SISTEMA PROCESAL

ADOLFO ALVARADO VELLOSO

SISTEMA PROCESAL

GARANTÍA DE LA LIBERTAD

Tomo II

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. 2, 608 p. ; 23 x 16 cm
ISBN 978-950-727-981-2
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

CAPÍTULO 22

LA CONFIRMACIÓN PROCESAL[1]

SUMARIO:

1. El concepto y su relación con el vocablo *prueba*
2. Los problemas filosófico-políticos de la confirmación procesal
   2.1. Política legislativa en cuanto a la confirmación procesal
   2.2. Actividad del juzgador en la etapa confirmatoria
3. Los problemas técnicos de la confirmación procesal
   3.1. Objeto (qué puede ser confirmado)
   3.2. Tema (qué debe ser confirmado)
   3.3. Fuente (de dónde se extrae la confirmación)
   3.4. Incumbencia (quién debe confirmar): sistemas
   3.5. Medios (cómo se confirma)
      3.5.1. En general
         3.5.1.1. Comprobación
         3.5.1.2. Acreditación
            3.5.1.2.1. Instrumento
            3.5.1.2.2. Documento
            3.5.1.2.3. Monumento
            3.5.1.2.4. Registro
         3.5.1.3. Mostración
         3.5.1.4. Convicción
            3.5.1.4.1. Confesión
            3.5.1.4.2. Juramento
            3.5.1.4.3. Peritaje de opinión
            3.5.1.4.4. Testimonio
            3.5.1.4.5. Indicio y presunción
      3.5.2. En particular
         3.5.2.1. "Prueba" de confesión
            3.5.2.1.1. Requisitos

[1] Este Capítulo ha sido ya publicado con algunas variantes en el libro *La prueba judicial (algunas reflexiones críticas sobre la confirmación procesal)* por Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2006, y por Editorial Juris, Rosario, Argentina, 2008.

3.5.2.1.2. Retractación
3.5.2.1.3. Valoración judicial
3.5.2.1.4. Absolución de posiciones
3.5.2.2. "Prueba" de documentos
3.5.2.2.1. Requisitos
3.5.2.2.2. Valoración judicial
3.5.2.3. "Prueba" de peritos
3.5.2.3.1. Requisitos
3.5.2.4. "Prueba" de testigos
3.5.2.4.1. Requisitos
3.5.2.5. "Prueba" de informes
3.5.2.5.1. Requisitos
3.5.2.6. "Prueba" de indicios y presunciones
3.5.2.6.1. Requisitos
3.5.2.7. "Prueba de inspección ocular"
3.5.2.7.1. Requisitos
3.6. Procedimiento (cuándo se confirma)
3.6.1. Etapas
3.6.1.1. Subetapa de ofrecimiento
3.6.1.2. Subetapa de aceptación
3.6.1.3. Subetapa de admisión
3.6.1.4. Subetapa de producción
3.7. Etapa de alegación
3.7.1. Evaluación por las partes
3.7.2. Evaluación por el juzgador
3.7.2.1. Sistema tasado
3.7.2.2. Sistema convictivo

1. EL CONCEPTO DE *CONFIRMACIÓN* Y SU RELACIÓN CON EL VOCABLO *PRUEBA*

Al igual que otras muchas palabras que se utilizan habitualmente en el Derecho, el vocablo *prueba* también ostenta carácter multívoco y, por tanto, causa equivocidad al intérprete y extraordinaria perplejidad al estudiante.

En efecto: si castizamente el verbo *probar* significa *examinar las cualidades de una persona o cosa* y su resultado es demostrar la verdad de una proposición referida a esa persona o cosa –y a salvo su tercera acepción vulgar de justificar, manifestar y hacer patente la certeza de un hecho o la verdad de una cosa, con razones, instrumentos o testigos– parece que es, al menos, excesiva la extensión que desde antaño se ha dado en el derecho a la palabra *prueba*. Y así, se la usa con diversos significados que muestran entre sí claras diferencias sustanciales que no pueden ser toleradas por la inteligencia media.

Una rápida visión panorámica por la doctrina autoral nos muestra que hay quienes le asignan a la palabra *prueba* un exacto significado científico (*aseveración incontestable* y, como tal, *no opinable*), en tanto que muchos otros –ingresando ya en el campo del puro subjetivismo y, por ende, de la opinabilidad– hablan de:

- *acreditación* (semánticamente es hacer digna de crédito alguna cosa), y de
- *verificación* (es comprobar la verdad de algo), y de
- *comprobación* (es revisar la verdad o exactitud de un hecho), y de
- *búsqueda de la verdad real*, de *certeza* (conocimiento seguro y claro de alguna cosa), y de
- *convicción* (resultado de precisar a uno, con razones eficaces, a que mude de dictamen o abandone el que sostenía por convencimiento logrado a base de tales razones; en otras palabras, aceptar una cosa de manera tal que, racionalmente, no pueda ser negada), etcétera.

En estas condiciones, haciendo un uso extensivo del vocablo que, así, resulta omnicomprensivo de muchos significados que ostentan diferencias de matices que se exhiben tanto sustanciales cuanto levemente sutiles, los códigos mezclan el *medio* (y el *resultado*) de la *prueba pericial*, por ejemplo, con el medio *confesional*, el *documental* con el *testimonial*, etcétera, y –para mayor confusión– no otorgan paralelamente al juzgador reglas claras para efectuar una adecuada valoración acerca de lo que en realidad puede obtenerse como resultado confiable con cada uno de tales medios, que se muestran siempre harto disímiles entre sí.

Insisto en ello: la experiencia judicial enseña que la *confesión* ha dejado de ser la *prueba por excelencia*: ¡cuántos padres asumen la autoría de delitos cometidos por sus hijos, confesándola espontáneamente para salvarlos de una segura prisión que admiten cumplir por amor o como deber emergente de la paternidad![2] O, inmoralmente, ¡cuántas personas aceptan ir a la cárcel por dinero que le abonan los verdaderos autores de los delitos imputados y que aquéllas confiesan haber cometido en homenaje a concretar un vil negocio![3]

[2] Personalmente, conozco más de un caso en que así ocurrió.
[3] Varios son los casos de los que informa la historia de la mafia estadounidense.

Y con estos ejemplos de rigurosa actualidad, ¿puede decirse seriamente que esta "prueba" es segura a tal punto de erigirse en la más eficaz de todas las "pruebas" (la *probatio probatissima*)?

El derecho procesal penal acepta desde hace ya muchos años que la confesión no es un *medio de prueba* –cual lo sostienen alegremente todos los procesalistas civiles– sino un *medio de defensa* que puede o no esgrimir el imputado a su exclusiva voluntad...[4]

Otro ejemplo de la relatividad del "medio probatorio" puede verse en el *testimonio de terceros*: ¿hay algo más cambiante y menos convincente que la declaración de un tercero procesal que muchas veces se muestra teñida de clara o de velada parcialidad? O, sin llegar a ello, sujeta a un cúmulo de imponderables que resultan por completo ajenos al juzgador?

Para demostrar tal relatividad, recuerdo que en el año de 1880, el codificador procesal de Santa Fe –en la Argentina– legisló en norma todavía vigente: "La admisibilidad de la prueba testimonial no puede ser objeto de controversias. Los jueces deberán decretar *siempre* el examen de los testigos, sea cual fuere su opinión al respecto"[5].

¿Y qué decir de la tan fácilmente posible adulteración de documentos escritos o de registraciones fotográficas o visuales, de fotocopias, etcétera?

Como se ve, el tema es de la mayor importancia y exige una adecuada explicación.

En el plano de la pura lógica, cuando una *afirmación* cualquiera (el cielo es azul, por ejemplo) es *contestada* (negada: por ejemplo, el cielo no es azul) por alguien, pierde de inmediato la calidad de *verdad definitiva* con la cual pudo ser expresada y se convierte, automáticamente, en una *simple proposición* que requiere ser *demostrada* por quien desea sostenerla[6].

[4] Lamentablemente no puede decirse lo mismo en el campo del litigio civil, pues allí se mantiene –claro que inconstitucionalmente en algunos países, como luego se verá– la *confesión provocada* por medio de la absolución de posiciones.

[5] ¡Cómo estaría de desprestigiada esta *prueba* que fue menester ordenarle a los jueces desde la propia ley que no juzgaran acerca de su bondad antes de disponer su producción!

[6] Eso es, precisamente, una *tesis* y una *antítesis*.

Dados los alcances de la ciencia actual, no puede escapársele al lector que, por otra parte, *existen afirmaciones científicas definitivamente incontestables*: por ejemplo, la existencia de la *ley de gravedad*, la rotación del planeta alrededor del sol, etcétera[7].

Adviértase que si se lanza un objeto hacia el cielo, por ejemplo, inexorablemente caerá: una o un millón de veces (en rigor, tantas veces cuantas se arroje el objeto). Esto permite la formulación de una *ley física* cuya existencia se probará *siempre*, en *todo tiempo*, en *todo lugar* y por *toda persona*, sin admitir jamás la posibilidad de la existencia de opiniones encontradas acerca de ella.

Lo mismo ocurre, por ejemplo, si se desea verificar el movimiento de la Tierra: Galileo Galilei ya no podría tener contestatarios...[8]

[7] Cuántas cosas se han superado después de la absurda muerte de Giordano Bruno, mártir de la libertad ideológica, sacrificado por el oscurantismo medieval en el año de 1600 y en el *Campo dei fiori*, por desconocer y contradecir la afirmación de Tolomeo que, repitiendo la teoría aristotélica, sostenía que la Tierra era el centro del universo y que un ángel la hacía girar sobre su propio eje cada veinticuatro horas y a su alrededor daban vueltas el sol y los demás planetas entonces conocidos. El delito de Bruno, por el cual fue condenado por la Santa Inquisición, consistió en sostener que el Sol era el centro del universo...

[8] En el año de 1633, el gran catedrático de matemáticas de la Universidad de Padua fue juzgado por el Tribunal de la Inquisición –convertido a la sazón en el grande y máximo defensor de la fe– por haber sostenido fundadamente la revolucionaria tesis que ya había sostenido el polaco Copérnico, otra vez en franca contradicción de la tesis de Tolomeo.

Vale la pena leer el reconocimiento de *su error* por parte de Galileo, pues ello posibilita la plena comprensión del problema que estoy relatando y que ya he mencionado largamente y con detalle en mi librito *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2005). Resta agregar que fue firmado de rodillas en el gran salón de la Inquisición y en presencia de todos los Cardenales del Santo Oficio, gracias a lo cual se le perdonó la vida y sólo se le condenó a tres años de reclusión y a rezar una vez a la semana los siete salmos penitenciales. El texto con el que cuento de ello es el siguiente:

"Yo, Galileo Galilei, hijo del difunto Vincenzo Galilei, florentino, de edad de setenta años, comparezco ante este Santo Tribunal y de rodillas ante Vuestras Eminencias [...] juro que siempre he creído, creo y, con la ayuda de Dios, creeré en el futuro todo lo que sostiene la Santa Madre Iglesia Católica, Apostólica y Romana. Mas, dado que tras una prohibición absoluta que me fue impuesta judicialmente por este Santo Oficio para que abandonara por completo la falsa opinión de que el Sol es el centro del mundo y permanece inmóvil mientras la Tierra no se halla en el centro y se mueve, y para que no defendiera y enseñara de ningún modo, ni de palabra ni por escrito, dicha doctrina, y tras serme notificado que esa doctrina era contraria a las Sagradas Escrituras, yo escribí e hice

En ambos casos, hay una *prueba científica* acerca de la proposición.

Compare ahora el lector estos resultados definitivamente incontestables con el que arrojan cuatro testimoniales acerca de un mismo hecho: la experiencia judicial demuestra hasta el hartazgo que, aun si los testigos obran de buena fe, darán versiones distintas y, muchas veces, claramente antagónicas (recuerde el lector la magnífica obra de Marco Denevi *Rosaura a las 10*[9] y comprobará cuán exacta es esta afirmación).

Y es que, además de que cada testigo *es él y sus propias circunstancias* (su salud, su cultura, su educación, su inteligencia, su agudeza mental y visual, su poder de observación, etcétera), resulta que un testigo puede ver un hecho desde un ángulo diferente al que ocupa otro para ver el mismo hecho (esto es corriente en el ámbito judicial cuando –desde cuatro esquinas de una misma bocacalle, por ejemplo– cuatro personas presencian un accidente de tránsito. Interrogadas testimonialmente al respecto, presentarán siempre versiones que pueden ser muy diferentes y que –esto es importante de destacar– pueden ser *todas reales* aunque luzcan antagónicas.

imprimir un libro en el que discutía esa doctrina ya condenada, y aduzco en su favor argumentos de mucha fuerza, sin ofrecer a la vez su refutación, y por esta causa el Santo Oficio me ha declarado vehemente sospechoso de herejía (¡otra vez la *sospecha vehemente*!), es decir, de haber sostenido y creído que el Sol está en el centro del universo e inmóvil y que la Tierra no está en el centro y se mueve. Por eso, como deseo borrar de las mentes de Vuestras Eminencias y de las de todos los cristianos creyentes esta grave sospecha, que razonablemente habéis concebido contra mí, con sincero corazón y no fingida buena fe, abjuro de los errores y herejías dichos, y los maldigo y detesto, como en general a todas las demás sectas que de algún modo sean contrarias a lo que dice la Santa Madre Iglesia, y juro que en el futuro jamás volveré a decir ni a afirmar nada que pudiera dar origen a similares sospechas. Al contrario, lo denunciaré ante este Santo Oficio o al Inquisidor Ordinario del lugar. Además, juro y prometo cumplir y observar en su integridad cuantas penitencias me sean impuestas y cualesquiera otras que se me impongan por este Santo Oficio. Así Dios me ayude y estos Santos Evangelios que con mi mano toco. Yo, Galileo Galilei, he abjurado, jurado y prometido obligándome a lo que arriba digo y, en prueba de la verdad de ello, con mi propia mano suscribo el presente documento de mi abjuración, que he recitado palabra por palabra en Roma, en el Convento de Santa María Supra Minerva, en este día del 22 de junio de 1633".

La historia cuenta que, al retirarse del lugar y visiblemente alterado por lo que acababa de hacer, golpeó el piso con su pie y exclamó: *¡eppure, si muove!* (¡Y, si embargo, se mueve).

[9] La novela está diagramada sobre la exclusiva base de distintos testimonios, ninguno de los cuales concuerdan entre sí.

Y es que son *subjetivamente* reales, toda vez que en tanto uno vio el choque desde el norte, por ejemplo, otro lo vio desde el sur. Y parece obvio señalar que, en tales circunstancias, ambos testigos vieron de verdad cosas realmente diferentes.

Esta enorme diferencia conceptual existente entre los diversos "medios de prueba" hace que la más moderna doctrina se abstenga de utilizar dicha palabra *prueba* y prefiera el uso del vocablo *confirmación* (significa *reafirmar una probabilidad*): en rigor, una afirmación negada se *confirma* con diversos medios que pueden generar *convicción* (no *certeza* o *crédito*) a un juzgador en tanto que no la generan en otro.

De tal modo, no necesariamente se confirma siempre con prueba científica (o prueba propiamente dicha) que no admite opinabilidad alguna.

Ya se verá más adelante cuántas implicaciones técnicas tiene la adopción de la palabra *confirmar*, dándole a ella el amplio sentido que en el derecho ha tenido hasta ahora la palabra *probar*.

2. Los problemas filosófico-políticos de la confirmación procesal

Varios y disímiles son los problemas que muestra el tema cuando se pretende conocerlo en toda su extensión.

El primero de los principales de ellos –filosóficamente, el más importante y, políticamente, el más contradictorio– tiene que ver con la asignación del papel que le toca cumplir al juzgador respecto de la actividad de *confirmar los hechos*: se trata de determinar *a priori* –desde la propia ley– cuál debe ser su actuación procesal en cuanto a la búsqueda y captación de los hechos litigiosos.

El segundo de los problemas aludidos tiene que ver con los *deberes* y *facultades* que los jueces *deben* o *pueden* ejercitar durante el desarrollo de la etapa confirmatoria.

Los trataré a continuación.

2.1. La política legislativa en cuanto a la confirmación procesal

Analizando la actividad que debe cumplir el juzgador en la etapa confirmatoria (o *probatoria*, en el lenguaje habitual), la doctrina y las di-

ferentes leyes han establecido parámetros muy disímiles en orden a la filosofía que inspira al legislador de una normativa dada.

En otras palabras: son distintas las respuestas que pueden darse en cuanto a la tarea que debe cumplir el juzgador en la etapa confirmatoria, debatiéndose acerca de si le toca:

- *verificar* los hechos, o bien si debe
- *comprobarlos*, o
- *acreditarlos*, o
- *buscar la certeza de su existencia* o
- la *verdad real de lo acontecido en el plano de la realidad* o, más simplemente,
- contentarse con *lograr una mera convicción* acerca de los hechos controvertidos en el litigio (advierta el lector la correspondencia existente entre estas posibles actividades y las referencias efectuadas en cuanto al concepto de prueba en el número anterior).

Por cierto, entre cada una de tantas inocentes palabras –que se presentan como equipolentes en el lenguaje diario– existe diferencia sustancial.

En rigor, un mundo de distancia que separa inconciliablemente a quienes practican el *autoritarismo*[10] *procesal* (clara muestra de *totalitarismo político*) –que los hay, y muchos– de quienes sostienen que el proceso no es *medio de control social o de presión* sino que es *garantía de libertad* en un plano constitucional.

Esta separación conceptual no es novedosa, ya que tiene profundas raigambres en la historia, tanto antigua como reciente. En la actualidad, los bandos antagónicos se hallan claramente configurados: por un lado, existe una decidida vocación popular (claro producto de la inseguridad reinante en nuestros países) –sostenida por numerosos medios de información[11]– que pregona la necesidad de actuar de inmediato y de castrar

[10] Se entiende por *autoritario* lo que se funda o apoya exclusivamente en la autoridad. Pero también refiere al que abusa de su autoridad o la impone a todo coste. De donde viene *autoritarismo*, que menciona al abuso de autoridad o a la existencia de sumisión total a ella.

[11] Convertidos hoy en jueces definitivos de las conductas de los hombres al amparo de la notable ineficiencia del Poder Judicial, cuyos pronunciamientos, además, condiciona gravemente.

al violador, matar al homicida, cortar la mano del ladrón, aumentar las penas de los delitos de moda, vedar toda excarcelación, etcétera.

Esta posición filosófica se conoce en el derecho penal con la denominación de *solidaria*, generadora del *solidarismo penal*[12] y éste, a su turno, del *solidarismo* o *decisionismo*[13] *procesal*, y se caracteriza por la tendencia doctrinal que procura denodadamente que los jueces sean cada más *activos*, más *viriles* (en el decir de algún estudioso), más *comprometidos con su tiempo*, con la Verdad y con la Justicia.

En contra de esta posición existe otra línea doctrinal aferrada al mantenimiento de una irrestricta vigencia de la Constitución y, con ella, de la del orden legal vigente en el Estado en tanto ese orden se adecue en plenitud con las normas programáticas de esa misma Constitución.

En otras palabras: los autores así enrolados no buscan a un juez comprometido con persona o cosa distinta de la Constitución, sino a un juez que se empeñe en respetar y hacer respetar a todo trance las garantías constitucionales.

A esta posición filosófica que se muestra antagónica con el *solidarismo procesal* (no quiere ni admite castrar ni matar ni cortar la mano de nadie *sin el previo y debido proceso legal*) se le da el nombre de *garantista* o *libertaria* (por oposición a la antagónica, claramente *totalitaria*).

[12] Se entiende por ser *solidario* el mostrar o prestar adhesión o apoyo a una causa ajena, idea de la cual surge el *solidarismo*, considerado como una corriente destinada a ayudar altruistamente a los demás. La idea se ha impuesto hace años en el derecho penal y, particularmente, en el derecho procesal penal, donde existen autores y numerosos jueces animados de las mejores intenciones que, solidarizándose con la víctima de un delito, tratan de evitarle a ella un estado de *revictimización* que podría operar, por ejemplo, con sólo enfrentarla al victimario. Este movimiento doctrinal y judicial se ha extendido también hacia los procesalistas que operan en el campo de lo civil, donde ha ganado numerosos y apasionados adeptos. Reconozco que la idea y la bandera que ellos despliegan son realmente fascinantes: se trata –nada menos– que de ayudar al débil, al pobre, al que se halla mal o peor defendido, etcétera. Pero cuando un juez adopta esta postura en el proceso no advierte que, automáticamente, deja de lado lo que siempre ha de ser irrestricto cumplimiento de su propio deber de imparcialidad. Y, de esta forma, vulnera la igualdad procesal.

