7 y 10 cabe agregar acá algunas reflexiones atinentes a la situación del demandado, pues, tal como lo he sostenido ya innumerables veces, es menester que el juez sea un real tercero frente a las *dos partes litigantes*, ante quienes debe mostrarse competente objetiva y subjetivamente.

Ya conoce el lector que la mera interposición de la demanda fija, respecto del actor, la competencia objetiva y la subjetiva del juez; de allí que pueda señalarse congruentemente que, luego de admitida la de-

manda, el actor pierde la posibilidad de *cuestionar* su competencia y la facultad de *recusar* al juez sin causa o por alguna de las causales relativas existentes con anterioridad al momento de demandar (ver Capítulo 10).

Pero ello no supone, obviamente, que ocurra otro tanto con el demandado, quien, dentro de los límites temporales que establecen al efecto las leyes procesales, puede denunciar una incompetencia subjetiva mediante el tipo de recusación que quepa y, aún más, una incompetencia objetiva por alguna de las vías declinatoria o inhibitoria explicadas en el Capítulo 10.

DERECHO DE DEFENSA EN JUICIO CIVIL

ACCIÓN	DEMANDA																				
	ABSTENCIÓN																				
	SUMISIÓN	Allanamiento Confesión Reconocimiento																			
	CONTRADICCIÓN																				
REACCIÓN				extinción																	
	OPOSICIÓN	Excepciones que	Atacan a la acción con el objeto de lograr su	<table><tr><td>1. Carencia de acción</td><td rowspan="2">nacen del proceso</td><td rowspan="2">1. Incompetencia 2. Falta de capacidad procesal del actor 3. Falta de personería en el actor 4. Falta de derecho de postulación en el actor 5. Defecto legal en el modo de proponer a demanda 6. Inadecuada acumulación de pretensiones</td></tr><tr><td>2. Caducidad de la acción</td></tr><tr><td>3. Incapacidad jurídica del actor para ser parte procesal</td><td></td><td></td><td></td><td></td></tr><tr><td></td><td></td><td></td><td></td><td><table><tr><td>7. Ausencia manifiesta de legitimación para obrar</td><td rowspan="2">nacen fuera del proceso</td><td rowspan="2">7. Ausencia manifiesta de legitimación para obrar 8. Arraigo 9. Litispendencia por conexidad causal o afinidad 10. Falta de caución en caso de representación procesal asumida por parientes 11. Falta de pago de costas ya devengadas</td></tr><tr><td></td></tr></table></td></tr></table>	1. Carencia de acción	nacen del proceso	1. Incompetencia 2. Falta de capacidad procesal del actor 3. Falta de personería en el actor 4. Falta de derecho de postulación en el actor 5. Defecto legal en el modo de proponer a demanda 6. Inadecuada acumulación de pretensiones	2. Caducidad de la acción	3. Incapacidad jurídica del actor para ser parte procesal									<table><tr><td>7. Ausencia manifiesta de legitimación para obrar</td><td rowspan="2">nacen fuera del proceso</td><td rowspan="2">7. Ausencia manifiesta de legitimación para obrar 8. Arraigo 9. Litispendencia por conexidad causal o afinidad 10. Falta de caución en caso de representación procesal asumida por parientes 11. Falta de pago de costas ya devengadas</td></tr><tr><td></td></tr></table>	7. Ausencia manifiesta de legitimación para obrar	nacen fuera del proceso	7. Ausencia manifiesta de legitimación para obrar 8. Arraigo 9. Litispendencia por conexidad causal o afinidad 10. Falta de caución en caso de representación procesal asumida por parientes 11. Falta de pago de costas ya devengadas
1. Carencia de acción	nacen del proceso	1. Incompetencia 2. Falta de capacidad procesal del actor 3. Falta de personería en el actor 4. Falta de derecho de postulación en el actor 5. Defecto legal en el modo de proponer a demanda 6. Inadecuada acumulación de pretensiones																			
2. Caducidad de la acción																					
3. Incapacidad jurídica del actor para ser parte procesal																					
				<table><tr><td>7. Ausencia manifiesta de legitimación para obrar</td><td rowspan="2">nacen fuera del proceso</td><td rowspan="2">7. Ausencia manifiesta de legitimación para obrar 8. Arraigo 9. Litispendencia por conexidad causal o afinidad 10. Falta de caución en caso de representación procesal asumida por parientes 11. Falta de pago de costas ya devengadas</td></tr><tr><td></td></tr></table>	7. Ausencia manifiesta de legitimación para obrar	nacen fuera del proceso	7. Ausencia manifiesta de legitimación para obrar 8. Arraigo 9. Litispendencia por conexidad causal o afinidad 10. Falta de caución en caso de representación procesal asumida por parientes 11. Falta de pago de costas ya devengadas														
7. Ausencia manifiesta de legitimación para obrar	nacen fuera del proceso	7. Ausencia manifiesta de legitimación para obrar 8. Arraigo 9. Litispendencia por conexidad causal o afinidad 10. Falta de caución en caso de representación procesal asumida por parientes 11. Falta de pago de costas ya devengadas																			