[13] Se entiende por *decisionismo* el movimiento formado por ciertos jueces solidaristas que resuelven los litigios que les son presentados por los interesados a base exclusiva de sus propios sentimientos o simpatías hacia una de las partes, sin sentirse vinculados con el orden legal vigente.

No se me escapa que las banderas que levanta el solidarismo (la Justicia, la Verdad, el compromiso del juez con su tiempo, con la sociedad, etcétera) ganan adeptos rápidamente, pues, ¿quién no quiere la Justicia? ¿Quién no quiere la Verdad?

Pero no se trata de abandonar o sustituir esas banderas para siempre sino –así de simple– de no colocarlas por encima de la Constitución (ruego recordar que los códigos procesales nazi, fascista y comunista soviético pretenden un juez altamente comprometido con la filosofía política imperante en el gobierno del Estado. Y ruego también recordar en qué y cómo terminaron los países que todo ello proclamaban...)[14].

Recuerde el lector que la *Inquisición española*, por ejemplo, procurando la Verdad y con la confesada vocación de hacer Justicia a todo trance, institucionalizó la *tortura* como adecuado método para lograr los fines que se propusiera...

El *garantismo procesal* no tolera alzamiento alguno contra la norma fundamental (que, en el caso, prohíbe la tortura en cualquiera de sus manifestaciones); por lo contrario, se contenta modestamente con que los jueces –insisto que comprometidos *sólo con la ley*– declaren la *certeza de las relaciones jurídicas conflictivas* otorgando un adecuado derecho de defensa a todos los interesados y resguardando la igualdad procesal con una clara imparcialidad funcional para, así, hacer plenamente efectiva la tutela legal de todos los derechos y lograr a la postre el mantenimiento de la paz social.

Y ello, particularmente en el campo de lo penal, pues las garantías constitucionales son como el sol, que sale para todos. Muy especialmente, para quienes más las necesitan: los sometidos a juzgamiento...

Como se ve, el tema es el reflejo actualizado del antiguo enfrentamiento de dos sistemas antagónicos de enjuiciamiento: *inquisitivo y dispositivo*,

[14] Hay autores que ironizan con esta afirmación y me imputan que, con ella, pretendo instaurar la mentira y la injusticia en el proceso. Nada más alejado de la realidad. Lo que afirmo es que el juez, por buscar el valor puramente subjetivo de la justicia –que siempre ha de procurar– no debe dejar de cumplir la fundamental función que deben realizar todos los jueces, que consiste en tutelar efectivamente los derechos prometidos en la Constitución y en la Ley y, con ello, posibilitar el mantenimiento de la paz en la convivencia social.

que sigue vigente en forma inexplicable y con visos de no mejorar, al menos en el campo del derecho procesal civil.

En efecto: reitero acá que los procesalistas civiles sostienen cada día más denodadamente la necesidad de dotar al juez de *mayores poderes instructorios*; a tal punto que se ha llegado al glorioso extremo de sostener, algún autor, la irrelevancia del debate procesal cuando al juez actuante –sin escuchar previamente a aquel contra quien se dirige la pretensión (¿!) y que ha de sufrir de inmediato los efectos de la respectiva orden dirigida contra él– *le parece que quien pretende tiene directamente la razón* (...se habla de la existencia de *indicios vehementes*...). Y por ello, aconsejan doctrinalmente otorgársela sin más (por ejemplo, en lo que denominan como *medidas autosatisfactivas*, que serán oportunamente objeto de otro estudio).

En cambio, los procesalistas penales –que trabajan con la vida, el honor y la libertad de las personas (y no sólo con sus patrimonios)– exigen cada día con más fuerza ¡que se retacee desde la ley toda posibilidad de actividad probatoria en el juez!

En fecha relativamente reciente –1998– ha comenzado la vigencia de un nuevo código procesal penal en la Provincia de Buenos Aires (Argentina) que, enrolado en un claro sistema acusatorio ¡*prohíbe bajo pena de nulidad que el juez decrete oficiosamente medios de confirmación*!

Extraño movimiento conceptual éste que muestra un exótico cruzamiento filosófico doctrinal: en tanto se pretende *penalizar cada vez más al proceso civil*, se *civiliza cada vez más el proceso penal*...[15]

2.2. La actividad del juzgador en la etapa confirmatoria

El tema merece una aclaración previa: en toda esta obra, el capítulo que aquí desarrollo es el que mejor permite explicar cómo se ha llegado a una situación de crudo enfrentamiento doctrinal, toda vez que ahora

[15] ¿Cómo puede comprender este desfase un alumno de Derecho? ¿Cómo explicarle que el juez de lo penal, que maneja derechos no disponibles, *no puede salir a probar a favor de una de las partes* en tanto que el juez de lo civil, que habitualmente sí maneja derechos disponibles, *no sólo* puede *sino que* debe *salir a probar a favor de una y en contra de otra de las partes procesales*? ¿No se ve que esto, además de ilegítimo, es absolutamente esquizofrénico?

cabe definir y ampliar o limitar la actividad de los jueces en cuanto a la tarea de confirmar procesalmente.

Para que se entienda cabalmente el tema, es menester recordar muy brevemente la historia de los sistemas de enjuiciamiento que ya he explicado en otra oportunidad[16].

Durante casi toda la historia del Derecho –en rigor, hasta la adopción irrestricta del *sistema inquisitivo* como perverso método de enjuiciamiento, admitido políticamente y justificado filosófica y jurídicamente durante casi ¡seiscientos años!– se aceptó en forma pacífica y en todo el universo entonces conocido que al juzgador –actuando dentro de un sistema *dispositivo*– sólo tocaba establecer en su sentencia la *fijación de los hechos* (entendiéndose por tal la definición de aquellos acerca de los cuales logró durante el proceso la *convicción de su existencia*, sin que preocupara en demasía a este sistema si los así aceptados coincidían *exactamente* con los acaecidos en el plano de la realidad social) y, luego, aplicar a tales hechos la norma jurídica correspondiente a la pretensión deducida.

La irrupción del sistema inquisitivo generó entre sus rápidamente numerosos partidarios una acerba crítica respecto de esta *posibilidad de no coincidencia* entre los hechos aceptados como tales en el proceso y los cumplidos en la realidad de la vida social.

Y ésta fue la causa de que la doctrina comenzara a elaborar larga distinción entre lo que los autores llamaron la *verdad formal* (la que surge de la sentencia por la simple fijación de hechos efectuada por el juez a base de su propia convicción) (específica del *sistema dispositivo*) y la *verdad real* (la que establece la plena y perfecta coincidencia entre lo sentenciado y lo ocurrido en el plano de la realidad) (propia del *sistema inquisitivo* pues, a la postre, antaño se sabía que la verdad era fuente de poder y eficiente instrumento de dominación)[17].

[16] Ver Capítulos 3 y 4.

[17] Últimamente, distinguido docente de Derecho Penal –Ricardo Juan Caballero, *La justicia inquisitorial* (Ariel Historia, 2003)– ha efectuado interesante aporte a la ciencia procesal, al intentar desentrañar el auténtico sentido histórico de la palabra *real* cuando adjetiva al sustantivo *verdad*. Utilizando al efecto una óptica diferente a la tradicional, afirma él que en tiempos de las primeras monarquías absolutas no existía el hoy conocido *estado de inocencia* sino una obvia *presunción de culpabilidad* emergente de la

Por supuesto, la función del juzgador cambia radicalmente en uno y otro sistema:

a) en tanto en el primero, el juez sólo debe buscar –con clara imparcialidad en su actuación– el otorgamiento de *certeza* a las relaciones jurídicas a partir de las posiciones encontradas de los litigantes (aceptando sin más, lo que ellos mismos admiten acerca de cuáles son los hechos discutidos), con lo que se logra aquietar en lo posible los ánimos encontrados para recuperar la paz social perdida;

b) en el segundo, el juez actúa –comprometiendo su imparcialidad– como un verdadero *investigador* en orden a procurar la *Verdad* para lograr con ella hacer *Justicia* conforme con lo que él mismo entiende que es ese valor, convirtiéndose así en una rara mezcla del justiciero Robin Hood, del detective Sherlock Holmes y del buen juez Magnaud...

El tema no sólo es fascinante. Es preocupante. Gravemente preocupante.

Quienes aconsejan adoptar legislativamente la figura del *juez investigador* lo hacen partiendo de la base de que la Verdad y la Justicia son *valores absolutos*.

El asunto no es novedoso: el pensamiento griego se ocupó largamente de él al plantear los problemas axiológicos, entre los cuales cabe recordar uno de los de mayor importancia: ¿puede decirse que los valores de la vida *valen por sí mismos*, esencialmente, o, por lo contrario, que valen tan sólo porque *alguien los valora*...?

En otras palabras: los valores, como tales, ¿son *absolutos* o *relativos*? (Una puesta de sol o la *Gioconda*, por ejemplo, ¿son absoluta y esencialmente bellas o son bellas relativamente para mí, que las encuentro bellas, en tanto que pueden no serlo para otro?).

Traído el problema al terreno judicial parece fácil de resolver. En efecto: piénsese en un juzgador justiciero que, con rectitud y honestidad de

mera imputación efectuada por el propio rey –con inspiración divina, naturalmente– y que esa afirmación era nada menos que la *verdad real:* la *verdad del rey*, no la afirmación que coincide con la realidad de la vida. Por tanto, la búsqueda de la verdad real por parte del juez que actúa inquisitivamente, tiene el único objeto de hacer coincidir el resultado de objeto investigado con lo querido por el rey. Tal cual ocurre hoy, sólo que la coincidencia no se produce con el querer real sino con la voluntad del mismo juez que ha efectuado la imputación.

espíritu, hace todo lo que está a su alcance para llegar a la *verdad real* de los hechos sometidos a su juzgamiento.

Y, después de ardua búsqueda, cree haber logrado esa verdad –en rigor, *la Verdad*, única y con mayúsculas– y, a base de ella, emite su fallo, por ejemplo, *absolviendo* al demandado o reo.

Adviértase que esta óptica muestra a la Verdad como un valor absoluto. De tal modo, *la Verdad es una e idéntica en todo tiempo y lugar y para todas las personas por igual.*

Piénsese también en que ese fallo es impugnado por el demandante o acusador perdidoso y, así, elevado el asunto a un tribunal superior donde también hay juzgadores justicieros, con igual o mayor rectitud y honestidad de espíritu que el juez inferior. Imagine ahora el lector que tales juzgadores, después de ardua búsqueda, creen haber llegado por ellos mismos a la *Verdad* –otra vez con mayúscula– que, lamentablemente, no coincide con la que había pregonado el inferior... Y, de tal manera, revocan su sentencia y, en su lugar, *condenan* al demandado o reo.

Y parece obvio destacar que la *segunda Verdad* debe primar por sobre la *primera Verdad*, por simple adecuación lógica del caso a la verticalidad propia de los estamentos que integran el Poder Judicial, en el cual *la Verdad* será sólo la que declare el último juzgador previsto como tal en el sistema de que se trate...

Lo primero que se le ocurrirá al lector –de seguro– es que lógicamente no pueden coexistir *dos Verdades antagónicas* acerca de un mismo tema, a menos que, en lugar de ser *la Verdad*, ambas sean la simple *verdad* de cada uno de los juzgadores (en rigor, *sus verdades*, que pueden o no coincidir con la *Verdad*).

Adviértase que, desde esta óptica, la verdad es un *valor relativo*. De tal modo, lo que es justo para uno puede no serlo para otro o lo que fue justo en el pasado o aquí puede no serlo en el presente o allá[18].

[18] La aseveración de la relatividad del concepto de *verdad* es bíblica, y lo que allí se cuenta está vigente hasta hoy inclusive.
El *Evangelio* de Juan (18, 33-38) relata el siguiente diálogo ocurrido cuando Poncio Pilatos interroga a Jesús privadamente:
"...Pilatos entró de nuevo en el Pretorio, llamó a Jesús y le dijo:

En otras palabras, hay *tantas verdades como personas pretenden definirlas*[19] (recuérdese, por ejemplo, que Aristóteles justificó la esclavitud... ¿Quién piensa lo mismo hoy?).

El problema ejemplificado excede el marco de una explicación lineal del tema. Pero sirve para comprender cabalmente que la *simple posibilidad de que el juzgador superior revoque la decisión del juzgador inferior* muestra que *la verdad* (así, con minúscula) es un *valor relativo.*

Si esto es correcto –y creo firmemente que lo es– ¿cómo puede implementarse un sistema judicial en el cual se imponga al juez actuante *el deber de buscar la verdad real...*? ¿Cuál es la lógica de tan imprudente imposición?

—«¿Eres tú el Rey de los judíos?» Jesús respondió:
—«¿Dices esto por ti mismo o te lo han dicho otros de mí?» Pilatos contestó:
—«¿Es que soy yo judío?»
—«Tu pueblo y los sumos sacerdotes te han entregado a mí. ¿Qué has hecho?» Jesús le dijo:
—«Mi reino no es de este mundo. Si mi reino fuera de este mundo, mis súbditos lucharían para que no fuese entregado a los judíos. Pero mi reino no es de aquí». Pilatos le dijo:
—«¿Luego, tú eres Rey?»
—«Tú lo dices» respondió Jesús. «Yo soy Rey, yo he nacido y he venido al mundo para esto, para dar testimonio de la verdad; todo el que es de verdad, escucha mi voz». Pilatos le dijo:
—«*¿Qué es la verdad*?»".

[19] Esta afirmación es de total obviedad. Si *verdad* es la exacta correspondencia entre la realidad y el pensamiento, resulta difícil –por no decir imposible– alcanzarla con la sola y pura actividad de razonar. Y ello por varias cuestiones que *condicionan* al hombre en esa tarea: 1) *sus sentidos*: quien carece de ellos no tiene la facultad de percibir. Pero, además, los hombres no los tienen desarrollados de idéntica forma, lo que origina diferentes grados de percepción; 2) *su cultura*: la formación intelectual y espiritual que genera una capacidad de conocimiento diferente entre los distintos hombres; 3) *su lenguaje*: la clave de la comunicación humana está en la *lengua*, claro producto social que posibilita la comunicación entre los hombres (repárese que un individuo puede aprender solitariamente a caminar. Pero no puede hacer lo mismo con el habla). En la actualidad, vamos en camino de dejar de entendernos para siempre; 4) *su inteligencia*: nueva obviedad. Es precisamente en este campo donde existen las más extraordinarias desigualdades; 5) *sus pasiones, instintos y deseos e inclinaciones*, todos claros condicionantes de la facultad de percibir; 6) *la sociedad en la cual vive*: el hombre piensa de acuerdo al lugar, al momento y a la gente con la cual convive. Es decir, la cultura general media lo condiciona nueva, severa y definitivamente.
Tan diferentes son *las verdades de los hombres* que Terencio sostuvo que *la verdad engendra el odio...* Igual ocurría en *La Celestina* (acto segundo): *mal me quieren mis comadres porque digo las verdades...*

Sin embargo, exactamente eso ha ocurrido en casi todas las legislaciones procesales (civiles y penales) del continente con el auspicio de importantes nombres de autores de prestigio que, increíblemente, continúan pontificando acerca de la necesidad de brindar más y mayores potestades a los jueces para buscar esa Verdad, a todas luces inalcanzable...

Soslayando momentáneamente la exposición, debo decir aquí y ahora que ese continuo otorgamiento de mayores facultades a los jueces ha convertido a muchos de ellos en *normadores primarios*, alejándolos del formalismo propio del sistema de la dogmática jurídica, donde deben actuar exclusivamente como *normadores secundarios* (creando la ley sólo cuando ella no está preordenada por el legislador).

Y esto ha traído enorme desconcierto en los justiciables, que se enfrentan no con un sistema que permite prever las eventuales soluciones de los jueces, sino con una suerte de realismo absolutamente impredecible, en el cual cada juzgador –no sintiéndose vinculado a orden jurídico alguno– hace literalmente lo que quiere... Cual el cadí[20].

Sentadas estas ideas básicas para la plena comprensión del tema, sigo adelante con su explicación.

Es dato conocido por todos que la serie procesal comprende cuatro pasos: *afirmación, negación, confirmación y alegación* (o evaluación o conclusión).

Se sabe también que el desarrollo de tal serie sigue un orden estricta y puramente lógico, por lo que resulta *invariable* (no puede comenzar con la etapa de *negación* o con la de *confirmación*, por ejemplo) e *inmodificable* (en orden a mantener los principios que hacen a la existencia del *debido proceso*, no puede eliminarse alguna de dichas etapas, lo que desgraciadamente ocurre en la Argentina, donde se sacrifica la *seguridad jurídica* para lograr –ilusoriamente– ¡mayor celeridad procesal...!).

En razón de que el objeto del proceso es la *sentencia*, en la cual el juzgador debe *normar específicamente* (aplicando siempre la ley preexistente o creándola al efecto en caso de inexistencia) el caso justiciable presentado a su decisión, parece obvio señalar que debe contar

[20] Juez musulmán que interviene con amplias potestades en las causas civiles y religiosas.

para ello con un adecuado conocimiento del litigio a efectos de poder cumplir con su deber de resolverlo.

Por cierto, todo litigio parte siempre –y no puede ser de otra manera– de la afirmación de un *hecho* como acaecido en el plano de la realidad social (por ejemplo: le vendí a Juan una cosa, la entregué y no me fue pagada; Pedro me hurtó algo), hecho al cual el actor (o el acusador penal) encuadra en una norma legal (...quien compra una cosa debe abonar su precio; el que hurtare...). Y, a base de tal encuadramiento, pretende (recuerde el lector que –lógicamente– no puede haber demanda civil ni acusación penal sin pretensión) el dictado de una sentencia favorable a su propio interés: que el juzgador condene al comprador a pagar el precio de la cosa vendida o a cumplir una pena...

Insisto particular y vivamente en esto: no hay litigio (civil o penal) sin *hechos afirmados* que le sirvan de sustento.

De tal forma, el juzgador debe actuar en forma idéntica a lo que hace un historiador cualquiera para cumplir su actividad: colocado *en el presente* debe analizar hechos que se dicen cumplidos *en el pasado*.

Pero de aquí en más, las tareas de juzgador e historiador se diferencian radicalmente: en tanto éste puede darse por contento con los hechos de cuya existencia se ha convencido –y, por ello, los muestra y glosa– el juzgador debe *encuadrarlos necesariamente en una norma jurídica* (creada o a crear) y, a base de tal encuadramiento, ha de normar de modo imperativo para *lo futuro*, declarando un derecho y, en su caso, condenando a alguien al cumplimiento de una cierta conducta.

En otras palabras y para hacer más sencilla la frase: el juzgador analiza en el *presente* los hechos acaecidos en el *pasado* y, una vez convencido de ellos, dicta una norma jurídica individualizada que regirá en el *futuro* para todas las partes en litigio, sus sucesores y sustitutos procesales.

3. Los problemas técnicos de la confirmación procesal

De lo precedentemente explicado se desprende ahora la extrema importancia del tema en cuestión, la ley debe regular con todo detalle lo relativo a:

- *qué puede* ser confirmado (*objeto* de la confirmación);
- *de dónde debe extraerse* la confirmación (*fuente* de la confirmación);

- *qué debe* ser confirmado (*tema* de la confirmación);
- *quién* debe confirmar (*incumbencia* de la confirmación);
- *cómo* ha de hacerse la confirmación (*medios* de confirmación);
- *cuándo* y *dónde* ha de hacerse la confirmación (*procedimiento* de la confirmación).

Todo ello será explicado a continuación.

3.1. El objeto de la confirmación (o de la prueba) (*qué puede ser confirmado*)

Ya he recordado recién que todo litigio supone, esencialmente, *la afirmación de un hecho* ocurrido en el plano de la realidad social.

Por tanto, el objeto de la confirmación *será siempre un hecho* susceptible de ser confirmado.

Con esta aseveración queda fuera del campo confirmatorio todo lo que sea *ley en sentido formal* y a partir de la fecha de su vigencia (es decir, toda norma que ha cumplido el trámite constitucional relativo a su sanción, promulgación y publicación).

Tal ley se supone conocida por todos –sin admitir prueba en contrario[21]– y, particularmente, por el juzgador, para quien rige en este aspecto la regla procesal *jura novit curiæ* (el juez conoce el derecho).

De este modo, constituyen *verdaderos hechos* a los fines confirmatorios todas las expresiones de la *ley en sentido material* no formal: las resoluciones generales no publicadas en el Boletín Oficial respectivo, las ordenanzas municipales, los convenios colectivos de trabajo, los usos y la costumbre, etcétera y, por supuesto, la ley extranjera en cualquiera de sus formas.

Claro está: lo que *puede ser confirmado no siempre debe serlo*. Para elucidar sobre qué debe versar la confirmación, hay que desarrollar el punto siguiente.

3.2. El tema de la confirmación (o de la prueba) (*qué debe ser confirmado*)

Ya se ha visto que –en el desarrollo de la serie procesal– la etapa con-

[21] Cód. Civ. argentino, art. 20.

firmatoria viene después de la correspondiente a la de negación por el demandado (o imputado) de los hechos afirmados por el actor (o acusador).

Si ambos contendientes están de acuerdo acerca de la existencia de los hechos afirmados (es decir: no hay negación de ellos y, por tanto, no hay *hechos contradictorios*), se acostumbra a decir entre los procesalistas que miran exclusivamente a la pretensión civil que no hay *controversia*, de modo que la *cuestión es de puro derecho* y, por ende, *nada hay que confirmar en el respectivo proceso.*

Obviamente, no puede ocurrir cosa similar cuando la pretensión es penal, respecto de la cual el imputado no tiene carga de contestar al ampararse sólo en *su constitucional estado de inocencia.*

A este supuesto de *no controversia* quedan legalmente equiparados en innumerables leyes procesales los casos referidos a *contestación evasiva* y *admisión tácita de hechos por falta de negación específica.* Por cierto, lógicamente quedan equiparados a los de esta especie los *hechos admitidos* y los *hechos presumidos por la ley.*

Por lo contrario, si en la etapa pertinente hubo negación, de entre todos los hechos que en general son susceptibles de ser confirmados, en el caso concreto habrán de serlo sólo y exclusivamente los *hechos controvertidos* (son los hechos afirmados por una parte y negados por la otra).

Puede ocurrir también a veces que, maguer no existir negación en el caso y, por ende, no haber hechos controvertidos acerca de los cuales tenga que recaer la tarea confirmatoria, *el actor deba confirmarlos del mismo modo que si hubieran sido negados*; esto ocurre siempre que:

a) esté comprometido el *orden público* (por ejemplo, en los litigios que versan acerca de cuestiones de estado de familia). Doctrinalmente, este supuesto se conoce con la denominación de *cuestión de demostración necesaria*;

b) haya *respuesta en expectativa* de los defensores de ausentes, de los herederos de un causante, del curador de un insano, etcétera, a quienes la ley autoriza a no negar hechos (que obviamente no pueden conocer por boca de sus defendidos) y permite que efectúen una negativa genérica sólo para provocar el contradictorio.

En ambos supuestos, la confirmación debe ser efectuada del mismo modo que si hubiera mediado negativa expresa respecto de la pretensión deducida.

De tal forma, se da la denominación de *tema de confirmación* a lo que la parte que afirmó un hecho *negado* (o de *demostración necesaria*) *debe confirmar aquí y ahora* para que su pretensión quede expedita al momento de ser sentenciada por el juzgador.

Sin embargo, y no obstante haber sido negados en la etapa respectiva de un proceso, hay varios tipos de hechos respecto de los cuales se acepta uniformemente en la doctrina que son insusceptibles de ser confirmados: los *evidentes*, los *normales*, los *notorios*, los *presumidos por la ley* y los *negativos*.

En otras palabras, no importa al efecto si son negados o no en la respectiva etapa procesal: tales tipos de hechos están *exentos de confirmación*, por las razones que seguidamente se verán en cada caso.

a) *Hechos evidentes*

Son los conocidos por *todos* los integrantes de una sociedad dada y que, por ende, integran el conocimiento propio del juez producido por el diario vivir como integrante de aquélla. Por ejemplo, nada hay que justificar para sostener que durante el día se tiene mejor visión que por la noche, en la cual los objetos en general se ven con mayor dificultad, o que en el invierno hace más frío que el verano (por supuesto, es tema de confirmación la alegación contraria).

Esta afirmación no contradice otra anterior: cuando referí que el juez no puede hacer valer su *conocimiento personal* del hecho litigioso queda obviamente excluido todo lo que el juez puede conocer y conoce como cualquier otro hombre –y todos los hombres– por el sólo hecho de serlo[22].

b) *Hechos normales de convivencia*

En una sociedad dada, son los que conforman un nivel medio generalizado de comportamiento entre los coasociados, que permite al juez

[22] Es importante insistir en este concepto. No se trata de que el juez traiga a colación su conocimiento personal *como testigo* de los hechos litigiosos sino de que aplique lo que sabe por la simple circunstancia de ser ciudadano del lugar. Así, si alguien afirma que Argentina está en Sudamérica y su contrario lo niega, no hará falta informe alguno de la oficina cartográfica del lugar para tener por acreditado tal extremo del pleito...

–que también lo practica y lo observa en sus propias relaciones sociales– aceptarlo como *conducta normal del grupo social*.

Y es que cuando cualquier hombre observa que algo se verifica siempre de la misma manera en todos o en el mayor número de casos, aplica ese resultado de *generalidad* a todo supuesto acerca del cual deba emitir opinión, entendiendo que es altamente posible que ocurra en particular lo que siempre acaece en general.

Casi todos estos hechos aparecen casi siempre como *presumidos por la ley*: la *buena fe* en las relaciones humanas, la *finalidad lucrativa* de los actos de comercio, la *capacidad* de la persona adulta, etcétera. Pero en nada empece al concepto la circunstancia de que alguna ley no los presuma.

c) *Hechos notorios*

Son los conocidos y aceptados pacíficamente por muchas personas (no por *todas*, como el hecho *evidente*) en una cultura, sociedad o medio determinado. Por ejemplo, el horario de la rueda de negocios en pleito entre corredores de Bolsa; la ubicación de un hospital en pleito entre médicos que trabajan en él y relacionado con un daño allí producido, etcétera.

Hasta aquí, parece clara la conceptuación[23] y la utilidad de esta clasificación fáctica, que tiene en mira el no hacer pesar sobre el incumpliente el incumplimiento de una carga confirmatoria, posibilitando así la dispensa judicial de tal inactividad. En otras palabras: si se niega un hecho y luego no se confirma por quien lo invocó, el juez puede tenerlo por confirmado so capa de que, para las partes, es *hecho notorio*.

Pero el tema acerca del cual cabe reflexionar no es *si el hecho notorio lo es para las partes* sino *si lo es para el juzgador*, quien debe tenerlo o no por *confirmado*.

En efecto: ¿por qué debe saber un juez el horario de la rueda de la Bolsa de Comercio o la ubicación de un inmueble dentro del ejido municipal?

[23] Realmente no lo es sino que se presenta como ambiguo y con contenidos no siempre comprensibles. Se trata de un concepto tomado de antiguos brocárdicos romanos y traídos al relativamente moderno derecho procesal, donde se acepta sin mayor rigorismo técnico.

Si no lo sabe y, por ello, el propio juez concurre a constatar tal horario o tal dirección, se aparta de los deberes que puede ejercitar en un sistema acusatorio, siendo ilegítimo lo que haga al respecto en razón de violar con ello su propio deber de imparcialidad. Y si no lo hace, ¿cómo lo sabe?

Estas preguntas determinan que el tema referido a esta clase de hechos no sea pacífico en la doctrina. Hay quien opina –y creo que con razón– que han sido instituidos doctrinal y jurisprudencialmente en el sistema inquisitivo que nos rige como un medio para evadir y superar el límite investigativo que fija la falta de controversia acerca de la existencia de un determinado hecho. De tal forma, y por la vía de la invocación a este tipo de hecho, el juez puede hacer valer su propio saber personal respecto de tema que se halla vedado para él en orden a lo debatido y confirmado en el litigio. Y esto no es jurídicamente bueno y conspira contra toda idea de imparcialidad judicial.

d) *Hechos presumidos por la ley*

Son los que la ley admite como ciertos, aceptando (presunción *juris tantum* o *relativa*) o no (presunción *juris et de jure* o *absoluta*) prueba en contrario.

Por ejemplo: es *matrimonial* el hijo nacido durante el matrimonio o hasta trescientos días después de disuelto; la *concepción de un hijo* se produce entre los trescientos y los ciento ochenta días anteriores al nacimiento, etcétera.

e) *Hechos negativos*

Son los que importan la alegación de una omisión o de una calidad o cualidad negativas.

Por ejemplo:

- la afirmación de que una letra de cambio no fue presentada al cobro por su tenedor (afirmación de *omisión*), o
- la afirmación de que alguien no es integrante de una asociación cualquiera (negación de *calidad*), o
- la afirmación de que alguien no es buena persona (negación de *cualidad*).

Como fácilmente puede ser comprendido, el hecho negativo no admite un medio de confirmación *directo* –no puede ser percibido lo que no

existe– sino sólo *indirecto*, mediante la confirmación de un hecho positivo que descarte lógicamente al negativo (insisto: no puedo probar que soy soltero pero sí que soy casado, con lo cual descarto la soltería).

Todos estos supuestos, aunque afirmados y negados en la controversia, quedan –y siempre deben quedar– exentos de toda confirmación procesal directa por parte de quien los afirmó como sustento de su pretensión.

No obstante, pueden ser confirmados indirectamente a través de la acreditación de la existencia de *hechos positivos* que necesariamente los excluyen, cuya carga confirmatoria puede variar en cada caso y que generalmente pesa o debe pesar sobre la parte que lo invocó (no sobre la que lo negó).

Por ejemplo, nada puede confirmar el marido que impugna una filiación matrimonial afirmando no haber tenido cohabitación con su mujer durante el tiempo que la ley presume que se operó la concepción (hecho negativo), cosa que sí es sencillo para la mujer ya que para ella es un *hecho positivo*.

Igualmente, nada debe confirmar quien afirma que no le fue presentada al cobro una letra de cambio porque le resulta materialmente imposible hacerlo[24]. En cambio, bien puede acreditar tal circunstancia el tenedor, con sólo presentar testigos al efecto.

[24] Esto ha sido denominado desde antaño en la doctrina como *prueba diabólica*. No obstante ello, hay leyes que ignoran el problema y que, por ende, generan una carga confirmatoria que no puede ser cumplida en los hechos, con las consecuencias que de ello se derivan. Adviértase la entidad del problema señalado: si yo afirmo que *no soy deudor* o que *el deudor no me pagó* o que *no cometí el delito que se me imputa*, por ejemplo, no puedo confirmarlo de manera alguna pues es imposible percibir directamente lo que no existe.
Y cuando las leyes generan una carga confirmatoria de este tipo, resulta claro que es de *cumplimiento imposible*.
En esta línea legislativa está, por ejemplo, el decreto-ley 5965/63 (incorporado al Código de Comercio de Argentina) que, al establecer la posibilidad de que una letra de cambio se emita con la *cláusula sin protesto*, añade en su artículo 50: "...Esta cláusula no libera al portador de la obligación de presentar la letra de cambio en los términos prescritos ni de dar los avisos. *La prueba de la inobservancia de los términos incumbe a quien la invoca en contra del portador...*"
¿Cómo puede hacerlo? ¿Y si el documento es pagadero a la vista? ¿Y si, además, debe ser pagado en el domicilio del acreedor, cosa que es corriente en la operatoria bancaria actual?

3.3. La fuente de la confirmación (o de la prueba) (*de dónde se extrae la confirmación*)

En la doctrina contemporánea, no son muchos los autores que se refieren a este tema y, cuando lo hacen, parecería que alguien confunde el *origen* (persona, cosa o lugar) donde puede ocurrir el interesado para procurarse el conocimiento de un determinado hecho, con el *mismo hecho que se procura confirmar*. Basta con efectuar una simple lectura de alguna obra que trate el tema para advertir sin más la veracidad de este aserto.

Tal vez por eso es que la mayoría de los autores no desarrolla el tema, abordándolo tangencialmente al explicar cuáles son los *medios de confirmación*.

A mi juicio, conviene detenerse en la formulación del concepto de *fuente* toda vez que la cabal comprensión del fenómeno permitirá al estudioso distinguir entre *medio* y *fuente* de confirmación.

Una simple reflexión acerca del tema posibilita distinguir lógicamente entre:

- la *persona que declara* (*fuente* del conocimiento que deja llegar a la comprensión del hecho) y
- la *declaración que la misma persona hace ante un juzgador* acerca de ese hecho (*medio* por el cual se confirma).

Y esta diferenciación logra que el intérprete pueda ver distintas condiciones o requisitos en ambas ideas: en tanto que, por ejemplo, el *testigo* –como *fuente*– tiene que mostrar un mínimo de capacidad (edad, no insania, etcétera), de comprensión inteligente y de conocimiento del hecho (de lo contrario, no sería *fuente*), su declaración debe exhibir una clara ajenidad respecto del litigio y ajustarse estrictamente al deber de decir la verdad...

Así las cosas, la confirmación de un hecho cualquiera debe ser buscada por el interesado en las siguientes posibles fuentes:

1) las *personas físicas* que lo conozcan y puedan declarar acerca de su existencia en el plano de la realidad social. Tales personas son las *propias partes litigantes* y los *terceros ajenos a ellas* y, por ende, no interesados en el resultado final del litigio.

Sus declaraciones son aportadas al proceso por diferentes *medios*, que luego se explicarán y que se distinguen según que la declaración la

efectúe la propia *parte litigante* (*confesión*) o un *tercero* que, a su turno, puede ser simple conocedor de hechos (*testimonio*) o capacitado para emitir una opinión fundada acerca de alguna ciencia, técnica, industria, arte, etcétera (*peritaje*);

2) las *personas jurídicas* (que, obviamente, no pueden *declarar*) respecto de las constancias que se hallan registradas en los libros que la ley les ordena llevar en debidas condiciones. La aportación confirmatoria se hace por el medio conocido como *expedición de informes* que, al igual que los anteriormente citados, explicaré más adelante;

3) los *documentos* (utilizo por ahora el vocablo en su más absoluta generalidad, aunque luego se verán mejores precisiones sobre su concepto) en los cuales las partes han dejado plasmado un hecho al cual han asignado relevancia jurídica para lograr la eventualidad de acreditar su existencia en el futuro.

La aportación confirmatoria se efectúa por el medio conocido como *documental* (o instrumental), no importando por ahora si el respectivo documento pertenece o está en poder de las partes o de terceros. Tampoco importa mucho para cierta doctrina que tales documentos sean instrumentos públicos o privados, anotaciones escritas no firmadas, fotografías o cualquier tipo de registración similar, facsímiles, mojones, etcétera: a todos les otorga el mismo tratamiento y, así, las leyes, resultan final y ferozmente confusas para el intérprete...;

4) los *lugares, cosas o personas* que pueden ser captados por los sentidos del juzgador para producirle convicción acerca de algún hecho referente a ellos.

La respectiva aportación confirmatoria es el *reconocimiento* que el propio juzgador debe hacer de tales personas, cosas o lugares por la vía del medio conocido como *inspección ocular*.

Ya veremos todo ello desde otra óptica...

3.4. La incumbencia de la confirmación (o de la prueba) (*quién debe confirmar*)

Si al momento de sentenciar, el juez ignora a quién debe dar la razón cuando se encuentra con versiones antagónicas entre sí y que han sido esgrimidas acerca de un mismo hecho por ambas partes en litigio, es

menester proporcionarle legalmente reglas claras a las cuales deba sujetarse en el supuesto de no lograr convicción acerca de la primacía de una de las versiones por sobre la otra.

Pues bien: el problema de determinar a quién le incumbe aportar al proceso la confirmación de los hechos afirmados por una de las partes y negados por la otra (itero que ésos son los *hechos controvertidos*) es tan antiguo como el derecho mismo y ha preocupado por igual a la doctrina y a la jurisprudencia de todos los tiempos.

Parece ser que en los juzgamientos efectuados en los primeros períodos del desenvolvimiento del derecho romano, el pretor o el magistrado –luego de conocer cuáles eran los hechos susceptibles de ser confirmados– convocaba a las partes litigantes a una audiencia para establecer allí a quién le incumbía hacerlo sobre la exclusiva base de *la mejor posibilidad de confirmar* cada uno de los hechos controvertidos.

De aquí en más, pesaba en el propio interés particular de cada litigante el confirmar el hecho atribuido por el magistrado, so pena de tenerlo por inexistente al momento de sentenciar.

Llegada la oportunidad de resolver el litigio, si el magistrado encontraba que carecía de *hechos* (en rigor de verdad, de confirmación –o prueba– acerca de esos hechos) o de *norma* que pudiera aplicar clara y directamente al caso, pronunciaba una frase que terminaba el proceso dejando subsistente el conflicto que lo había originado.

A este efecto, decía *non liquet* –no lo veo claro[25]– y, por ello, se abstenía de emitir sentencia (si bien se piensa, ese *no juzgamiento* es lo que se conoce doctrinalmente con el nombre de *sobreseimiento*).

Pero en algún momento de la historia fue menester cambiar la pauta relativa a la *mejor posibilidad o facilidad de confirmar*, pues ella estaba –está– conformada por criterios de *pura subjetividad* y, por ende, de *total relatividad*: adviértase que lo que puede resultar fácticamente sencillo de hacer para uno puede ser imposible para otro.

Cuando el pretor dejó de establecer en cada caso concreto a quién incumbía la tarea de confirmar a base de la facilidad que tenía para hacerlo y se generó una regla de carácter general, la cosa cambió: ahora,

[25] *Nihil habere quod liqueat*: no sacar nada en claro.

la incumbencia de "probar" (confirmar) comenzó a pesar exclusiva y objetivamente en cabeza del propio actor o pretendiente (en rigor, quien había *afirmado el hecho litigioso* y no del que lo había negado, por sencillo que le resultara "probar" lo contrario). Y ello quedó plasmado en el brocárdico *el que afirma, prueba*, de uso judicial todavía en la actualidad.

A mediados del siglo XIX, el codificador argentino advirtió el grave problema que entraña la posibilidad de emitir un pronunciamiento *non liquet* y decidió terminar con ella. Y así, estableció en el artículo 15 del Código Civil que "Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes".

Otro tanto ha ocurrido en casi todos los países de América Latina.

No obstante tal disposición, el problema se mantuvo idéntico hasta hoy, pues la norma transcrita resolvió qué hacer en caso de *carencia de norma* pero dejó irresuelto el supuesto de *carencia de hechos* o, mejor aún, de *carencia de prueba acerca de esos hechos.*

Y ello porque la regla que establece que *el que afirma, prueba*, resultó incompleta por su excesiva latitud[26]. Otro tanto ocurre respecto del llamado *hecho negativo*[27].

Ya que, según se ve, el problema no fue resuelto por el codificador, la doctrina procesalista ha debido encarar el tema y buscar su solución a base de pautas concretas y de pura objetividad.

Para ello se han sustentado diversas teorías, defendidas y criticadas con ahínco por los estudiosos que se han ocupado del tema.

Y entre ellas, comenzando por reiterar algunas de las ya mencionadas al presentar el problema, se ha dicho que incumbe la carga confirmatoria:

a) al *actor* en todos los casos, pero le otorga esta calidad al *demandado* en cuanto a sus excepciones;

[26] Y es que –como ya se ha visto en el texto– hay hechos que no pueden ser confirmados: cuando yo afirmo en un proceso, por ejemplo, que *soy soltero* y ello es negado por la contraparte, no hay forma de acreditarlo. Por lo contrario, podrá hacerse respecto de los otros estados civiles (casado, viudo, divorciado, separado) con la mera exhibición de la partida respectiva, pero nunca de la soltería.

[27] Ver la nota 24.

b) a *quien afirma un hecho* y no al que simplemente lo niega;

c) al *actor* respecto de los hechos en que se basan sus pretensiones, y al *demandado* en cuanto a los que justifican sus excepciones;

d) a *quien alega un hecho anormal* respecto del estado habitual de las cosas, ya que la normalidad se presume lógicamente;

e) a *quien pretende innovar* en una relación cualquiera, entendiendo con ello que lo que se modifica es la normalidad;

f) a *cada una de las partes respecto de los presupuestos de hecho de la norma jurídica que le es favorable* (esta tesis ha sido recibida y es norma expresa en la mayoría de las legislaciones contemporáneas). En rigor de verdad, si se comprende sistémicamente su significado y no se la deforma para forzar su aplicación, la norma que consagra esta teoría es más que suficiente para que todo el mundo sepa a qué atenerse;

g) a *quien busca lograr un cierto efecto jurídico*;

h) a *quien tiene interés en que un hecho afirmado sea considerado como verdadero*;

i) a *quien afirma un cierto tipo de hecho*, que luego explicaré con detenimiento.