DERECHO DE DEFENSA EN JUICIO CIVIL (cont.)

REACCIÓN	OPOSICIÓN	Excepciones que	Atacan a la pretensión (defensas generales) fundadas en	causas extintivas de las obligaciones	Extinción	Atacan a la acción con el objeto de lograr su	Extinción	1. Carencia de acción 2. Caducidad de la acción 3. Incapacidad jurídica del actor para ser parte procesal
								1. Incompetencia 2. Falta de capacidad procesal del actor 3. Falta de personería en el actor 4. Falta de derecho de postulación en el actor 5. Defecto legal en el modo de proponer a demanda 6. Inadecuada acumulación de pretensiones
								7. Ausencia manifiesta de legitimación para obrar 8. Arraigo 9. Litispendencia por conexidad causal o afinidad 10. Falta de caución en caso de representación procesal asumida por parientes 11. Falta de pago de costas ya devengadas

REACCIÓN	EXCEPCIONES QUE	Atacan a la pretensión (defensas generales) fundadas en	vicios de los actos jurídicos	1. Incapacidad 2. Error 3. Dolo 4. Violencia 5. Simulación 6. Lesión
			el principio de seguridad jurídica	1. Inconstitucionalidad 2. Causa ilícita de la obligación 3. Falta de titularidad del derecho o del interés para obrar 4. Cosa juzgada → Desistimiento del derecho 5. Litispendencia por identidad
		Tienen por objeto la postergación de la emisión de la sentencia		1. Prejudicialidad 2. Litispendencia por conexidad causal o por afinidad
		Atacan a la pretensión de ejecutar un derecho		1. Inhabilidad de título 2. Falsedad material 3. Quita 4. Espera 5. Compromiso 6. Exención
RECONVENCIÓN				

DERECHO DE DEFENSA EN JUICIO PENAL

ACCIÓN	ACUSACIÓN		
	QUERRELLA		
	OPOSICIÓN	Simple negativa	
		Silencio	
REACCIÓN		Que atacan al ejercicio de la acción	1. Amnistía 2. Prescripción 3. Renuncia del agraviado 4. Cuestiones prejudiciales 5. Inmunidad de procesamiento penal 6. Cuestión previa penal
	EXCEPCIONES	Que atacan a la pretensión punitiva	Excepciones que surgen del artículo 34 del Código Penal
		Que atacan a la pena impuesta mediante sentencia	1. Amnistía 2. Prescripción 3. Indulto 4. Perdón del ofendido 5. Existencia de ley penal más benigna 6. Pago de la multa fijada en la sentencia 7. Condena condicional sin la comisión de nuevo delito