En general, nada de ello ha servido para hacer sencilla la regla de juzgamiento implícita en la determinación de la incumbencia de la carga de confirmar. Antes bien, todas las tesis reseñadas han sido desinterpretadas por la jurisprudencia, generando así algunas veces un caos evidente que resulta imposible de soportar.

A mi juicio, la mejor forma de explicar el tema se ha logrado a partir de la aplicación de la pauta citada precedentemente en el punto f), generadora de reglas que cubren todos los supuestos fácticos susceptibles de ser esgrimidos en un proceso, dejando con ello definitivamente erradicada la posibilidad de emitir un pronunciamiento *non liquet*.

Tales reglas indican que debe tenerse en cuenta el tipo de *hecho* que se afirma como sustento del encuadre o implicación jurídica que esgrime el pretendiente en su demanda o quien se defiende en oportunidad de deducir excepciones.

Debe quedar claro ahora que se entiende por *hecho* la *acción y efecto de hacer algo* o, mejor aún, *todo acontecimiento* o *suceso susceptible de*

producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de un derecho u obligación.

Así concebido, un hecho puede ser producido por la *naturaleza* (granizo, inundación) o por el *hombre* (contrato, daño).

Reiterando: a los efectos de esta explicación, el *hecho* puede ser:

a) *generador del derecho o de la responsabilidad* que se afirma en la demanda como fundante de una pretensión cualquiera, y

b) *eximente de responsabilidad* o *demostrativo de la inexistencia del derecho* pretendido, que se afirma como fundamento fáctico de una excepción cualquiera.

Y, ahora sí, ya se puede explicar que debe confirmar quien alega la existencia de un *hecho constitutivo*, de un *hecho extintivo*, de un *hecho invalidativo*, de un *hecho convalidativo* o de un *hecho impeditivo*, no importando al efecto que sea el actor o el demandado quienes lo hayan invocado. Veamos qué es cada uno de ellos.

a) Hecho *constitutivo*

Es el que sostiene todo pretendiente al imputar responsabilidad o demandar la declaración de un derecho con basamento en ese específico hecho, del que afirma que emerge el efecto pretendido.

Por ejemplo, se sostiene en la demanda la existencia de un préstamo de dinero que no ha sido devuelto, o la comisión de un ilícito civil generador de responsabilidad aquiliana o, en términos similares, que ha transcurrido el plazo necesario para que la posesión pueda derivar en derecho de propiedad o para declarar la prescripción liberatoria, etcétera.

En caso de *ser negado* el hecho constitutivo, debe ser confirmado por el propio pretendiente y nada debe hacer al respecto el demandado que simplemente lo ha negado.

Si la confirmación es convincente para el juez, ganará el pleito el actor. Caso contrario, lo perderá sin que el demandado haya realizado tarea alguna al respecto.

b) Hecho *extintivo*

Es el que afirma todo resistente para liberarse de la responsabilidad imputada o evitar la declaración del derecho pretendido a base del

hecho constitutivo, pues implica por sí mismo la inexistencia de tal responsabilidad o derecho.

Por ejemplo, el demandado sostiene al oponer excepciones en la etapa de negación que ha pagado la obligación cuyo cumplimiento le reclama el actor o que la posesión alegada fue interrumpida, etcétera.

En caso de *ser alegado* este tipo de hecho, debe ser acreditado exclusivamente por el propio excepcionante, con lo cual se releva de toda carga confirmatoria al actor respecto del hecho constitutivo alegado por él.

En otras palabras: si el excepcionante afirma haber pagado el mutuo alegado por el actor, debe confirmar dicho pago. Y, nótese bien, en este caso nada debe confirmar el actor en cuanto al hecho constitutivo por él alegado, toda vez que no se justifica lógicamente la afirmación de un pago sin reconocer implícitamente la existencia del préstamo que tal pago extinguió.

Así, toda la tarea confirmatoria pesará en el caso sobre el excepcionante, quien ganará el pleito en el supuesto de lograr la respectiva confirmación y lo perderá en el caso contrario (y, así, ganará el actor aunque nada haya hecho en el campo confirmatorio).

Como se ve y se ratificará luego, en el juego de posibles confirmaciones se trabaja siempre sólo sobre el último hecho afirmado en la cadena de *constitución*, *extinción*, *invalidación* y *convalidación* antes referida.

c) Hecho *invalidativo*

Es el que afirma todo aquél contra quien se ha opuesto un hecho constitutivo o un hecho extintivo del hecho constitutivo alegado para fundar la respectiva pretensión.

Por ejemplo: si Pedro sostiene que contrató un mutuo con Juan, afirmando que éste recibió el dinero y que no lo devolvió oportunamente (*hecho constitutivo*) y, a su turno, Juan afirma que pagó a Pedro tal dinero (*hecho extintivo*), el mismo Pedro puede alegar ahora que el pago se hizo indebidamente a un tercero (*hecho invalidativo*) y que, por ende, no lo recibió; por tanto, como quien paga mal debe pagar dos veces, espera ahora la condigna condena a su favor.

Este tipo de hecho debe ser confirmado por quien lo alega. En caso de no hacerlo (y sólo este hecho, ya que el constitutivo se encuentra exento de confirmación –pues es lógico presumir que quien pagó es porque debía–

y que el hecho extintivo también está exento de confirmación –ya que si se afirma que el pago es inválido es porque se reconoce el hecho de haber sido realizado–) ganará el pleito el que alegó el último hecho implícitamente aceptado: el del pago, al que se tendrá como existente.

d) Hecho *convalidativo*

Es el que afirma todo aquel contra quien se ha opuesto un hecho invalidativo de un hecho extintivo de un hecho constitutivo.

Por ejemplo, si en el caso recién relatado, Juan reconoce haber pagado a un tercero y afirma que, a la postre, éste entregó el dinero al propio Pedro –con lo cual recibió finalmente su acreencia– parece claro que la invalidez del pago ha quedado convalidada.

De modo similar al expresado antes, aquí Juan habrá de confirmar sólo el hecho convalidativo, quedando todos los demás fuera de la tarea confirmatoria. Y resultará con ello que ganará el pleito si logra hacerlo y lo perderá en caso contrario.

Sé que a esta altura de la explicación, ella se asemeja grandemente a una suerte de extraño trabalenguas. Pero insisto con la buscada repetición de palabras pues creo que de tal forma ayudo a que el lector fije definitivamente el concepto.

e) Hecho *impeditivo*

Es el que afirma una parte sosteniendo la ausencia en el hecho constitutivo o en el hecho extintivo de alguno de los requisitos generales que son comunes a todas las relaciones jurídicas (por ejemplo, la capacidad de las partes, la libertad con la cual fue expresado el consentimiento –cuando éste es necesario– la existencia de vicios del consentimiento, la ilicitud de la causa obligacional, etcétera).

Similarmente, es el que refiere a la ineficacia del *proceso como medio* para debatir en él la pretensión (por ejemplo, se afirma que el juez actuante es incompetente, que el actor carece de personalidad, que la demanda es oscura, etcétera).

La carga de confirmar este tipo de hecho pesa exclusivamente sobre la parte que lo invocó.

Con toda esta compleja elaboración para determinar con precisión a quién incumbe la carga de confirmar en el proceso, se ha llegado a

establecer desde la propia ley un claro criterio objetivo que indica al juez qué hacer cuando no hay elementos suficientes confirmatorios, productores de convicción.

En efecto: si al momento de sentenciar, un juez se encuentra con un caso en el que hay varias declaraciones testimoniales acordes entre sí, un buen peritaje que responde adecuadamente al interrogatorio formulado al efecto y varios documentos que acreditan los hechos litigiosos, el juez falla según la interpretación que haga de la suma de tales medios y, por supuesto, no se pregunta a quién le incumbía la carga de confirmar. No le hace falta hacer esa indagación.

En cambio, si el juez carece de elementos confirmatorios suficientes para que pueda formar su convicción en uno u otro sentido, como no puede ordenar por sí mismo la producción de medio alguno de confirmación (ver *supra*, # 2.2.) y como tampoco puede hacer valer su conocimiento personal del asunto a fallar, recién ahí se interroga acerca de quién debía confirmar determinado hecho y no lo hizo.

Y la respuesta a ese interrogante sella definitivamente la suerte del litigio: *quien debió confirmar su afirmación y no lo hizo*, pierde el pleito aunque su contraparte no haya hecho nada al respecto. Así de fácil.

Comprenderá ahora el lector la enorme importancia del tema en estudio: se trata, simplemente, de facilitar la labor del juez al momento de fallar, otorgándole herramientas que le imposibiliten tanto el pronunciamiento *non liquet* como su propia actuación confirmatoria, involucrándose con ello personalmente en el resultado del juicio.

Sostuve antes que las reglas de la *carga de la prueba* constituyen, en verdad, directivas para el juzgador, pues no tratan de fijar quién debe asumir la tarea de confirmar sino *de quién asume el riesgo de que falte al momento de resolver el litigio.*

Sin embargo, este fatigoso y largo esfuerzo para lograr parámetros de pura objetividad a fin de permitir un rápido y seguro juzgamiento de cualquier litigio por un juez que se concreta a mantener la paz social dando certeza a las relaciones de las partes encontradas y asegurando el efectivo cumplimiento de las promesas y garantías brindadas por el constituyente y por el legislador, está siendo dejado de lado en los últimos años.

Al comienzo, y sin entender bien el concepto de *carga*, alguna jurisprudencia la hizo pesar *sobre ambas partes por igual* (¿!).

Por ejemplo, durante la década de los '60 rigió en la Argentina una ley que congelaba todas las locaciones de inmuebles urbanos e impedía actualizar el monto del alquiler a menos que el inquilino *tuviera suficientes medios de fortuna (u otras propiedades) como para poder pagar un canon liberado.* Este precepto –que en la jerga tribunalicia se denominó como de *inquilino pudiente*– generó una ola de pleitos en los cuales el actor debía lograr del juez la plena convicción de la *pudiencia* del inquilino, cosa que no era fácil de hacer. Como en rigor de verdad se trataba de una *"prueba" diabólica* por el carácter local de los diversos Registros de Propiedades con que todavía cuenta el país, algunos jueces comenzaron a imponer una suerte de extraña inversión o complementación de la carga confirmatoria, sosteniendo que la *pudiencia* era un hecho que debía ser acreditado *por ambas partes por igual.*

Por cierto, el argumento reñía con la técnica procesal y, sobre todo, con la lógica[28].

Con posterioridad, una conocida doctrina americana comenzó a insistir en la necesidad de lograr la vigencia en el proceso de una adecuada y justa *ética de la solidaridad* entre ambos contendientes, exigiendo para ello la plena y total *colaboración de una parte con la otra* en todo lo que fuere menester para lograr la producción eficiente de un medio cualquiera de confirmación.

A mi juicio, esta doctrina es exótica y divorciada de la realidad de la vida tribunalicia[29], por lo que merece ser sepultada en el olvido.

[28] Recuerdo ahora que, al momento de juzgar un magistrado una de dichas causas sosteniendo esta tesis, fue interrogado por otro juez –que quería hacerle ver las dificultades propias del problema– acerca de cómo debía ser resuelto un pleito en el que idéntica carga pesara por igual sobre ambos contendientes sin que ninguno de ellos hubiera logrado cumplirla. Y el interrogado respondió, muy suelto de cuerpo: *pues... ¡lo empatan!* ¡Como si ello fuere posible!

[29] Y es que nadie comienza un pleito con alegría y despreocupación, como quien sale a pasear por el campo en día festivo. Por el contrario, se realizan previamente muchas conversaciones –e intimaciones– para tratar de evitarlo. Cuando ya el pretendiente –acreedor, por ejemplo– está seguro de que no logrará una autocomposición con el resistente –deudor, que en el ejemplo afirma que pagó– no tiene más remedio (recordar que ésta es la última alternativa pacífica) que concurrir al proceso (para ello, debe

Sin embargo, actualmente tal doctrina ha ido mucho más lejos respecto de la vigencia de la carga de confirmar.

Y es que, so pretexto de que la justicia debe merecer un tratamiento más ágil y eficiente en esta época que ha dado en llamarse *posmodernista*, algunos jueces con alma de pretores desean volver raudamente a las incertidumbres del pasado.

En esta tesitura, sin sentirse vinculados a un orden jurídico previo, creen que pueden cambiar las reglas procedimentales según sus propias opiniones –haciéndose eco de otros sistemas jurídicos no vigentes en nuestros países– y con olvido del claro mandato constitucional que establece la inviolabilidad de la defensa en juicio. Y así, han decidido dejar de lado las reglas normativas de la incumbencia confirmatoria recién explicadas, variándolas en cada caso concreto por la mera aplicación caprichosa de las antiguas reglas subjetivas de la *facilidad* o de la mejor *posibilidad de "probar"*.

Con estos alcances es que se habla hoy de las *cargas dinámicas probatorias* que, más allá de las buenas intenciones que animan a sus sostenedores, no puedo compartir, en tanto repugnan al texto expreso de la ley y, con ello, se acercan peligrosamente al prevaricato.

Para que se entienda adecuadamente la seriedad de la crítica, debo recordar que hay códigos en América Latina que nada establecen en cuanto al tema en trato. En los lugares donde ello ocurre (por ejemplo, en la Provincia de Santa Fe, Argentina) es la sola doctrina la que se encarga de explicitar a quién incumbe la tarea de efectuar la confirmación procesal.

Por tanto, si un juez sostiene algo diferente, no viola el texto expreso de la ley y puede imponer la incumbencia confirmatoria que se le ocurra.

pagar honorarios de abogados y carísimas tasas de justicia), donde el deudor, ahora demandado, vuelve a oponerle la misma tenaz oposición que antes, afirmando haber hecho –por ejemplo– un pago que no existió en la realidad de la vida...
Como puede aceptarse fácilmente a esta altura del relato, el actor piensa con visos de razonabilidad comprensible en destruir para siempre a su demandado y deudor impenitente. En tales condiciones, ¿cómo puede serle exigido que colabore solidariamente con su enemigo y que, si no lo hace, se considere que ha caído en inconducta procesal?

Y así, con indudable actitud justiciera, alguna jurisprudencia comenzó a sostener, *en el momento mismo de sentenciar un recurso de apelación* –es decir, después de que el proceso terminó– que *si bien no fue adecuadamente confirmado por el actor el hecho constitutivo de la imputada responsabilidad aquiliana, ello carecía de importancia en la especie pues la respectiva carga* (cabría preguntar ¿de qué?) *correspondía a la contraparte y, por tanto, al nada haber acreditado ésta, debía acogerse sin más la pretensión demandada* (¡!).

En otras palabras: quien así sentenció el pleito *varió a su voluntad las reglas del juego a las cuales se ajustaron los contrincantes durante todo el proceso. ¡Sólo que lo hizo* después de *que el juego terminó!* Y esto parece de ilegitimidad manifiesta por más que pueda ser justa la solución dada al caso.

Pero hay lugares donde ocurre exactamente lo contrario a lo hasta aquí relatado.

Por ejemplo, en el CPC de la Nación Argentina, en cuyo artículo 377 se establece con absoluta claridad que: "Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción..."

Resulta ya claro que la tesis que acepta sin más la vigencia de las *cargas dinámicas "probatorias"* no puede coexistir con la norma pretranscrita, por cuya razón creo que no es menester insistir abundando en el tema.

En definitiva: la ley –y sólo la ley, nunca la jurisprudencia– es la que regula todo lo referente a la incumbencia confirmatoria a fin de dar total y objetiva seguridad a la actividad que los jueces cumplen al sentenciar, evitando así que ellos puedan alterar las reglas del *onus probandi* a discreción y una vez que el pleito ha finalizado.

En otras palabras y recurrentemente: *cambiar las reglas del juego después de que el juego terminó*, convirtiendo en ganador al claro perdedor según las normas tenidas en cuenta por los jugadores durante todo el desarrollo del certamen, no sólo es actitud tramposa sino que, en el proceso, viola la garantía de la defensa en juicio. ¡Por mucho empeño justiciero que ostente el juez actuante!

Reitero conceptos para fijarlos en el lector: como se ha visto hasta aquí, el tema en tratamiento relativo a la *incumbencia confirmatoria* –que habitualmente se estudia con el nombre de *carga de la prueba*– no es en sí mismo un tema propio de la confirmación procesal sino que es, en esencia, una *clara regla de juzgamiento* dirigida al juez para que sepa a qué atenerse cuando carece de elementos de confirmación acerca de los hechos litigiosos sobre los cuales debe fallar. Y como es obvio, tal regla no sólo debe ser precisa sino de cumplimiento objetivo y acatamiento irrestricto.

Finalmente: se sostiene en doctrina que las reglas de la carga confirmatoria no pueden ser alteradas por las partes, so pretexto del orden público que domina la legislación procedimental.

No coincido con tal afirmación. Antes bien, he sostenido que *no hay orden público procesal en materia transigible*, y que el principal creador de normas procesales debe ser el propio litigante. Por lo demás, no creo que nada pueda evitarlo en un régimen constitucional en el que está permitido todo lo no expresamente prohibido por la ley.

Hasta aquí me he ocupado del tema desde una óptica propia de la pretensión civil. Veamos ahora si los conceptos ya expuestos pueden o no aplicarse al campo de lo penal.

Afirma la doctrina generalizada –computo aquí a la mayoría de los autores que imponen actualmente opinión jurisprudencial en los diferentes países de nuestro continente– que el concepto de *carga "probatoria"* (confirmatoria) ha fracasado al ser transportado al proceso penal, donde –antes que de *cargas*– cabe hablar de *deberes funcionales administrativos* del Ministerio Fiscal (pues no cabe afirmar jurídicamente que el fiscal sea titular de un interés interno en antagonismo con el del imputado. Por ello es que nunca puede decirse que el órgano de la acusación resulta vencido cuando no prueba la imputación, pues el interés de la sociedad está en el castigo del culpable y en la represión del delito en tanto exista, precisamente, un culpable) y de *deberes jurisdiccionales* del juez en los sistemas inquisitivos consagrados legalmente en casi toda América Latina.

En esta tónica, tales autores se manejan exclusivamente con el sintagma *in dubio pro reo* y exigen ingenua e ilegalmente la colaboración del

propio imputado, a quien sí hacen soportar una especie de *minicarga probatoria* que le permita *ayudarse* a salir bien del proceso.

El tema entraña notable gravedad.

En la Relación (*Exposición de Motivos*) del Proyecto de Código para Italia de 1930 se dijo: "Sagrado e inviolable es, sin duda, el derecho de defensa. Cierto e indiscutible el principio de que al imputado no se le puede considerar culpable antes de la sentencia irrevocable de condena. Pero que se lo haya de conceptuar *inocente* mientras se procede contra él por serle imputado el delito, es una tal enormidad, una tan patente inversión del sentido común, lógico y jurídico, que no se puede admitir ni aun como forma retórica. Mientras hay un proceso en curso, no hay ni culpable ni inocente sino únicamente imputado. Sólo en el momento en que recaiga sentencia se sabrá si es culpable o inocente"[30].

Como es fácil de comprender, estas posturas se explican sólo si forman la glosa de un sistema inquisitivo. Pero resultan por completo inexplicables en un proceso de corte acusatorio puro.

De ahí que crea que nada empece a aplicar literalmente los principios que regulan la carga confirmatoria en proceso penal donde el Fiscal –parte acusadora– actúa como representante de la sociedad toda, con obvio interés jurídico en erradicar la actividad delictiva y, así, mantiene una actitud procesal antagónica con la del imputado[31].

[30] Esto no podría decirse seriamente al día de hoy...

[31] Por supuesto, descarto –en homenaje a la seriedad con la cual deben emitirse los argumentos jurídicos– que el fiscal *es una parte procesal* y, como tal, *parcial*. Durante varias décadas, los argentinos hemos repetido como clara obviedad y hasta el cansancio las enseñanzas de ilustre maestro: *el fiscal es la parte imparcial del proceso penal...* sin advertir que ello no es más que una *contradictio in terminis*.
En efecto: sostener que *hay una parte imparcial* es negar por el adjetivo la esencia del sustantivo. Es como decir *lo bueno malo* o *lo bello feo*.
Quien actúa como fiscal puede ser *objetivo* y no tener *interés personal* en lograr una condena (en otros términos: ganarle a su contrario: el acusado) pero debe ostentar siempre *interés funcional* (base elemental de la acusación).
Claro está que todos estos dislates se dan exclusivamente en el sistema inquisitorio. En el acusatorio puro, y con un sistema de *oportunidad* y no de estricta *legalidad* para decidir si se hace o no la acusación, por lo contrario, no se justifica en modo alguno el *carácter de imparcial que debe ostentar la parte procesal*.
Simplemente, no acusa si cree que no debe hacerlo, ¡pues perderá el litigio!