ÍNDICE SUMARIO

Presentación	11

PARTE I

LOS CONCEPTOS PRELIMINARES

CAPÍTULO I

LA CAUSA Y LA RAZÓN DE SER DEL PROCESO Y UNA APROXIMACIÓN A SU IDEA LÓGICA

1. La causa del proceso: el conflicto de intereses.....	25
2. Las posibles soluciones del conflicto intersubjetivo de intereses	28
2.1. La autodefensa	29
2.2. La autocomposición.....	30
2.2.1. Los medios de autocomposición directa (operan sin la ayuda de nadie)	30
2.2.1.1. El desistimiento	30
2.2.1.2. El allanamiento	31
2.2.1.3. La transacción	31
2.2.2. Los medios de autocomposición indirecta (operan con la ayuda de otro).....	31
2.2.2.1. La amigable composición (o simple intento de acercamiento).....	32
2.2.2.2. La mediación	32
2.2.2.3. La decisión	33
2.3. La heterocomposición pública (pura o no conciliativa).....	34

3. La razón de ser del proceso.....	35
4. Una aproximación a la idea lógica de <i>proceso</i>	37
4.1. Las funciones del proceso.....	37
4.2. Las nociones de conflicto, litigio y controversia.....	38
4.3. Una sucinta descripción del método de debate.....	41
4.4. El objeto del proceso.....	43

CAPÍTULO 2

LAS NORMAS DE PROCEDIMIENTO Y SU CREACIÓN EL DERECHO PROCESAL

1. La materia del conocimiento jurídico.....	45
2. Las normas jurídicas.....	52
2.1. Las normas jurídicas determinativas.....	52
2.2. Las normas jurídicas estáticas.....	53
2.3. Las normas jurídicas dinámicas.....	54
3. El concepto de <i>instancia</i> y su clasificación.....	55
3.1. La denuncia.....	57
3.2. La petición.....	58
3.3. El reacertamiento (o la reconsideración).....	59
3.4. La queja.....	60
3.5. La acción procesal.....	61
4. Las diferencias entre <i>proceso</i> y <i>procedimiento</i>	65
5. La creación de la norma de procedimiento.....	66
5.1. El constituyente.....	67
5.2. El particular.....	69
5.3. El legislador.....	70
5.4. El juez.....	71
5.5. La sociedad.....	72
6. El derecho procesal.....	75
6.1. El concepto y el contenido del derecho procesal.....	75
6.2. El carácter del derecho procesal.....	79

CAPÍTULO 3

LOS SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO. INTRODUCCIÓN AL TEMA

1. Introito.....	83
2. El impulso procesal.....	83
3. Los orígenes del problema: un poco de historia.....	86

CAPÍTULO 4

EL SISTEMA INQUISITORIO O INQUISITIVO

1. Antecedentes.....	93
1.1. El Concilio de Letrán y su influencia en la idea de <i>proceso</i>	94
1.1.1. La <i>inquisición episcopal</i>	95
1.1.2. La <i>inquisición papal</i>	96
1.1.3. La <i>inquisición española</i>	100
1.2. La legislación inquisitorial española.....	105
1.3. Las primeras leyes inquisitoriales argentinas.....	109
2. La descripción del sistema inquisitivo.....	110
3. Aplicación del método inquisitivo en las legislaciones de los siglos XVIII, XIX y XX.....	111
3.1. El Reglamento Josefino de 1781.....	111
3.2. La Ordenanza austríaca de 1895.....	112
3.3. La Ordenanza alemana de 1937.....	115
3.4. El Código italiano de 1940.....	116
3.5. La Ley de Procedimiento Civil soviética de 1979.....	121
3.6. La euforia de los autores italianos y alemanes y su influencia en América.....	122
4. La aplicación del método inquisitivo en la Argentina.....	123
4.1. En lo penal.....	130
4.2. En lo civil.....	130

CAPÍTULO 5

EL SISTEMA ACUSATORIO O DISPOSITIVO

1. Antecedentes.....	131

2. La influencia de la Carta Magna de Inglaterra en la idea de <i>debido proceso</i>	132
2.1. La Constitución de los Estados Unidos de América	149
2.2. La Revolución francesa (1789)	151
2.3. Las ideas de libertad en América	153
2.4. La Constitución argentina	154
2.5. La legislación argentina	156
3. La descripción del método acusatorio de debate	157
4. La aplicación del método acusatorio en la Argentina	159
4.1. En lo penal	159
4.2. En lo civil	159
5. Anexo	161
5.1. Declaración Universal de Derechos Humanos	161
5.2. Convención Americana sobre Derechos Humanos	166

CAPÍTULO 6

EL SISTEMA MIXTO

1. El sistema mixto	191
2. Conclusiones	194

PARTE 2

LOS CONCEPTOS FUNDAMENTALES

SECCIÓN 1

EN CUANTO A LOS LITIGANTES

CAPÍTULO 7

LA ACCIÓN PROCESAL DEL PRETENDIENTE Y LA REACCIÓN PROCESAL DEL RESISTENTE

1. Introducción al tema: la defensa en juicio	199
2. El concepto de <i>acción procesal</i>	202

3. Los requisitos para el ejercicio válido de la acción procesal	210
3.1. El requisito de existencia de posibilidad de accionar	211
3.2. El requisito de ausencia de caducidad del derecho de accionar ..	213
3.3. El requisito de capacidad jurídica del actor	217
3.4. El requisito de adecuada investidura de la autoridad	218
4. El concepto de <i>reacción procesal</i>	219
4.1. La reacción del demandado civil	220
4.1.1. La abstención del demandado	221
4.1.2. La sumisión del demandado	224
4.1.3. La oposición del demandado	225
4.1.3.1. La contradicción del demandado	227
4.1.3.2. La excepción del demandado	227
4.2. La reacción del reo penal	229
5. Los requisitos generales para el ejercicio válido de la reacción procesal	231
5.1. El requisito general para el ejercicio válido de la reacción del demandado civil	231
5.2. Los requisitos generales para el ejercicio válido de la reacción del reo penal	232
6. La llamada <i>acción penal</i>	233

CAPÍTULO 8

LA PRETENSIÓN PROCESAL

1. El concepto de <i>pretensión procesal</i>	235
2. La clasificación de las pretensiones procesales	238
2.1. Las pretensiones declarativas de derechos	238
2.1.1. Las pretensiones simplemente declarativas o de mera declaración	238
2.1.2. Las pretensiones declarativas de condena	239
2.1.3. Las pretensiones declarativas de constitución (pretensiones constitutivas)	239
2.2. Las pretensiones ejecutivas de prestaciones	239

2.3. Las pretensiones cautelares de prueba de hechos y de derechos.....	240
2.4. Las pretensiones coexistentes	240
3. Los elementos de la pretensión procesal	240
4. La comparación de pretensiones procesales y sus efectos	245
4.1. La indiferencia o independencia de pretensiones	247
4.2. La identidad de pretensiones.....	247
4.3. La conexidad de pretensiones	247
4.3.1. La conexidad simple subjetiva.....	248
4.3.2. La conexidad simple objetiva.....	248
4.3.3. La conexidad simple causal	248
4.3.4. La conexidad mixta objetivo-causal	249
4.3.5. La conexidad mixta subjetivo-causal	249
4.4. La afinidad de pretensiones.....	250

SECCIÓN 2

EN CUANTO AL JUZGADOR

CAPÍTULO 9

LA JURISDICCIÓN

1. La equivocidad del vocablo <i>jurisdicción</i>	255
2. Las funciones que cumple el Estado	256
2.1. La comparación de las distintas funciones del Estado	258
2.1.1. Jurisdicción y legislación	258
2.1.2. Jurisdicción y administración	259
3. El concepto y los elementos de la jurisdicción	262
4. Los actos llamados de <i>jurisdicción voluntaria</i>	266