Por supuesto, descarto totalmente que el juez pueda llevar adelante por sí mismo la pretensión punitiva de la sociedad y que esté facultado para producir personalmente medios de confirmación que hacen al cargo imputado.

Finalmente: el *principio* o *estado de inocencia* que se encuentra ínsito en la cláusula *in dubio pro reo* no juega cuando existe carencia de medios de confirmación (a la que se aplican las reglas del *onus probandi*) sino –todo lo contrario– cuando hay suficientes elementos de confirmación que, no obstante, no logran forjar la convicción de culpabilidad en la mente del juez.

3.5. Los medios para confirmar (*cómo se confirma*)

Habitualmente, en los códigos y leyes procesales se menciona como *medios de prueba* a los conocidos desde antiguo como:

- *documentos* (o prueba *documental*);
- *confesión* (o prueba *confesional* o de *declaración de parte*);
- *testimonio* (o prueba *testimonial*);
- *pericia* (*rectius est*: peritaje) (o prueba *pericial*);
- *informes* (o prueba *informativa*);
- *presunciones* (o prueba *presuncional* o *indiciaria*), y
- *reconocimiento* (o prueba de *inspección ocular*).

Estudiando los contenidos que se esconden detrás de las palabras recién mencionadas cuando las utiliza la ley, se advierte que ellas no resultan suficientes para lograr la cabal captación de los conceptos que involucran, generándose así nueva multivocidad y, por ende, más equivocidad, lo cual es necesario evitar a toda costa.

En esa tarea, la mejor doctrina actual ha intentado sistematizar adecuadamente dichos conceptos, luego de advertir que el juez, para tomar contacto con los medios de confirmación que le presentan las partes, tiene que:

- *ver* (en rigor, *mirar*) experimentos, análisis, documentos, registros, informes, etcétera, y también, personas, lugares y cosas;
- *oír* (en rigor, *escuchar*) declaraciones de partes y de terceros, y

- *razonar* y *deducir* o *inferir* hechos desconocidos a partir de hechos conocidos para poder *presumir*.

Pero, además, no todo lo que ve, oye y razona tiene o puede tener objetivamente la misma entidad confirmatoria.

Por eso es que, con el declarado propósito de intentar que el lector comprenda cómo funciona un *verdadero sistema procesal*, con pautas directrices de absoluta objetividad que hagan *previsible* (máxima seguridad para las partes) el eventual resultado del litigio, dicha doctrina explica la *confirmación procesal* enumerando sus distintos posibles *medios* que, en general y enunciados conforme al grado de eficacia confirmatoria que ostentan, se denominan:

- de *comprobación* (producen *certeza*);
- de *acreditación* (producen *verosimilitud*);
- de *mostración* (producen *percepción*), y
- de *convicción* (producen *probabilidad*).

Por cierto, huelga aclarar que no se trata aquí de imponer en forma caprichosa y absurda denominaciones exóticas al lector desprevenido, sino de sistematizar adecuadamente los conceptos para que, una vez repensados y comprendidos, pueda continuar utilizando los nombres convencionales empleados desde antaño para los *medios de prueba* –si así lo desea y goza persistiendo en el error– pero diferenciando adecuadamente ahora a cada uno de ellos frente a todos los demás.

Veamos a continuación los distintos medios, primero en general y desde la óptica aquí propuesta, y luego en particular, a partir de los parámetros conocidos y aceptados desde antaño por las leyes.

3.5.1. Los medios de confirmación en general

3.5.1.1. La comprobación (o *prueba* propiamente dicha)

Castizamente, *comprobación* (sustantivo que implica el resultado de *comprobar*) es *lo que se hace para revisar* o *confirmar un hecho* o *dato* o *una teoría aplicándola en experimentos* o *casos concretos*.

En este sentido, *toda* comprobación implica *experimentación*, *ensayo* o *verificación* para lograr la obtención de un resultado que, cuando es de

carácter científico y el estado actual de la respectiva ciencia lo permite, debe ser idéntico para *toda* persona, en *todo* tiempo y en *todo* lugar.

Por ejemplo, la comprobación de que una suma cualquiera es correcta, se logra por medio de la resta; del mismo modo, se verifica el resultado de una división por medio de la multiplicación. Y esto puede hacerlo acá o allá, ayer, hoy y mañana, cualquiera persona que conozca las cuatro operaciones aritméticas.

También un experto *comprueba* en forma absoluta e inequívoca una ley física (por ejemplo, la que expresa la fuerza resultante de la gravitación de los cuerpos situados entre la Tierra y los cuerpos situados en sus proximidades) o química (por ejemplo, el agua está compuesta de un volumen de oxígeno y dos de hidrógeno, la composición de la sangre y la determinación de sus diversos signos y factores, etcétera).

En el proceso, la *comprobación* sólo se logra por medio del trabajo (insisto: ensayo, experimentación, análisis, etcétera) *estrictamente científico* o *técnico* que hace un tercero ajeno al pleito respecto de un tema litigioso que es susceptible de ser comprobado indubitablemente por la ciencia que es base de su conocimiento o especialidad.

Así concebido, es obvio que configura un medio sumamente restringido que se presenta procesalmente de modo exclusivo en lo que se conoce con el nombre de *peritaje*[32]. Pero no en todo y cualquier peritaje, sino sólo y exclusivamente en el *científico*. No en el "peritaje" de *opinión* o en algunos "peritajes" *técnicos*[33], por ejemplo, que apenas constituyen un medio de *convicción* del que me ocuparé luego.

El *peritaje científico* –el que realmente *comprueba* algo– es tal porque en toda persona, tiempo y lugar existe la certeza de la verificabilidad de las reglas empleadas para hacer la verificación.

Y es que este medio tiene la particularidad (no ocurre igual con la *mostración*, como luego se verá) de ofrecer dos objetos diferentes de conocimiento: el del *hecho a comprobar* y el del *hecho de efectuar la comprobación*.

[32] Habitualmente, al peritaje se lo mal denomina *pericia*, sin advertir que ésta es la cualidad que tiene el perito y que le permite hacer peritajes.
[33] Luego me referiré a ellos.

De ahí que es obvio que ambos tipos de *peritajes* –el *científico* y todos los demás que no lo son– se presenten siempre como claramente diferentes, aunque las leyes les asignen idéntico grado de importancia.

Sin embargo, la doctrina generalizada –que tanto ha laborado sobre estos conceptos– no ha hecho aún la distinción que en forma clara y lógica se advierte entre ellas. A no dudar, ésta ha sido la causa del papel absolutamente secundario que el legislador de todos los tiempos ha otorgado a la "*prueba pericial*" en el contexto de la totalidad de los códigos vigentes.

No obstante ello, parece claro para el pensamiento lógico que el juez no debe apartarse jamás del resultado de un verdadero peritaje científico que, por sus mismos fundamentos, lo vincula a una realidad que no le es dado ignorar. O, acaso, ¿puede el juez desconocer un dictamen que afirma la existencia de la ley de gravedad so pretexto de que no lo convence o de que él opina lo contrario?

Por eso es que éste es un auténtico medio de *prueba*, en el sentido dado al vocablo al comienzo de esta obra; y por eso también la aclaración que acompaña al título de ella: "*o prueba propiamente dicha*".

Es más: la comprobación es el medio confirmatorio que se erige por sí mismo en el más importante de cualquier sistema procesal.

Ya volveré nuevamente sobre el tema al tratar los medios en particular y la evaluación de la confirmación procesal.

3.5.1.2. La acreditación

El vocablo *acreditación* –utilizado en el sentido que se le da en esta obra– es un neologismo que implica la sustantivación del verbo *acreditar* (*hacer digno de crédito, probar la certeza de alguna proposición* y, referido a algo con determinada apariencia, *asegurar que es lo que parece*). En este orden de ideas, deriva etimológicamente del latín *creditus* (*crédito*) y éste, a su turno, de *credere* (*creencia: admitir como ciertas, probables o posibles ciertas hipótesis o cosas*).

Esta vinculación significativa de la *acreditación* con la *creencia* no es aceptada por algunos importantes autores, quienes encuentran en ella una fuente de confusión en cuanto a que también hay *creencia* en la *convicción*.

Sin embargo, en vías de explicar el tema con el mejor sentido docente, prefiero mostrar el medio confirmatorio de *acreditación* teniendo en vista una actitud judicial de absoluta *creencia* en la legitimidad o certeza impuesta por la ley respecto de ciertas cosas –a menos que se confirme por el interesado su inexistencia, invalidez o ineptitud confirmatoria– y en la aceptación generalizada que en toda sociedad tienen ciertos lenguajes simbólicos.

La *acreditación*, entonces, es una función que se hace en el presente para poder confirmar en el futuro la existencia de ciertos hechos y relaciones jurídicas. De tal modo, *acreditar* es dejar constancia de lo sucedido, no importa si con ello se refiere a un fenómeno de la naturaleza o a una expresión humana.

Y esa constancia es, así de simple, la transmisión de un pensamiento o de una conducta a través de un objeto que confirma su realización.

Todo lo que continuaré explicando en este tópico se halla legislado habitualmente bajo el rótulo de *documentos* o de *prueba documental*. En esta denominación quedan comprendidos, así, los *instrumentos públicos* y los *documentos privados*, auténticos e inauténticos, pertenecientes a las partes procesales o a terceros.

Si bien se mira, todos los *documentos* mencionados muestran el común denominador de ser *escritos*, pero no todos, sino sólo algunos de ellos ostentan el importante valor que otorga el legislador a su continente o a su contenido al establecer que el juez debe aceptarlos –en principio– como ciertos y confiables, lo que presenta obvio problema de interpretación sistemática al juzgador.

Pero no se detiene allí la complicación. En la actualidad –cuando los adelantos tecnológicos han superado largamente las previsiones del legislador– se engloban ahora dentro de la denominación de *documentos* a un sinnúmero de cosas, escritas y no escritas tales como: fotografías, fotocopias, discos, registros de electrocardiogramas, mojones, logotipos, marcas de fábrica, etcétera.

De ahí que sea menester efectuar una adecuada sistematización de *todo* lo que la doctrina comprende dentro de la voz *prueba documental*, no sólo para hacer asequible el tema sino, fundamentalmente,

para facilitar la tarea judicial de evaluar medios de confirmación al momento de sentenciar.

En este orden de ideas, los medios de acreditación son siempre materiales y consisten en: *instrumentos*, *documentos*, *monumentos* y *registros*.

Veamos cada uno de ellos.

3.5.1.2.1. El instrumento

Es el medio de acreditación a través del cual se plasman por escrito y en forma original e indubitable las conductas constitutivas de relaciones jurídicas o de las que se vinculan con ellas.

La idea de instrumento está estrechamente ligada a la de *fe pública* y, por ende, a lo que es *fehaciente*, que comprende la *dación de fe*, la *certificación* y la *autenticación*.

Por ello, ejemplos de instrumentos son las *escrituras públicas*, los *protocolos* (notariales y judiciales), los *expedientes* y las *actas judiciales*, la *correspondencia oficial*, los *asientos en libros* de los corredores, los *libros de registración de movimientos* administrativos o judiciales, las *acciones* de las compañías autorizadas para su emisión, los *billetes*, *libretas* y toda *cédula* emitida por los bancos, etcétera.

Como se ve, el instrumento –por definición– es *siempre auténtico*, cualidad que, en la terminología tradicional, la tiene sólo el *documento público* y alguna veces, cumpliendo ciertos requisitos, también el *documento privado*. Volveré sobre el tema luego.

3.5.1.2.2. El documento

Es el medio de acreditación mediante el cual *se representa por escrito* la materialización de un pensamiento o la descripción de circunstancias de las que alguien cree conveniente dejar memoria. En ambos casos, la escritura puede ser hecha con signos corrientes o convencionales.

Ejemplos de documentos son todas las representaciones escritas que contienen declaración de voluntad y que no constan en instrumentos (*testamento ológrafo*, *facturas*, *recibos*, *presupuestos*, *promesas de pago*, *reconocimientos de derechos*, etcétera) y las *cartas privadas*, los *libros de comercio* que no son llevados conforme con la ley, etcétera.

Así concebido, el documento es siempre *privado* e *inauténtico* y, por ende, *no creíble*. Sin embargo, la credibilidad se logra con su *reconocimiento por la persona contra quien se opone*. Ya volveré sobre el tema.

3.5.1.2.3. El monumento

Es el medio de acreditación por el cual se representa la materialización de un pensamiento *mediante formas* o *figuras* a las cuales la ley o la costumbre les asigna un preciso significado.

Adviértase la diferencia con el instrumento y el documento: en tanto éstos siempre son escritos, el monumento puede no serlo y, generalmente, no lo es.

El mundo real –más allá del jurídico– muestra enorme número de monumentos con preciso significado para el común de los hombres: *alambrados, bordes, cercos, demarcaciones, límites de bosques, mojones, señales, surcos* y *zanjas*; *bosquejos, diagramas, dibujos, signos, precintos* y *tarjas*; *logotipos, marcas de fábrica*, y *marcas y señales de ganado*; *árboles genealógicos, señales de tránsito*, etcétera.

Parece obvio sostener que tan importante número de cosas para el desenvolvimiento de las relaciones humanas no puede quedar aprisionado dentro de la denominación tradicional del vocablo *documento*, que utiliza habitualmente la ley.

Baste con un solo dato para demostrar el aserto: el documento exige esencialmente la signatura del otorgante (¡menudo problema, aún sin solución, han creado en la doctrina el télex, el fax y el e-mail!). Y es tan difícil que un monumento pueda ostentarla...

3.5.1.2.4. El registro

Es el medio de acreditación por el cual se captan técnicamente expresiones del hombre o de la naturaleza en general y las apariencias mismas de las cosas, cuya materialización se hace de forma tal que puede ser perdurable y utilizable o reproducible a voluntad.

La vida actual nos muestra un sinfín de ejemplos del tema en cuestión: *copias en general*; *grabaciones y discos en general*; *electrocardiogramas*; *huellas de personas, animales y cosas*; *negativos fotográficos y fílmicos, fotografías y radiografías*; *registros de voces, de sonidos, de luminosidad, de electromagnetismo, de fotoquímica, de dactiloscopía*, etcétera.

Nada de ello es *escrito*. Por tanto, un registro no puede ostentar la categoría de instrumento ni la de documento. Y tampoco se materializa por medio de *formas o figuras*, por lo cual no puede ser monumento.

Como se ve, configura una categoría diferente y propia dentro de los medios de acreditación (nadie duda de que una fotografía algo acredita...) que hasta hoy no ha sido convenientemente legislada.

Si se estudia con detenimiento la mayoría de los códigos vigentes, se advertirá que ninguno de ellos se ocupa adecuadamente de este tema, que se incluye tácitamente dentro del rubro correspondiente a *documentos escritos*, cuya normativa es asaz insuficiente al respecto.

3.5.1.3. La mostración

El vocablo *mostración* es otro neologismo que implica la sustantivación del verbo *mostrar* (*exponer a la vista* o *dejar ver*) y que, en términos de *confirmación procesal*, refiere a lo que el juez *ve* cuando *reconoce* o hace *inspección* (judicial) de personas, lugares y cosas.

En este caso, parece claro que el juez, al reconocer o inspeccionar personalmente, realiza lo que la doctrina ha llamado *prueba directa* pues *percibe por sí mismo* (y no por medio de otra persona, cual lo hace en el testimonio, en la confesión o en el peritaje) los hechos a confirmar. En otras palabras: como el juez se convierte así en el propio sujeto de la confirmación, parece claro que en el resultado que se logra se confunde el *hecho a confirmar* con el *hecho confirmatorio*.

Esto ha preocupado severamente a los autores que han tratado en forma seria el tema, que hoy tiene relevancia notoria en el debate filosófico planteado entre el *solidarismo* y el *garantismo* procesal.

Es que quienes defienden a toda costa la irrestricta vigencia del principio de *imparcialidad judicial* buscan implementar pautas absolutamente objetivas de procesamiento y juzgamiento de los litigios y bregan por la existencia de jueces apegados al texto de la ley preexistente (y niegan que puedan apartarse de ella permanentemente haciendo juicio acerca de su justicia intrínseca), lo que permite no sólo hacer previsible el resultado final de todo litigio sino también tornar posible el control

de las partes sobre la actuación del juzgador durante toda la etapa de procesamiento (y, en particular, durante la producción de los medios confirmatorios).

Y resulta claro que es materialmente imposible ejercer ese control cuando el juez deja de ser propiamente tal para convertirse en el *sujeto de la confirmación*. Con el agregado de que, cuando ello ocurre, amén de que el juez puede ver –y aprehender– cosas diferentes de las que le muestran las partes (con lo que se convierte en buscador oficioso[34] de hechos a confirmar que, una vez establecidos, sirven como indicios), puede también fijar los hechos a resolver sin que en tal tarea exista el menor e indispensable control de los interesados.

El problema no es baladí. Por lo contrario, sigue siendo preocupante cuando opera en un régimen acusatorio o dispositivo en el cual el juez actúa como tal y no como parte procesal.

A pesar de todo, la doctrina continúa sosteniendo hasta hoy la excelencia de este medio de confirmación. Volveré luego sobre el tema.

3.5.1.4. La convicción

Castizamente, el vocablo *convicción* significa *seguridad de algo que parece lógico racionalmente*. Psicológicamente, es el *fenómeno interno que se produce en la mente del juzgador que posibilita la inclinación de su ánimo hacia la aceptación como probable de una afirmación* ("se convence de ella") *que no es comprobable ni acreditable*.

En otras palabras: se utiliza la convicción cuando hay ausencia de otros medios de mayor gradación en el campo de la confirmación. Es, por tanto, el menos importante de los todos los que he presentado hasta ahora.

Y es que la *convicción* –que se encuentra vinculada siempre con un régimen de *derecho libre* y que opera cabalmente en el *sistema inquisitivo*– se presenta como un medio confirmatorio *puramente subjetivo* que se aparta de la *objetividad manifiesta* propia de los medios de comprobación y de acreditación. De ahí su larvada peligrosidad.

[34] La voz *oficioso* viene de *oficio* que, en sentido amplio, significa cualquier actividad que constituye la profesión de alguien. Judicialmente, su contenido es más restringido: refiere desde antiguo a la potestad de los jueces para imponer un total esclarecimiento de los hechos que investigan en causas tanto penales cuanto civiles, como natural consecuencia del ejercicio de su propia autoridad y sin necesidad de instancia o requerimiento de parte interesada. La Iglesia calificó de *santo* al oficio judicial de defender la fe y perseguir y castigar la herejía. De allí la denominación del Tribunal de la Inquisición: el Santo Oficio.

No obstante eso y, además, ser extraños a los *sistemas acusatorios* que rigen en América Latina, los medios de convicción son los que más se usan en la tarea de confirmar procesalmente pues, a todo evento, permiten la reflexión indiciaria que puede generar una presunción *hominis*. Ya me referiré luego al tema.

Y es que si bien el juez (especialmente, el de lo penal) no debe sentenciar sólo a base de la confesión del interesado, si está convencido de su sinceridad, la tomará como un *indicio* que, al ser valorado con otros varios más en las condiciones que luego explicaré, permitirá fundar adecuadamente su pronunciamiento.

Los medios de convicción, finalmente y reiterando conceptos ya expresados *supra*, son los que el juez puede:

- *oír* (declaración de las partes procesales –*confesión* y *juramento*– y declaración de terceros que no son partes procesales –*peritaje de opinión, testimonio* y *fama pública*–);
- *ver* (documentos simples comprobados por testigos), y
- *razonar* (*indicios*).

Trataré a cada uno de ellos desde una óptica general. Más tarde, se verán en particular.

3.5.1.4.1. La confesión (en general)

En la doctrina que se ocupa habitualmente del tema, los autores prefieren hablar de *declaración de parte* y no de *confesión*, so capa de que es en aquélla donde se encuentra ésta. Sin embargo, a los fines procesales, la importancia está en el resultado que se obtiene: el reconocimiento de un hecho contrario a los intereses del declarante. De ahí que persista aquí en la denominación que desde siempre se ha dado a este medio.