CAPÍTULO 10

LA COMPETENCIA

.....	271

1. El concepto y los fundamentos de la competencia.....	272
2. Las pautas para atribuir la competencia judicial	273
2.1. La competencia objetiva	275
2.1.1. Las reglas de la competencia objetiva	276
2.1.1.1. La competencia objetiva territorial	276
2.1.1.2. La competencia objetiva material.....	278
2.1.1.3. La competencia objetiva funcional.....	278
2.1.1.4. La competencia objetiva cuantitativa.....	281
2.1.1.5. La competencia objetiva personal	282
2.1.2. Las excepciones a las reglas de la competencia objetiva.....	283
2.1.2.1. La prórroga de la competencia	283
2.1.2.2. El fuero de atracción	286
2.1.2.3. El sometimiento a arbitraje.....	288
2.1.2.4. La conexidad y la afinidad procesal	288
2.1.3. Los caracteres de la competencia objetiva	290
2.2. La competencia subjetiva.....	290
3. Los medios para atacar la incompetencia	291
3.1. Los medios para atacar la incompetencia objetiva	292
3.1.1. Las cuestiones de competencia	293
3.1.1.1. La declinatoria	293
3.1.1.2. La inhibitoria	294
3.1.1.3. Los requisitos comunes a ambas vías.....	294
3.1.2. La declaración oficiosa de incompetencia	294
3.1.3. Los conflictos de competencia.....	295
3.2. Los medios para atacar la incompetencia subjetiva.....	297
3.2.1. La recusación	298
3.2.1.1. La recusación causada	298
3.2.1.2. La recusación incausada	300
3.2.2. La excusación	302
3.2.3. La dispensa de la causal de excusación	304
3.2.4. La actuación posterior	305

SECCIÓN 3
EN CUANTO AL MEDIO DE DEBATE

CAPÍTULO 11

EL PROCESO COMO MÉTODO

1. El concepto de <i>proceso</i>	307
2. La naturaleza jurídica del proceso	311
3. La iniciación y el desarrollo del proceso	313
4. El objeto del proceso	316
5. Los presupuestos del proceso	317
6. La clasificación de los procesos	325
7. El concepto de <i>debido proceso</i>	327
8. Los imperativos jurídicos del proceso	331

CAPÍTULO 12

LOS PRINCIPIOS Y LAS REGLAS TÉCNICAS PROCESALES

1. El problema	335
2. Los principios procesales	339
3. Las reglas técnicas del debate procesal	346
4. Las reglas técnicas de la actividad de sentenciar	359
5. Los sistemas procesales	365

CAPÍTULO 13

LOS ACTOS DEL TRÁMITE PROCESAL

1. El concepto y la estructura del <i>acto procedimental</i>	367
2. Las características del acto procedimental	368
3. La clasificación de los actos procedimentales	372

CAPÍTULO 14

LA REGULARIDAD Y LA IRREGULARIDAD PROCESAL

1. La regularidad del acto procedimental	379

2. La irregularidad del acto procedimental	380
3. Los presupuestos de la declaración de nulidad procesal	385
4. Los medios para hacer ineficaz un acto procedimental	393

SECCIÓN 4

LOS SUJETOS PROCESALES

CAPÍTULO 15

LAS PARTES PROCESALES

1. El concepto de <i>parte procesal</i>	395
2. Las calidades esenciales del concepto de parte	397
3. La capacidad de la parte procesal	399
4. La clasificación de las partes procesales	402
5. La legitimación de las partes procesales	404
6. Las modificaciones en la posición de parte	406
6.1. La transformación en la posición de la parte	407
6.2. El reemplazo de los sujetos que ocupan o que deben ocupar la posición procesal	408
6.2.1. La sucesión procesal	408
6.2.2. La sustitución procesal	411
7. La pluralidad de partes y el fenómeno que origina	413
8. El litisconsorcio	415
8.1. El concepto	415
8.2. La clasificación del litisconsorcio	416
8.2.1. La relación litisconsorcial	418
8.2.1.1. El concepto	418
8.2.1.2. Los efectos de la relación litisconsorcial	419
8.2.2. La relación litisconsorcial necesaria	420
8.2.2.1. El concepto	420
8.2.2.2. Los efectos de la relación litisconsorcial necesaria	421

9. La representación procesal	423
9.1. La representación legal o necesaria	424
9.1.1. La representación legal o necesaria de las personas jurídicas	424
9.1.2. La representación legal o necesaria de las personas físicas	425
9.2. La representación convencional o voluntaria	426
10. La gestión procesal	427