Históricamente, el concepto de *confesión* se vincula con un sacramento religioso y consiste en la *declaración de los pecados cometidos que hace el penitente a su confesor*, con libertad de espíritu y sin coacción alguna.

Recuerde el lector la aparición del sistema inquisitivo en el siglo XII –como expresión de un poder espiritual actuando sistemáticamente– con ciertas órdenes mendicantes que hacían pesquisa por casi toda Europa en la búsqueda de herejes para lograr su *confesión* y el sincero arrepentimiento por el pecado cometido. Cuando ello se lograba, se lo absolvía y se perdonaban los pecados confesados, quedando así expedita su reinserción en el seno de la Iglesia. Hasta ese entonces, el tema poco interesaba al Derecho.

Cuando, andando el tiempo, 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 en los gobiernos seculares a quienes disputó el ejercicio del *poder*, aquella inocente *Inquisición* se convirtió en la *Inquisición medieval* o *Santa Inquisición* que, en sus inicios, tuvo a su cargo el juzgamiento de los delitos eclesiales (herejía, apostasía, sortilegio, adivinación, invocación a los demonios, cisma, sodomía, mancebía, solicitación, superstición, etcétera).

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

Terminando el siglo XV, el sistema se endureció notablemente en España, donde se instaló la conocida ahora como *Inquisición española*, que tomó a su cargo el juzgamiento de los delitos seglares que se originaron para sojuzgar[35] a judaizantes (marranos)[36], musulmanes, luteranos, etcétera.

Otra vez se buscó la *confesión* del imputado con el obvio fin de lograr una condena que posibilitara la expropiación de bienes. Y así, fue el medio preferido para *hallar la verdad* de una proposición cualquiera durante varios siglos...

[35] *Sojuzgar* es someter o dominar con violencia.

[36] La palabra *marrano* se utilizaba en la Baja Edad Media y en la Edad Moderna, para denominar al judío converso, español o portugués. No se sabe si la denominación proviene de una obvia alusión a ciertos tabúes alimenticios o si, con mayor crueldad, es simple extensión de la segunda acepción de dicha voz en lengua castellana: persona que tiene mala intención o carece de escrúpulos.

Por eso es que a nadie puede extrañar que las leyes procesales españolas comenzaran a legislar codificadamente 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 practicado.

Pero, además, se la privilegió frente a todos los demás *medios probatorios*. Tanto, que se la ungió como la *probatio probatissima*, de donde nace el antiguo refrán "*a confesión de parte, relevo de prueba...*"

Y aplicando este criterio, igual en lo civil que en lo penal, los jueces de todos los tiempos fundamentaron sus sentencias sólo en el *hecho de la confesión*, si ella había sido rendida en autos.

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.

A tal punto esto es cierto que hoy –y desde finales del siglo XX– se estudia a la confesión como un simple *medio de convicción*.

Con la imprescindible recordación de estos antecedentes, ya es hora de acotar ideas: la confesión judicial es *la declaración que hace una parte procesal en contra de su propio interés litigioso, aceptando extremos fácticos que lo perjudican de una u otra manera.*

Precisamente porque la lógica histórica enseña que, si ello ocurre, se debe a que el confesante –actuando de buena fe, cual lo haría en la confesión religiosa– acepta como exacta una verdad que alguien quiere imponerle, resulta obvio que lo confesado debe coincidir con esa verdad...

Sin embargo, la vida muestra ejemplos en lo cuales esa coincidencia no se presenta. Muchas veces –en rigor, más de las que podemos imaginar– un padre confiesa haber cometido el delito imputado a un hijo. Si bien se mira, ¡se trata de noble actitud fundada en el amor filial! Pero que, a la postre, proclama que lo confesado *puede no coincidir con la realidad...*

El problema no se detiene allí: la historia reciente muestra que en la época dorada de la mafia conocida como *cosa nostra*, había personas

que –por dinero– confesaban haber cometido los delitos imputados al *capo mafioso*. Y esto no se presenta como hecho noble y amoroso, sino como vil negocio.

Con tantos elementos que han generado enorme desconfianza en el tiempo hacia este medio de *suma prueba*, los procesalistas penales –que actúan en un campo en el cual tiene peso verdadero la confesión– han dejado de brindarle el valor de *medio de confirmación* para asignarle otro mucho más correcto funcionalmente: se trata de un verdadero *medio de defensa* que el interesado puede hacer valer a su exclusiva voluntad en el proceso.

Si bien ésta es la tónica actual –veinte años después– todavía sigue siendo incomprendido el problema por los procesalistas civiles, lo que ahora genera graves problemas de naturaleza constitucional.

En el pasado, toda declaración de parte (al igual que la de los testigos) se hacía bajo *juramento de decir verdad*. Y el pensamiento de la época era congruente con ella pues, castizamente, *jurar* es *prometer algo en forma solemne, poniendo a Dios por testigo*.

Tanto era así, que legalmente se tipificó el delito de *perjurio* (jurar en falso) –con lo cual se vedaba teóricamente la posibilidad de mentir en el proceso– que se despenalizó en la Argentina hace ya muchos años, acorde con el mandato constitucional que asegura que *nadie puede ser obligado a declarar en contra de sí mismo*.

Desde que ello ocurrió, dejó de cumplirse la práctica del juramento en forma previa a la declaración penal. Sin embargo, continuó siendo exigido en el proceso civil (en verdad, hasta el día de hoy, toda posición que debe ser absuelta en la prueba de confesión se redacta tontamente con la fórmula... *jure como es cierto que...*).

Pero como ya no existe el delito de perjurio, la mentira es fácil y sin consecuencias disvaliosas en el proceso de contenido pretensional civil. Y ahora nos quejamos –absurdamente– de que los pleitos se chicanean con la mentira constante del demandado impiadoso y nos enojamos porque esto ocurre...

Pero nos quejamos mal. Parece obvio que *si nadie está obligado a declarar en contra de sí mismo* y, en esta tónica, el *imputado penal puede abstenerse de declarar* sin que sufra efectos contrarios a su propio interés, es *absurdo*

y contrario al orden constitucional que se pueda exigir judicialmente que el demandado civil declare en contra de sí mismo y se le apliquen gravísimas consecuencias en caso de inasistencia a la respectiva audiencia o de silencio ante las posiciones o preguntas que se le formulan[37].

Y esto es así en todos los códigos del continente que siguen la impronta del derecho español en la materia penal. No ocurre lo mismo en los países que responden al sistema del *common law*. En ellos, nadie puede exigir en proceso penal la prueba de *absolución de posiciones* (provocación de la confesión) a su oponente.

Por el contrario, cada parte es libre de decidir si ha de declarar o no en el proceso. Nótese bien que, en tales condiciones, si la parte declara es porque espontáneamente así lo quiere. Insisto: nadie puede generar en su contra la carga de hacerlo.

Y por ello, *debe decir la verdad*, en serio y bajo juramento, pues a la postre se trata de un testimonio en causa propia. Obviamente, aquí la mentira se castiga con la pena del falso testimonio.

De ahí entonces que no debemos quejarnos de la mentira sino de comprender y aceptar que la ley admite –inconstitucionalmente– que pueda ser provocada una confesión convocando el juez a la parte procesal a una audiencia donde se le pide que declare en su contra, reconociendo hechos que le son adversos.

¿No habrá llegado ya la hora de terminar definitivamente con tanta incongruencia y adecuar por fin la ley procesal al texto de la Constitución?

3.5.1.4.2. El juramento

Es éste un medio de confirmación que, no obstante su glorioso pasado, se encuentra actualmente en desuso, salvo algunos casos excepcionales que sólo sirven para confirmar la regla. No obstante ello, en razón de que creo necesario que el lector comprenda cuál fue el exacto

[37] Adviértase que el alcance legal de la *prohibición de declarar en contra de sí mismo* es mayor en los países de América Latina que en los propios Estados Unidos, donde el mandato constitucional refiere sólo a la materia penal. De donde resulta que los discípulos han superado largamente al maestro...

carácter confirmatorio de este medio en orden al sistema en el cual se utilizó, daré precisa noticia de él.

Se entiende castizamente por *juramento* la *afirmación o negación de alguna cosa poniendo por testigo a Dios en sí mismo o en una de sus criaturas.*

Recurrentemente, la *Ley de Partidas*[38] lo definió como "*el averiguamiento que se hace nombrando a Dios o a alguna otra cosa santa sobre lo que alguno afirma o niega que es así*".

Del mismo modo, la doctrina lo consideró como la *invocación tácita o expresa del nombre de Dios –como verdad primera e infalible– poniéndolo por testigo de la certeza de lo que se declara*[39].

Y así presentado, el juramento es el más fuerte vínculo con el que puede ligarse un hombre creyente para decir la verdad, pues, de no cumplirlo, pone en riesgo la gloria y paz de su vida eterna.

El tema tuvo enorme trascendencia mientras la moral media de un lugar lo permitió en el pasado, máxime cuando no se veía al proceso como un medio pacífico de debate dialéctico sino como una deleznable forma de vejar al adversario a quien se demandaba y que oponía indebidamente una inaceptable resistencia[40].

A los efectos confirmatorios y apuntando a la decisión de un litigio, el juramento se clasificó en *decisorio* del *pleito*, *estimatorio* o *decisorio* en el *pleito* y *supletorio*.

[38] Ley 1, Tít. 11, Part. 3.

[39] Recordar la tradición toledana que encierra el bellísimo poema de José Zorrilla (Valladolid, 1817 - † Madrid, 1893), *A buen juez, mejor testigo* que, con enorme sentido musical, recrea la antigua leyenda toledana sobre el Cristo de la Vega. Puede ser leído en Internet, buscando por el nombre del autor.

[40] Conocido antiguamente como *juramento de calumnia*, es el que hacían en juicio tanto el actor como el demandado, el primero diciendo que no entablaba su pretensión, y el segundo, que no oponía su excepción por calumniar o vejar al adversario, sino por la confianza que tenían en la razón, derecho o justicia que les asistía.
También se lo conoció como *jura de mancuadra*, por la semejanza metafórica que debe tener con la mano, que es *cuadrada y acabada* y, como ésta se compone de cinco dedos, el juramento debe contener cinco requisitos: 1) que no se inicia maliciosamente la demanda o la defensa, sino para obtener o defender un derecho; 2) que siempre que sea preguntado acerca de los hechos litigiosos, dirá la verdad, sin mezcla de mentira, falsedad o engaño; 3) que no dio ni prometió, dará ni prometerá cosa alguna al juez o al escribano; 4) que no se valdrá de pruebas, testigos ni instrumentos falsos; 5) que no se pedirá plazo con el malicioso fin de prolongar el pleito.

1) El *juramento decisorio del pleito*

Es el que un actor defiere a su demandada, obligándose a pasar por lo que ésta jure, a fin de terminar así sus diferencias[41].

Y se llama *decisorio del pleito* por cuanto la parte que lo defiere consiente que su adversario sea el juez final de la causa y se aviene a cumplir lo que él afirme o declare.

2) El *juramento estimatorio* o *decisorio en el pleito*

Es el que, por falta de otra prueba, exige el juez al actor sobre el valor o estimación de la cosa que demanda, para determinar la cantidad en que ha de condenar al demandado.

3) El *juramento supletorio* o *necesario*

Es el que el juez manda oficiosamente hacer a cualquiera de las partes para completar una prueba que no le satisface en su resultado[42].

Como se ve, la materia pudo insertarse sólo en un medio histórico dominado por la creencia en Dios y la aceptación religiosa de la existencia de una vida posterior a la muerte que puede ser perdida por el mero hecho del perjurio. ¡Hoy sería imposible solucionar cualquier litigio por esta vía!

3.5.1.4.3. El peritaje de opinión (en general)

Denomínase *pericia* la habilidad y destreza en el conocimiento de una ciencia, técnica o arte, o en el desarrollo de una actividad, que tiene una persona denominada *perito* que actúa judicialmente haciendo informes (que se denominan *peritajes* o *peritaciones*) respecto de un tema litigioso para ilustrar al juez en su actividad de emitir la sentencia que debe resolverlo.

Ya se ha visto antes que el medio de confirmación denominado *comprobación* es conocido habitualmente en las leyes con el nombre de *prueba pericial, informe de peritos o prueba experticia*, la que no siempre ostenta en la realidad ese carácter absoluto que le otorga a su resultado el conocimiento científico actual.

[41] Ley 21, Tít. 11, Part. 3.

[42] Ley 2, Tít. 11, Part. 3. Con el tiempo, este juramento deferido por el juez fue suplantado por *las medidas para mejor proveer*. Como se ve, diferentes concepciones del proceso: primero, como *método*; luego, como *meta*.

Antes bien, sostuve que, al lado de este *peritaje que realmente prueba*, hay otros que sólo *reflejan una opinión de alguien que está o se presume que está calificado para darla.*

Expliqué también que en el primer supuesto –comprobación– el perito efectúa experimentos propios de su conocimiento sobre un tema técnico cuyo resultado produce un incontrovertible resultado *científico* que es y será siempre el mismo, no importando al efecto quién, cuándo o dónde se haga, si se respetan en todos los casos los parámetros brindados por la ciencia para su realización.

Aclaro ahora que hay otras –también llamadas equívocamente– *pericias* (de verdad, *peritajes*), en las cuales el *perito* no actúa en calidad de tal sino como una suerte de *testigo calificado* en razón de sus conocimientos (acerca de los cuales es interrogado judicialmente) y que produce o emite al finalizar su gestión una *simple opinión* acerca de cómo ocurrieron o hubieron de ocurrir los hechos sujetos a juzgamiento.

Claro está que, como aquí no se exige una comprobación de carácter científico, es posible –y de hecho así ocurre a diario– que varios peritos puedan llegar –y lleguen– a conclusiones diametralmente diferentes (en el muy conocido caso "Fratricelli"[43], por ejemplo, se produjeron cuatro informes periciales completamente diferentes en cuanto a la causa que produjo la muerte de la víctima).

Parece, entonces, que hay *peritos* y *peritos*. O, mejor aún, unos son más peritos que otros.

De ahí que resulta importante hacer la distinción académica presentada *supra*, aunque con ella no propicie por ahora lograr un cambio de denominaciones en las leyes.

De cualquier modo, ahora se comprende que hay peritos químicos, físicos, lumínicos, contables, etcétera, que actúan *comprobando*, y peritos médicos, mecánicos, armeros, fotógrafos, tasadores, etcétera, que actúan *opinando*[44].

[43] Sonado caso penal ocurrido en el sur de la Provincia de Santa Fe, Argentina, en el año de 2000.

[44] *Opinar* significa expresar una *opinión* que, a su turno, es concepto o parecer que se tiene acerca de una cuestión, de donde deviene *opinable:* que admite opiniones en contra y a favor.

Insisto con este último ejemplo: ¿puede haber algo más disímil que la opinión de varios tasadores respecto del valor real y actual de una fracción de campo que sirve en parte para agricultura y en parte para ganadería? ¿Cuáles son *las pautas objetivas* que se hacen valer en el caso? ¿Los precios obtenidos en operaciones recientes de venta de fracciones linderas? ¿Y si se fraguaron precisamente para amañar el resultado del peritaje?

La importancia del tema se advierte cuando se compara el diferente grado de poder confirmatorio que tiene cada uno de tales *peritajes.*

El de *comprobación* debe ser aceptado irremediablemente por el juez, claro que a salvo de las impugnaciones que puedan hacerse en su contra por no haber respetado las pautas científicas para su realización.

En cambio, el de *opinión* merece una cautela especial del juzgador: para su aceptación, debe hacer siempre un juicio de valor acerca de su contenido, de la idoneidad del perito y del resultado que propicia en función del tema a peritar.

Por cierto, tal resultado no vincula al juez –cual ocurre en la tarea de *comprobación*– y es a este tipo de peritaje que se refieren las leyes cuando, palabras más o menos, establecen que "...los jueces no están obligados a seguir el dictamen de los peritos y deben apreciar el mérito de la prueba según su propio criterio".

En otros términos: el juez acepta el peritaje si es *convincente.* Caso contrario, lo deja de lado.

De ahí que, insisto, se trata de un medio de *convicción* y no de *comprobación.*

Ya volveré nuevamente sobre el tema.

3.5.1.4.4. El testimonio (en general)

La palabra *testimonio* refiere a la declaración, afirmación o explicación que da una persona llamada *testigo* en el acto de *atestiguar o testimoniar* en juicio que le es ajeno[45] respecto:

[45] Sin perjuicio de lo que diré luego en el texto, hace a la esencia del testimonio que el que declara en calidad de testigo no sea parte en el proceso en el cual alguien intentará hacer valer su narración.

a) de hechos[46] ajenos que ha conocido o percibido por medio de alguno de sus sentidos (vista, oído, tacto, gusto y olfato), o

b) de hechos que ha realizado personalmente, o

c) del conocimiento que tiene de alguna persona, o

d) de lo que ha oído acerca de la fama que ostenta alguien. Me detendré luego en cada uno de estos supuestos.

La situación de *ajenidad* del testigo respecto del pleito en el cual declara tiene una precisa excepción: cuando una parte procesal se halla formada por varios sujetos y entre ellos existe una relación de *litisconsorcio*, el único medio que tiene cada uno de ellos de hacer declarar a los demás que se hallan en el mismo bando, es la vía del *testimonio*[47]. Y cuando esto ocurre, la *parte atestigua* sobre hechos propios o ajenos pero que, nótese bien, carecen de toda posibilidad de perjudicarla (que es la nota distintiva de la confesión).

La *declaración*, finalmente, puede ser *oral* (el testigo habla, el juez oye) o *escrita* (el testigo no habla sino que escribe; el juez no oye sino que lee). Si bien la primera de tales formas es la que se presenta habitualmente en el mundo judicial, hay casos en los que es menester soslayarla: si el testigo es mudo, por ejemplo, y si quien debe declarar está exento del *deber de comparecer* (ver *infra*, # 3.5.2.4, donde menciono a ciertos funcionarios públicos a quienes las leyes toleran que declaren por escrito y no verbalmente ante el juez).

Veamos ahora los distintos supuestos:

a) *Testimonio de hechos percibidos por el propio testigo*

En este caso, el testigo relata el conocimiento personal que tiene acerca

[46] La prueba del derecho no tiene sentido en un sistema en el que el derecho se presume conocido. A menos que sea la misma ley la que es objeto de discusión en su existencia o vigencia.

[47] Recuérdese que, doctrinalmente, la *declaración* sólo puede ser de una parte procesal (con la cual se logra eventualmente una *confesión*) o de un tercero no parte (verdadero *testimonio*).
Debe advertir también el lector que para que haya litisconsorcio debe darse –por lo menos– la identidad del hecho causal en común frente a todos los litisconsortes.
Repárese también en que, lógicamente, no puede existir una relación litisconsorcial en el supuesto de conexidad objetiva.
Si no se acepta la excepción que se muestra en el texto, resulta imposible que un litisconsorte pueda hacer declarar a un par.

de *hechos que han realizado otras personas* y que él ha captado por medio de alguno de sus sentidos[48].

La palabra *hechos* está utilizada en amplio sentido comprensivo muchas veces de la opinión que el testigo tenga acerca de tales hechos (por ejemplo, puede afirmar la condición de ebriedad o de manifiesta ira en la cual se hallaba cierta persona al momento de cometer un determinado hecho) pues resulta imposible separar adecuadamente el *hecho declarado* de la *opinión que el testigo tenga sobre ese hecho*[49].

Por eso, creo indispensable recordar que ya he referido *supra*, # 1 que el *testimonio de terceros* es un medio confirmatorio absolutamente relativo y, por ende, no seguro ni confiable[50].

Pregunté allí: ¿hay algo más cambiante y menos convincente que la declaración de un tercero procesal que muchas veces se muestra teñida de clara o de velada parcialidad? O, sin llegar a ello, ¿no está sujeta a un cúmulo de imponderables que resultan por completo ajenos al juzgador?

Para demostrar tal relatividad, recordé que en el año de 1880, el codificador procesal de Santa Fe, en la Argentina, legisló en norma todavía vigente: "La admisibilidad de la prueba testimonial no puede ser objeto de controversias. Los jueces deberán decretar *siempre* el examen de los testigos, sea cual fuere su opinión al respecto".

[48] La doctrina tradicional insiste en que el testigo haya percibido los hechos por su vista o su oído y en que los hechos sobre los que depone sean pasados. Esto es de manifiesta inexactitud y peca por defecto. El testigo pudo haber *gustado, olido* o *tocado*, por ejemplo, y ello escapa a la definición tradicional. Además, es obvio que puede declarar acerca de hechos que, aunque comenzados a ocurrir en el pasado, hoy siguen ocurriendo en el presente.

[49] De ahí la importancia de la valoración que el juez haga sobre ese testimonio, no dejándose influenciar por las opiniones propias del testigo...

[50] Si bien es muy antigua la confirmación testimonial, de hecho desapareció en la Edad Media al darse especial relevancia al juramento, al juicio de Dios y a las ordalías. Cuando reapareció en el mundo jurídico al caer aquéllas en desuso, comenzó a tener variadas restricciones respecto de la existencia y del valor de las obligaciones, como se advierte en numerosos ordenamientos históricos que culminaron con el contenido del art. 1341 del Código Civil francés, en tesitura que repite el art. 1193 del Código Civil argentino. En definitiva, una muestra más de la relatividad de este medio y de la desconfianza del legislador en su resultado.

Y recalqué: ¿qué decir de la tan fácilmente posible adulteración de documentos escritos o de registraciones fotográficas o visuales, de fotocopias, etcétera?

Finalmente, propuse al lector comparar los resultados definitivamente incontestables de una *comprobación*, por ejemplo, con el que arrojan cuatro testimoniales acerca de un mismo hecho: la experiencia judicial demuestra hasta el hartazgo que, aun si los testigos obran de buena fe, darán versiones distintas y, muchas veces, claramente antagónicas.

Y expliqué que ello es posible porque, además de que cada testigo *es él y sus propias circunstancias* (su salud, su cultura, su educación, su inteligencia, su agudeza mental y visual, su poder de observación, etcétera), resulta que un testigo puede ver un hecho desde un ángulo diferente al que ocupa otro para ver el mismo hecho exacto (esto es corriente en el ámbito judicial cuando –desde cuatro esquinas de una misma bocacalle, por ejemplo– cuatro personas presencian un accidente de tránsito. Interrogadas testimonialmente al respecto, presentarán siempre versiones que pueden ser muy diferentes y que –esto es importante de destacar– pueden ser *todas reales* aunque luzcan antagónicas. Y es que son *subjetivamente* reales, toda vez que en tanto uno vio el choque desde el norte, por ejemplo, otro lo observó desde el sur. Y parece obvio señalar que, en tales circunstancias, ambos testigos vieron de verdad cosas realmente diferentes.

Creo que ya está suficientemente demostrada la relatividad del testimonio en la tarea de confirmar procesalmente. Por eso mismo es que se estudia entre los *medios de convicción*: un testigo *convence o no* al juez de que está diciendo la verdad. Si lo hace, podrá fundar en sus dichos la sentencia.

Insisto, finalmente, en que la captación del hecho por parte del testigo puede ser realizada con los cinco sentidos. Así, puede atestiguar que ha visto una puesta de sol, oído un ruido determinado, tocado la aspereza de una tela, gustado una comida con demasiada sal y olido los efluvios de una sustancia nauseabunda.

La amplitud que en este sentido tiene un testigo no la posee un dador de fe pública, que sólo debe limitarse en su tarea a lo que puede ver y oír, según se acepta desde antaño.

b) *El testimonio de hechos realizados por el propio testigo*

En este caso, el testigo relata el conocimiento que tiene acerca de *hechos que ha realizado él mismo* y que tienen vinculación con el objeto de la pretensión discutida por las partes procesales.

El ejemplo clásico es el reconocimiento de un documento escrito o firmado por él y que puede tener trascendencia en el proceso en el cual declara[51]. Si bien se ve, el testigo declara acerca de un hecho propio, no de un hecho ajeno, cual lo hace en el caso anteriormente explicado.

c) *El testimonio de conocimiento de una persona*

En este caso, el testigo no relata hechos propios ni ajenos sino que expresa el saber directo que tiene acerca de una persona y de su identidad, condiciones, cualidades, etcétera.

El ejemplo clásico es el testigo de conocimiento que desde siempre utilizan los notarios para dar por acreditado que el desconocido que se le apersona es quien dice ser. Igual ocurre en el proceso y, muy habitualmente, en los llamados *actos de jurisdicción voluntaria* incoados para establecer, verbigracia, la identidad o el estado civil de alguien.

d) *El testimonio de oídas* (*"ex auditus"*)

En este caso, el testigo relata el conocimiento indirecto que tiene *de oídas* acerca de hechos que han realizado otras personas o de su fama pública o de un rumor sobre ella.

Aquí, el relato del testigo no versa sobre un hecho propio o ajeno que percibió directamente sino sobre lo que han dicho otras personas acerca de algo o de alguien.

Este supuesto incluye el caso particular del testimonio de oídas que versa sobre:

a) la *fama* de algo o alguien: consiste en el concepto generalizado que, a partir de un hecho de origen conocido, un medio social determinado tiene respecto de una persona o acontecimiento. Por cierto, la declaración puede confirmar la fama, no los hechos que la habrían generado;

[51] Cuando esto ocurre, el valor confirmatorio de tal documento es el mismo que merece al juez el testigo que lo reconoció.

b) el *rumor público* acerca de algo o alguien: se trata de un hecho indeterminado y vago, de origen habitualmente desconocido, que versa no sobre la existencia sino sobre la posibilidad de que haya existido.

Ambos pueden llegar a constituir verdaderos *indicios*, en los términos que explicaré en el número siguiente.

Basta por ahora para presentar el tema.

3.5.1.4.5. El indicio y la presunción (en general)

1) *El indicio*

Denomínase *indicio*[52] a un *hecho*[53] *conocido* (el *indiciario* o el *indicador*)[54] a partir del cual se razona –por inducción[55], deducción[56] o abducción[57] crítica– la existencia de un *hecho desconocido* (el *indicado*).

Constituye, por ende, un *medio de confirmación indirecto* que le permite al juez obtener el *resultado* de una *presunción*[58] que, a su turno, es el

[52] La palabra *indicio* proviene del latín *indicium*, derivación de *indicere*: indicar, hacer conocer algo.
[53] Se utiliza la palabra *hecho* en el lato sentido de *cualquier hecho:* humano o de la naturaleza, físico o psíquico, siempre que de él pueda obtenerse un argumento que sirva para aceptar razonadamente la existencia de otro hecho no confirmado.
[54] No importa al efecto el medio confirmatorio por el cual el juez lo conoce: un testimonio, una confesión, etcétera.
[55] Se entiende por *inducción* el método de razonamiento que consiste en partir del estudio y del análisis de datos particulares conocidos y avanzar lógicamente hasta alcanzar un principio general desconocido. Actualmente se expresa mejor diciendo que es la forma de inferencia que permite predecir la *regla* que vincula a ciertos *rasgos* (o características) que surgen de un *caso* determinado.
[56] Se entiende por *deducción* el método de razonamiento que consiste en partir de un principio general conocido y avanzar lógicamente hasta alcanzar una conclusión particular desconocida. Actualmente, se explica mejor el tema diciendo que es la inferencia que permite predecir los *rasgos* (o características) que aparecerán a partir de la aplicación de una *regla* a un *caso* determinado.
[57] El moderno termino *abducción* refiere a la forma de inferencia que permite identificar a un *caso* perteneciente a una *regla* a partir de ciertos *rasgos* (o características) determinados.
[58] La presunción nunca es *medio* de confirmación sino el *resultado* que se obtiene después de razonar a partir de la aceptación de hechos debidamente confirmados en la búsqueda de otros hechos que no lograron confirmación alguna.
Hablo aquí, por cierto, de la presunción *hominis* (o del hombre), no de la impuesta por el legislador.

juicio lógico que permite al juzgador tener como *cierto o probable* un hecho incierto después de razonar a partir de otro hecho cierto.

Para llegar a ese resultado, que bien puede ser fundamento definitivo de una sentencia judicial, el juez debe razonar desde la entidad misma del hecho indiciario o indicador, que puede ser *necesario* o *contingente*.

a) Un indicio es *necesario* cuando por sí solo e inexorablemente –y con independencia de cualquier otro medio de confirmación– permite aceptar la existencia del hecho indicado. Por ejemplo: si la experiencia indica que ningún animal irracional puede construir un edificio de hormigón, la construcción de una casa en un lugar dado permite colegir sin más que hubo allí presencia humana, pues sólo hombres pudieron hacerla. Del mismo modo, la experiencia indica que un embarazo no puede durar más de trescientos días, de donde puede colegirse que si el cónyuge de la madre murió antes de comenzar ese lapso, el hijo concebido no es matrimonial.

b) Un indicio es *contingente*, cuando exige la presencia de otros indicios –también contingentes– para posibilitar el resultado de la presunción que tendrá por confirmado al hecho indicado.

Siempre que las leyes autorizan la utilización de estos indicios contingentes, son particularmente severas en la determinación de cómo debe ser el razonamiento judicial que termine en presunción.

Y así, se exige que tal razonamiento vincule a indicios que sean:

- *ciertos* (es decir, hechos debidamente confirmados por otro medio cualquiera);
- *varios*[59] (deben ser por lo menos tres[60] para que el razonamiento tenga peso confirmatorio);
- *graves* (deben mostrar mucha entidad o importancia, no ser una cosa baladí);

[59] Aunque la palabra *vario* significa diferente, diverso o no igual o que está compuesto por una diversidad, cuando se usa en plural –varios– semánticamente equivale a *algunos* o *a unos cuantos*.
[60] Confieso que he pensado mucho para establecer este número, al que señalo como mínimo para poder obtener una presunción *hominis*. Y lo he elegido pues creo que con él se respetan los elementos necesarios para la operación lógica que conlleva, de la cual puede nacer la inducción, la deducción y la abducción (ver notas # 55, 56 y 57).

- *precisos* (deben ser necesarios o indispensables para el fin procurado), y
- *concordantes* (deben mostrar correspondencia o conformidad de un hecho con otro).

Este medio de confirmación ha tomado mayor auge en los últimos años, por imperio de la propia realidad que muestra el litigio habitual: la parte procesal que pretende declarar simulando a un documento que refleja cierto acto, difícilmente puede contar con un contradocumento[61] que le permita confirmar su afirmación; de donde se impone la confirmación indiciaria como único medio posible. La tenaz negativa de un presunto padre de someterse a los análisis de sangre que podrían comprobar su negada paternidad y la imposibilidad de extraer por la fuerza la respectiva muestra[62], exigen ocurrir al indicio emergente de su propia negativa, como invariablemente lo hacen nuestros tribunales desde hace ya bastante tiempo.

2) La *presunción*

Se entiende por *presumir* (de *præsumere*, conjeturar, sospechar, tener por cierto) la admisión de la certeza de una cosa sin que esté probada o sin que le conste a quien presume. En el derecho romano antiguo se empleó en el sentido de *creencia*, *suposición* u *opinión* y se relacionó el vocablo con el de *probare*, configurando el concepto de una hipótesis que se tiene por cierta mientras no se destruya con una prueba en contrario[63]. Si bien se mira, presumir es igual a *ausencia de necesidad de prueba*. Y ello tiene, obviamente, estrecha relación con las reglas de la carga de la prueba, de las cuales son claras excepciones *los hechos presumidos* (no hay carga de probarlos).

Recién en el derecho canónico aparecieron las verdaderas presunciones –las que no admiten prueba en contrario– y, al desarrollarse los estudios sobre la prueba judicial, se generalizó la tendencia de sustituir

[61] Es aquel mediante el cual las partes intervinientes en un documento anterior declaran que su contenido no es sincero.
[62] Esto, que creo es de toda obviedad, no lo es para la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia argentina, que recientemente privilegió la búsqueda de la identidad por sobre el de la intimidad de la propia persona de cuya identidad se duda.
[63] *Præsumptum est debet nisi contrarium approbatur.*

a *los indicios* por *las presunciones legales*, aceptando ahora la posibilidad de *prueba en contrario*.

De tal forma, el tema se estudia desde siempre con una triple óptica: *præsumptiones iuris et de iure* (presunciones absolutas o de pleno derecho), *præsumptiones iuris tantum* (presunciones relativas) y *præsumptiones facti* (presunciones emergentes del análisis de varios hechos indiciarios y que, obviamente, también son relativas)[64].

Actualmente, corresponde hacer una nueva sistematización: toda presunción admite un doble estudio: en cuanto a su origen y en cuanto a su valor.

Por el *origen*, puede ser *legal* (*præsumptio legis*), que está impuesta por el legislador y debe ser aplicada por el juez, y *humana* o *del hombre* (*præsumptio hominis*) que el juzgador establece a su voluntad después de trabajar con indicios en las condiciones que la ley los admite.

A su turno, y en cuanto a su valor, la *presunción legal* admite ser clasificada conforme con que admita o no prueba en contrario: la *presunción absoluta de pleno derecho* (*præsumptio juris et de jure*), que no admite medio confirmatorio alguno en contrario y que otorga *certeza* al juzgador, y la *presunción relativa* (*præsumptio juris tantum*) que admite confirmación en contrario y que, por tanto, genera *certeza* o *simple probabilidad* en el juzgador (por eso, un medio de *convicción*).

3.5.2. Los medios de confirmación en particular

Hasta aquí he efectuado una explicación sistemática del difícil tema relativo a la *confirmación procesal*, que permite comprender adecuadamente a cada uno de los medios respectivos y sus notas distintivas frente a todos los demás.

Sin perjuicio de ello, y para poder concluir el tema, me ocuparé seguidamente de cada uno de los medios confirmatorios en particular, haciendo exclusiva referencia a algunos de sus temas puntuales que preocupan a la doctrina o que repugnan al sistema normativo piramidal[65].

[64] Estos conceptos fueron incorporados al Código Napoleón y subsisten en el derecho moderno.
[65] Esta obra no es un *Tratado* que glosa norma positiva alguna, razón por la cual hay temas propios de cada legislación que no están aquí desarrollados. Me ocupo sólo de

Para ello, y a partir de ahora, hablaré de "prueba" (así, entre comillas, pues ya he dejado a salvo mi opinión acerca del verdadero significado del vocablo), en el mismo sentido que lo hace la mayoría de los autores y todas las legislaciones. No obstante, creo que la larga explicación que ha precedido a este capítulo posibilitará que nadie se confunda acerca de lo que estamos hablando.

A todo evento, haré precisa referencia a los que he llamado *medios de comprobación, acreditación, mostración y convicción*, pues no puedo renegar de, lo que estimo, es lo correcto sistémicamente.

3.5.2.1. La "prueba" de confesión (en particular)

Ya se ha visto *supra* que la confesión es el *resultado* que puede lograrse –o no– mediante la declaración de una de las partes del proceso y que contiene la aceptación que ella hace respecto de hechos propios o del conocimiento que tiene de ciertos hechos. En ambos supuestos, el resultado es contrario a su propio interés.

Esa declaración puede ser hecha en forma espontánea o provocada.

a) *La confesión espontánea*

Es el producto del libre sentir y voluntad del confesante, lo que explicará luego los diversos requisitos que se exigen respecto de ella.

b) *La confesión provocada*

Es el medio que las leyes que han adoptado el sistema inquisitivo como medio de enjuiciamiento imponen para que cada una de las partes procesales genere en su contraria la carga de declarar en juicio.

El tema será desarrollado *infra* con la denominación de *Absolución de posiciones* en el # 3.5.2.1.4.

En cualquiera de ambos casos (espontánea y provocada), la confesión puede ser judicial o extrajudicial.

1) *La confesión judicial*

Es la que se presta ante el propio juez que dirige el proceso y que eventualmente lo sentenciará.

los aspectos legales que se presentan como asistémicos con la idea de presentar al lector un verdadero sistema que permita armonizar cada institución con el concepto de *debido proceso*.

2) *La confesión extrajudicial*

Es la que se presta ante un juez diferente al que dirige el proceso y que eventualmente lo sentenciará.

Los autores discuten acerca del valor que ostenta este tipo de confesión. Luego explicaré el tema.

3.5.2.1.1. Los requisitos de la confesión[66]

Numerosos son los autores que se han ocupado de estudiar el tema relativo a la *prueba* judicial[67]. A mi juicio, quien mejor ha logrado sistematizarlo es el inolvidable maestro colombiano Hernando Devis

[66] El tema preocupa al legislador desde antiguo. Ya las *Partidas* (Ley 4, Tít. 13, Part. 3) regulaban sabiamente los requisitos de la confesión, mencionando a los siguientes: *major* (que provenga de quien es mayor de edad), *sponte* (que sea espontánea), *sciens* (que sea consciente), *contra se* (que sea contra sí mismo), *ubi jus fit et hostit certum* (que se haga ante juez competente y en presencia de la parte contraria o que conste en el proceso y se comunique a ésta), *litisque* (que se haga en juicio), *favor* (que favorezca a la contraria) y *jus neo natura repugnet* (que no vaya contra la naturaleza o contra la ley).

[67] Excepcionalmente hago aquí una cita de autores y obras, ya que su antigüedad y la falta de reedición de ellas hace que en la actualidad no se conozcan. Debe saber el lector que durante todo el siglo XIX fueron los civilistas quienes se ocuparon del tema y, así, pueden ser consultados los buenos tratadistas franceses (Aubry y Rau, Colin y Capitant, Josserand, Planiol y Ripert, Pothier, Toullier, etc.) y también los argentinos y chilenos de comienzos del siglo XX.

Sin perjuicio de ellos y de los muchísimos trabajos publicados sobre aspectos parciales del tema referido a la prueba durante todo el siglo XX, tanto en Argentina como en Colombia y México, los grandes *Tratados generales* sobre la prueba judicial son, a mi juicio: BENTHAM, *Tratado de la pruebas judiciales*, Ejea, Buenos Aires, 1959; BONNIER, *De las pruebas en derecho civil y penal*, Reus, Madrid, 1913; CARNELUTTI, *La prueba civil*, Arayú, Buenos Aires, 1955; CASTRO MENDES, *El concepto de prueba en el proceso civil*, Lisboa, 1961; DELLEPIANE, *Nueva teoría general de la prueba*, Temis, Bogotá, 1961; FLORIAN, *De las pruebas penales*, Temis, Bogotá, 1969; FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica de la prueba en materia criminal*, Temis, Bogotá, 1964; FURNO, *Contribución a la teoría de la prueba legal*, Cedam, Padova, 1940; GIULIANI, *El concepto de prueba*, Giuffrè, Milano, 1961; GORPHE, *De la apreciación de la prueba*, Ejea, Buenos Aires, 1955; KISCH, *Elementos probatorios de derecho procesal civil*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1940; LESSONA, *Teoría general de la prueba en el derecho civil*, Reus, Madrid, 1928; MITTERMAIER, *Tratado de la prueba en materia criminal*, Reus, 1959; PESCATORE, *Tratado sobre la prueba judicial*, Milán, 1852; PINA, *Tratado de las pruebas civiles*, México, 1942; SENTÍS MELENDO, *Teoría y práctica del proceso*, Buenos Aires, 1959; SILVA MELERO, *La prueba procesal*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.

Echandía, quien, en su conocida obra[68], analiza en tres grandes grupos los requisitos que hacen a la *existencia*, a la *validez* y a la *eficacia confirmatoria* de cada uno de los medios conocidos[69].

Veamos cada uno de ellos.

1) *Requisitos para la* existencia *de la confesión*

Son:

- debe ser *declaración de una parte procesal* originaria[70] o sucesiva[71];
- hecha *en persona* o por un tercero que esté expresamente autorizado para efectuar la confesión a nombre de la parte procesal;
- que, en forma *expresa* (no implícitamente)[72] y *terminante*,
- tenga como objeto *hechos personales del confesante* o el *conocimiento que él tiene acerca de hechos ajenos*
- y que, al aceptarlos, *sean favorables a la parte contraria.*
- Finalmente, debe ser *voluntaria*[73] y *consciente*[74], por encontrarse el declarante en condiciones de saber lo que hace y querer hacerlo. De tal modo, la declaración no debe ser el resultado de métodos violentos, artificiales u ocultos que destruyan la voluntariedad del acto[75].

2) *Requisitos para la* validez *de la confesión*

Son:

- el confesante debe tener –al momento de declarar– plena capacidad civil[76], salvo casos especiales previstos por la ley[77],
- y dar su declaración en las condiciones formales de modo, tiempo y lugar previstas por la ley.
- Además, no debe haber causal de nulidad general que también vicie el acto de la confesión.