CAPÍTULO 16

EL MINISTERIO PÚBLICO

1. El concepto de <i>ministerio público</i>	429
2. La ubicación del ministerio público en el orden estatal	432
3. La composición del ministerio público	434
4. La competencia del ministerio público	436

CAPÍTULO 17

EL JUZGADOR Y SUS AUXILIARES

.....	441
1. El juzgador	442
1.1. El juez	442
1.1.1. Concepto	442
1.1.2. Los requisitos para ser juez	446
1.1.3. Los sistemas para la designación de jueces	447
1.1.4. Las incompatibilidades de los jueces	454
1.1.5. Las garantías y los derechos de los jueces	457
1.1.6. Los deberes de los jueces	464
1.1.6.1. Los deberes funcionales	465
1.1.6.1.1. Los deberes funcionales esenciales ...	465
1.1.6.1.2. Los deberes funcionales legales	468
1.1.6.2. Los deberes procesales de dirección	468

1.1.6.3. Los deberes judiciales de resolución	472
1.1.6.4. El deber judicial de ejecución	487
1.1.7. Las facultades de los jueces	487
1.1.7.1. Las facultades ordenatorias	488
1.1.7.2. Las facultades conminatorias	490
1.1.7.3. Las facultades sancionatorias	493
1.1.7.4. Las facultades decisorias	494
1.1.8. La responsabilidad de los jueces	494
1.2. El árbitro	496
1.2.1. El concepto de arbitraje	496
1.2.1.1. Las clases de arbitraje	498
1.2.1.2. El origen del arbitraje	499
1.2.1.3. Los litigios sometibles a arbitraje	503
1.2.1.4. Los sujetos que pueden promover el arbitraje ..	504
1.2.1.5. El procedimiento arbitral	504
1.2.1.6. La resolución del arbitraje	505
1.2.1.7. La ejecución del laudo arbitral	506
1.2.2. El concepto de árbitro	506
1.2.2.1. Los requisitos para ser árbitro	507
1.2.2.2. Los distintos tipos de árbitros	508
1.2.2.3. Los derechos del árbitro	509
1.2.2.4. Las facultades y los deberes de los árbitros	509
2. Los auxiliares del juzgador	510
2.1. El secretario	510
2.2. Los oficiales y los auxiliares subalternos	512
2.3. Los técnicos	512
2.4. Los defensores letrados	513

CAPÍTULO 18

LOS TERCEROS INTERESADOS QUE SE CONVIERTEN EN PARTES PROCESALES Y SU INTERVENCIÓN PROCESAL

.....	517

1. El concepto de <i>tercero</i>	518
2. El concepto de <i>intervención de terceros</i>	519
3. Los requisitos comunes a todo tipo de intervención de terceros.	520
4. Las clases de intervención de terceros	523
4.1. La clasificación de la intervención de terceros de acuerdo con su origen	524
4.1.1. La intervención voluntaria de terceros	524
4.1.2. La intervención provocada de terceros	524
4.1.3. La intervención necesaria de terceros	525
4.2. La clasificación de la intervención de terceros de acuerdo con la actuación que cumplen en el proceso.	526
4.2.1. La intervención excluyente de terceros	527
4.2.2. La intervención coadyuvante de terceros	529
4.2.3. La intervención asistente de terceros	530
4.2.4. La intervención sustituyente de terceros	535
5. La intervención provocada de terceros	538
5.1. El concepto y sus caracteres.	538
5.2. Los medios para provocar la intervención de un tercero.	540
5.3. Los casos de intervención provocada en orden a la finalidad querida por la parte originaria citante	541
5.3.1. La citación para evitar la deducción por el tercero de ciertas defensas en el juicio que eventualmente incoará el citante contra el citado	541
5.3.1.1. La citación por el actor para evitar la deducción por el tercero, en el pleito que eventualmente le incoará, de las defensas personales propias del demandado en el pleito originario	541
5.3.1.2. La citación por el actor o por el demandado para evitar la deducción por el tercero, en el pleito que eventualmente le incoará uno de ellos, de la excepción de negligente o defectuosa defensa del propio citante en el pleito originario	543

5.3.2. La citación por el demandado para lograr que el tercero asuma la defensa del citante en el pleito pendiente y que eventualmente se haga cargo en forma personal e inmediata de las condenaciones que contenga la sentencia que allí se emita	548
5.3.2.1. El caso especial de la figura denominada <i>citación en garantía</i> por la ley argentina en materia de seguros (Nº 17.418)	553
5.3.2.2. El caso especial de la llamada <i>citación de evicción</i>	555
5.3.3. La citación por el demandado para lograr que un tercero lo sustituya en el pleito pendiente por ser el único y verdadero legitimado para asumir el papel de demandado	558
5.3.4. La citación por el actor o por el demandado para lograr la deducción de la demanda que eventualmente teme el citante del tercero citado.	560
6. La intervención necesaria	561
7. Las tercerías	562

CAPÍTULO 19

LOS TERCEROS NO INTERESADOS QUE NO SE CONVIERTEN EN PARTES PROCESALES

1. El concepto y la razón de ser de la explicación	563
2. Los terceros que, interviniendo en el proceso, no se convierten en partes del litigio	564
2.1. El testigo	565
2.2. El intérprete y el traductor.	567
2.3. El perito	568
2.4. El tasador.	569
2.5. El delegado técnico o <i>perito de parte</i>	569
2.6. El depositario judicial	569
2.7. El secuestre	570
2.8. El subastador o martillero	570
2.9. El notario.	571

2.10. El diligenciador	572
2.11. La oficina de Correos	572
2.12. El tenedor de un documento que interesa a las partes	572
2.13. El fiador judicial	573
2.14. Las corporaciones profesionales	573
2.15. Los terceristas	574
2.16. El interventor judicial	575
2.17. Los beneficiarios de la tributación fiscal y parafiscal	576

PARTE 3

EL PROCESO JUDICIAL

SECCIÓN 1

SU DESARROLLO

a) LA ETAPA DE AFIRMACIÓN

CAPÍTULO 20

LA DEMANDA JUDICIAL

1. El concepto de <i>demanda</i>	577
2. Los presupuestos de la demanda	578
2.1. El supuesto precedente de la interposición de la demanda judicial	579
2.2. El supuesto consecuente de la interposición de la demanda judicial	579
2.3. Los requisitos para la interposición de la demanda judicial ...	579
2.3.1. Los requisitos intrínsecos de carácter general	580
2.3.2. Los requisitos intrínsecos específicos de ciertas demandas	584
2.3.3. Los requisitos extrínsecos de carácter general	586
2.3.4. Los requisitos extrínsecos específicos de algunas demandas	588
3. Los efectos jurídicos de la demanda	588

b) LA ETAPA DE NEGACIÓN

CAPÍTULO 21

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y LA OPOSICIÓN DE EXCEPCIONES

1. El derecho de defensa en juicio	593
2. La oposición del demandado civil	594
2.1. La contradicción del demandado	595
2.2. La excepción del demandado	596
2.2.1. Las excepciones en el proceso civil	596
2.2.1.1. Las excepciones que atacan a la acción procesal	598
2.2.1.2. Las excepciones que atacan a la pretensión procesal deducida en la demanda	617
2.2.1.3. Las excepciones que tienen por objeto lograr la postergación de la emisión de la sentencia ...	627
2.2.1.4. Las excepciones que atacan a la pretensión de ejecutar un derecho	631
2.2.2. Las excepciones en el proceso penal	633
3. La reconvención	642
4. Los presupuestos procesales de la contestación de la demanda	642
4.1. El supuesto precedente de la presentación de la contestación de la demanda	643
4.2. El supuesto consecuente de la contestación de la demanda	644
4.3. Los requisitos para la presentación de la contestación de la demanda	644
4.3.1. Los requisitos intrínsecos de carácter general	644
4.3.2. Los requisitos extrínsecos de la contestación de la demanda	647