3) *Requisitos para la* eficacia confirmatoria *de la confesión*

Son:

- que la confesión sea *idónea*[78] como medio de prueba del hecho confesado con relación al objeto del litigio[79] o que tenga *aptitud legal*[80] para confirmar ese hecho y
- *pertinente*[81] respecto de hechos *alegados por alguna de las partes* (re-

[68] Ver su *Teoría general de la prueba judicial*, Zavalía, Buenos Aires, 1970, 2 tomos.

[69] Advierta el lector que un medio de confirmación puede no *existir* como tal; que existiendo, puede no ser *válido*; y que siendo válido, puede carecer de *eficacia confirmatoria* (recuerde las dos líneas en las cuales debe laborar todo litigante durante el transcurso del periplo procedimental: la de *eficacia* y la de *eficiencia*). De ahí la importancia para el juez de comprender cabalmente el tema a fin de no incurrir en errores graves de valoración al momento de sentenciar.

[70] El actor, el demandado, el demandado por el reconviniente y el citado en garantía por el demandado que se opone a la citación.

[71] El tercero procesal que se convierte en parte.

[72] Ya explicaré luego la razón por la cual la ley no debe admitir la *confesión ficta*. La necesidad de que sea *expresa* quita entidad a la cuestión de si existe o no confesión en la formulación de preguntas al contrario.

[73] Significa que sea por propia voluntad y no por fuerza, error, ardid, obligación o necesidad.

[74] En el sentido castizo de que el declarante, en pleno uso de sus sentidos y facultades, tiene preciso conocimiento de lo que está haciendo y de las consecuencias que su declaración puede depararle.

Desde muy antiguo, se da a este concepto el nombre de *animus confitendi* (existencia en el declarante de *ánimo de confesar*), que la doctrina interpretó, desinterpretó y torció a voluntad hasta hacer de él algo inútil y olvidable. Tanto, que los autores ya lo obvian en sus estudios puntuales sobre el tema.

Sin embargo, habría que comenzar a trabajar nuevamente en la formulación de este requisito. Y precisamente ahora, cuando se ha puesto de moda –por parte de alguna prensa amarilla– el uso de *cámaras ocultas* cuyas filmaciones son mal utilizadas luego por los jueces al darles un valor confirmatorio del que carecen por completo. Se trata, así de simple, de una aplicación más de la teoría del *fruto del árbol envenenado* que convierte en ilícito a todo medio no producido en condiciones de absoluta regularidad legal.

[75] En general, su resultado no debe ostentar ninguno de los conocidos como *vicios de la voluntad*.

[76] Es decir, la *legitimatio ad processum* que le permite obligarse por sí mismo en el proceso.

[77] No pueden ser sujetos activos de la confesión en la Argentina: los incapaces de hecho del Código Civil, los fallidos y concursados respecto de los hechos relativos a los bienes de los cuales fueron desapoderados, los inhabilitados a los que refiere el art. 152 del Código Civil y los penados (Código Penal, 12).

[78] Es decir, adecuada y con las condiciones necesarias para lograr un resultado.

[79] Se trata de que la ley acepte la posibilidad de confesar un hecho determinado. A veces, alguna norma prohíbe este medio: en el anterior régimen de divorcio no vincular vigente en la Argentina, por ejemplo, estaba vedado el reconocimiento de los hechos que constituían causal divorcista y, por ende, la confesión respecto de ellos carecía de todo valor.

[80] Cuando el litigio versa sobre cuestión de orden público –por ejemplo, pretensión de nulidad de matrimonio– la confesión no es aceptada por la ley como medio de prueba directa para acreditar el hecho en discusión.

[81] Ver el concepto de *pertinencia* en el # 3.6.1.3.

cuérdese que el juez no debe introducir oficiosamente hechos al litigio) y que, además,

- deben ser *metafísica*[82], *física*[83] y *jurídicamente*[84] *posibles* y
- no estar en contradicción con las *máximas generales de la experiencia*[85] del propio juzgador
- ni con otro medio de confirmación que brinde adecuada convicción al juzgador[86].
- Además, debe tener *causa y objeto lícitos*, y
- no ser *dolosa* ni *fraudulenta*,
- y ser hecha ante *juez*[87] en proceso ya iniciado o en diligencias previas cuando ello está autorizado en la ley.

3.5.2.1.2. La retractación de la confesión

En principio, y como corresponde a la seriedad que debe ostentar todo acto procedimental, las leyes ordenan, en general, que la confesión es *irreversible*[88] o *preclusiva* e *irretractable*[89] y que, así, produce sus efectos desde el momento mismo en el cual se realiza.

Sin embargo, el buen sentido jurídico hace que deba permitirse legalmente que el confesante impugne su propia confesión por haber en la declaración:

1) *error de hecho* propio o

[82] Que no se opongan al principio lógico de contradicción.

[83] Que no se opongan a las leyes constantes de la naturaleza.

[84] Que no se opongan a una presunción legal absoluta o al efecto de caso juzgado en su contra.

[85] Mucho se ha escrito sobre el tema, no sólo para definirlo sino también para saber si son o no materia de prueba cuando se trata de las que utiliza un testigo o un perito. Acá empleo el vocablo en el antiguo sentido doctrinal de "reglas hipotéticas de contenido general que sirven para la deducción de un hecho desconocido a partir de un hecho conocido".

[86] Por cierto, en normativa que no otorgue a la confesión el carácter de suma prueba.

[87] Se discute doctrinalmente acerca de si es menester que el juez sea competente. Yo evité su mención entre los requisitos detallados en el texto pues no la considero relevante.

[88] No puede ser retirada.

[89] No puede ser retractada, es decir que el confesante no puede desdecirse de lo ya confesado.

2) *ardid* o *dolo* de la parte contraria o de terceros utilizado para lograr la confesión o

3) uso de *violencia* física, psicológica o moral contra el confesante o sus allegados en la obtención de la confesión.

Y esto puede hacerlo el confesante retractando o revocando su confesión o provocando la declaración de nulidad del respectivo acto[90].

3.5.2.1.3. La valoración judicial de la confesión

Desde antiguo se otorga a la confesión la máxima calidad probatoria del hecho confesado, respecto del cual se releva todo otro medio confirmatorio[91].

De allí que muchas leyes vigentes normen textualmente que *la confesión judicial hace plena prueba contra el confesante*, salvo algunas circunstancias[92] que ya se han visto en la enunciación de los requisitos de la confesión:

1) que recaiga sobre hechos cuya investigación o reconocimiento prohíbe la ley;

2) que comprometa derechos irrenunciables o intransigibles;

3) que sea hecha por quien carece de capacidad para realizar los hechos sobre los que versa y

4) que se acredite de modo indudable que ha sido resultado de un error.

De cualquier modo, resta aún explicar que, al momento de efectuar la valoración de la confesión, el juez debe tener en cuenta el total de los dichos del confesante cuando hace alguna *aclaración*, *explicación*, *adición* o *modificación* al hecho confesado.

Como muchas confesiones muestran esta modalidad, es importante saber qué debe hacer el juez cuando está frente a ellas.

Esto genera una nueva e importante clasificación de la confesión en *simple*, *calificada* o *cualificada*, *compleja* y *compuesta*.

[90] Según la posición que cada autor adopte frente a la naturaleza jurídica de la confesión, propone el uso de cada uno de los vocablos expuestos en el texto.

[91] Un antiguo refrán español dice que "*...a confesión de parte, relevo de toda otra prueba*".

[92] A veces, están expresamente previstas en la ley.

Las explico:

1) *Confesión simple*

En este tipo de confesión, el declarante se limita a confesar el hecho que lo perjudica. Por ejemplo, dice: *sí, recibí de Juan la suma de cien pesos en calidad de mutuo y el plazo para devolverlo está vencido* (por tanto, *le debo*).

2) *Confesión cualificada* o *calificada*

En este tipo de confesión, el declarante confiesa el hecho pero le asigna una naturaleza jurídica diferente a la causa obligacional esgrimida por quien dice ser su acreedor. Por ejemplo, dice: *sí, recibí de Juan la suma de cien pesos, pero no en calidad de préstamo sino de donación* (por tanto, *no le debo*).

3) *Confesión compleja*

En este tipo de confesión, el declarante confiesa el hecho y la causa jurídica de la obligación alegada por el acreedor, pero le añade alguna circunstancia relevante para poder resistir a su cumplimiento. Por ejemplo, dice: *sí, recibí de Juan la suma de cien pesos en calidad de mutuo, pero aún no está vencido el plazo que me otorgó para devolverlo* (por tanto, *hoy no le debo*).

4) *Confesión compuesta*

En este tipo de confesión, el declarante confiesa el hecho (igual que en la simple) pero lo vincula con otro hecho separado y diferente a raíz de lo cual favorece la resistencia al cumplimiento de lo pretendido. Por ejemplo, dice: *sí, recibí de Juan la suma de cien pesos en calidad de mutuo y el plazo para devolverlo está vencido. Pero él me debe a mí una cantidad superior de dinero en calidad de honorarios por un servicio profesional que le brindé en su momento* (por tanto, *compenso las deudas hasta la cantidad menor*).

Como es obvio, todas las circunstancias son diferentes y merecen otras tantas soluciones.

Nada obsta a que el juez acepte sin más y con pleno valor de *prueba* o de simple elemento de convicción (si hablamos de confirmación procesal) el primer caso de confesión *simple*.

Pero en los demás supuestos hay que analizar si el hecho –tal cual fue confesado– es *divisible* (o *escindible*) o *indivisible* (o *inescindible*).

A) *Confesión divisible*

Quienes aceptan esta solución valorativa, sostienen que la declaración de la parte hace plena prueba en cuanto al hecho confesado en lo que es desfavorable para ella y que no deben tenerse en cuenta las circunstancias que adicionó, por lo que sólo cabe que el mismo confesante salga a probarlas por sus propios medios y en la oportunidad que fuere. Por tanto, se acepta sin más la confesión de la deuda sin importar si hay afirmaciones que hacen que aquélla sea *calificada* o *compleja*.

Por supuesto, esto no es razonable pues va contra toda lógica y sentido de justicia.

Sin embargo, es tesis correcta cuando la confesión es *compuesta* ya que hace a la adecuada convivencia que nadie pueda imponer por la fuerza una solución propia a un conflicto de convivencia. De tal modo, si el confesante aspira a compensar las deudas en el ejemplo recién dado, habrá de proponer su propia demanda y lograr en el proceso que se incoe la declaración judicial de su derecho.

B) *Confesión indivisible*

En tesis obviamente contraria, se entiende que la declaración de la parte debe ser valorada en su conjunto, tanto en lo favorable como en lo desfavorable. De donde resulta que no puede considerarse como confesión cuando ella ha sido calificada o compleja[93].

3.5.2.1.4. La absolución de posiciones

Es el medio procedimental que tiene una parte procesal para lograr la declaración en juicio de su contraria y beneficiarse eventualmente con una confesión de ella.

La *confesión* concebida como *medio de prueba*[94] es institución típica del método inquisitivo de enjuiciamiento y, por ello, divorciada del sistema constitucional que asegura la garantía del *debido proceso* que debe presentarse sólo como *acusatorio* o *dispositivo*.

[93] Actualmente, hay códigos que refieren al caso. Por ejemplo, el de Santa Fe, Argentina, en su art. 167: "La confesión es indivisible, a menos que el interesado produzca prueba concluyente de la inexistencia de los hechos con que haya sido calificada o aquélla tuviera en su contra una presunción legal o fuera de todo punto inverosímil".

[94] En lo civil, esta prueba se logra por medio de la *absolución de posiciones*; en lo penal, por la vía de la *declaración indagatoria*.

Han sido los procesalistas penales –que no los procesalistas civiles– quienes descubrieron ese desfase y, con mucho esfuerzo doctrinal, han logrado revertir ese estado de cosas: ahora, aun en algunos países que continúan ejercitando el sistema inquisitivo, la declaración de la parte procesal es *derecho y no carga* de ella. Por tanto, nadie puede provocarla.

En otras palabras: al igual que lo que ocurre en el sistema acusatorio, el interesado *declara si quiere* y, por ende, su silencio no puede generar siquiera indicio en su contra[95].

Pero en materia de pleitos sobre pretensiones no penales, el problema continúa.

Advierta el lector, en primer término, que la Constitución Nacional garantiza expresamente que *nadie puede ser obligado a declarar en contra de sí mismo.*

Para la total comprensión del problema que aquí muestro, he de decir que es obvio que, dado el tiempo en el cual se sancionó tal Constitución, la voz *obligado* allí utilizada ostenta un contenido con mayores connotaciones que las que pueden ser extraídas de su significado técnico de *constreñir una conducta* haciendo fuerza sobre personas o cosas para lograrla. Así, es comprensiva también de las ideas que encierran los conceptos de *deber* (su incumplimiento genera una sanción) y de *carga* (la inactividad genera efectos contrarios al interés del incumpliente).

De allí que la regla de que *nadie pueda ser obligado...* implica que no haya constricción ni sanción ni aplicación de apercibimiento alguno por incumplimiento de deber, obligación o carga.

He recordado esto, pues la *citación para absolver posiciones*[96] que se hace a una parte en proceso en el cual se controvierte una pretensión no penal se efectúa siempre con el expreso apercibimiento de tenerla

[95] Es interesante acotar cómo desconocen algunos jueces estas elementales reglas de juzgamiento: en sonado y mediático caso penal abierto en la ciudad de Buenos Aires sobre fines del año 2002, el magistrado actuante se quejaba acerbamente ante numerosos medios periodísticos –que, por supuesto, cohonestaron el lamento– de que el *imputado se había abstenido de declarar*, infiriendo de ello que *no deseaba colaborar con la Justicia* porque, seguramente, *tendría algo que ocultar...* ¡Parece mentira que hayamos perdido hasta ese punto las reglas que deben regir a la República!

[96] Esto ocurre sin excepciones en todos los códigos de América Latina.

por confesa –a tenor de las posiciones redactadas y presentadas por su contrario– a quien no concurra sin justa causa a la audiencia señalada al efecto.

De la misma forma –y si el aceptar declarar o negarse a ello es innegable *derecho de la parte* y no obligación, deber o carga– se fuerza inconstitucionalmente la declaración del absolvente con la sanción que los códigos le imponen a su silencio en la audiencia respectiva: tenerlo por confeso acerca de todos los hechos contenidos en el respectivo pliego de posiciones[97-98].

En otras palabras: citada una parte procesal para declarar en juicio por la vía del medio de la *absolución de posiciones*, pierde automáticamente la garantía constitucional de que no puede ser *obligado a hacerlo.*

En efecto: si no concurre a la audiencia, *no sólo declara sino que también confiesa* todos los hechos adversos que haya imaginado su contradictor. Y si concurre pero se abstiene voluntariamente de declarar –utilizando al efecto la misma garantía constitucional recién mentada– ocurre algo idéntico: *no sólo declara sino que también confiesa...* ¿No le parece al lector que esto es definitivamente absurdo y reñido con la estructura piramidal de la legislación de una República?

Creo que el tema no merece más tiempo y dedicación de los que le hemos prestado. Por eso es que me abstendré de hacer las menciones habituales en las obras generales acerca de las posiciones y de lo que a ellas concierne.

No obstante, añadiré algo que deliberadamente he dejado para el final: desde los tiempos antiguos –en rigor, desde que se perdió el método de enjuiciamiento que logró la civilidad al ser suplantado por el que inventó una de las formas de barbarie que sufrió y sufre aún la humanidad– la declaración de la parte procesal se hace *bajo juramento de decir verdad*[99].

[97] Se trata de una plica que presenta el ponente de la prueba y que contiene claras afirmaciones para que sean respondidas por el absolvente en el acto de su declaración, utilizando al efecto un simple *si* o *no* para dar la respuesta.

[98] Algunos legisladores, afortunadamente, han advertido el problema. Y, así, permiten que el juez releve al absolvente de responder a preguntas ilícitas, que afectan el honor del absolvente o que tienden a enjuiciarlo penalmente.

[99] La fórmula habitual tendría que ser: decir la verdad, sólo la verdad y nada más que

He aquí un absurdo más: para el creyente, ello significa colocarlo exactamente entre la espada y la pared: si dice la verdad, pierde el pleito: si dice una mentira, pierde su alma...

Esto fue advertido –otra vez– por los penalistas: el delito de *perjurio*[100] desapareció del código penal argentino a poco de comenzado el siglo XX. Por tanto no es delito mentir en juicio.

Sin embargo, y maguer la garantía constitucional y la inexistencia del perjurio, las leyes procedimentales –siempre divorciadas de la realidad legislativa– siguen exigiendo el consabido juramento de rigor en la redacción de cada posición[101] que se formula en juicio.

3.5.2.2. La "prueba" de documentos (en particular)

Ya sostuve *supra*, al explicar en general los diferentes medios confirmatorios, que existe una marcada anarquía conceptual en la casi totalidad de los códigos que se ocupan del tema.

En la Argentina, casi todo lo relativo a los *documentos en general* y aun a su valor confirmatorio está contenido en el Código Civil.

De tal forma, al ocuparse del tema, los códigos procesales se limitan a regular aspectos puramente procedimentales[102] respecto de toda suerte de documentos (propios de las partes o de terceros, públicos o privados).

Por ello, la explicación que sigue deberá conjugar diferentes ordenamientos que deben complementarse recíprocamente.

3.5.2.2.1. Los requisitos de la prueba documental

Tal como lo hice antes respecto de la confesión –y respetando la misma fuente– analizaré a continuación los que hacen a la existencia, a la validez y a la eficacia probatoria de este medio de confirmación[103].

la verdad. Todo lo expuesto en el texto ocurre en la *Ley de Enjuiciamiento Civil* española, arts. 579 y 586, a mi entender, en clara pugna con la norma contenida en el art. 24, 3, de la Constitución.

[100] Se tipifica cuando se miente en declaración judicial.

[101] La fórmula habitual es la siguiente: "Jure cómo es cierto que..."

[102] Por ejemplo, su exhibición en juicio y sanciones por no hacerlo, su compulsa y expedición de copias, su reconocimiento por partes y terceros, la oportunidad para presentarlos al juicio, etc.

[103] Ver el texto de la nota # 69.

1) *Los requisitos de* existencia *del documento*

Son:

- que tenga *aptitud representativa*[104] de un hecho o de un concepto o de una idea cualquiera,
- que esté realizado por un *acto humano*
- y tenga *significación propia* y *entidad confirmatoria.*

Notará el lector que, contrariamente a la fuente que inspira la elaboración de este tema, no menciono a la *firma* del emisor como requisito de existencia.

Sucede que las leyes en general mencionan promiscuamente con el nombre de *documentos* a los que *supra* presenté como *instrumentos, documentos, monumentos* y *registros.* Y resulta obvio que no todos ellos requieren de firma para su existencia (por ejemplo, un mojón).

Por lo demás, el tema de la discusión doctrinal está circunscrito desde hace mucho tiempo a los *documentos privados* (un billete de papel moneda, por ejemplo, no contiene firma original alguna). Y la realidad actual demuestra que cabe repensar con seriedad la normativa que exige imprescindiblemente la firma del emisor. Si así no se hace, quedarán para siempre fuera de toda protección jurídica los millones de contratos que, por ejemplo, se realizan diariamente por la vía del télex, del fax y del *e-mail.*

Finalmente: cuando se trata de instrumento escrito que naturalmente exige la firma, es obvio que –aquí sí– se trata de un requisito que hace a su existencia como tal.

2) *Los requisitos de* validez *del documento*

Son:

- que se haya elaborado *voluntariamente*[105],
- con las *formalidades legales*[106] y llevado al proceso en forma *legítima*, con las formalidades de modo, tiempo y lugar exigidos por la ley;
- y, tratándose de *copias*, que se hayan cumplido los requisitos exigidos para su *legítima expedición.*

[104] Es lo que sirve o tiene capacidad para *representar*: describir, dar imagen.

[105] No por fuerza, dolo, coacción o en estado de inconsciencia.

[106] Cuando ello es exigido.

3) *Los requisitos de* eficacia *del documento*

Son:

- que su contenido sea *convincente* y
- no haya otro medio confirmatorio válido en *su contra*[107];
- que llegue al proceso sin *violación de la reserva o del secreto* que la ley le haya impuesto a su emisor o a su tenedor
- y *completo*[108], *sin alteraciones*[109], *mutilaciones*[110], *tachaduras*[111] o *enmiendas*[112] sin salvar[113] adecuadamente de puño y letra del emisor o con la misma máquina con la cual se emitió
- y que, en su caso, se haya hecho el *registro* (público) que exija la ley.
- Finalmente: cuando se encuentra emitido en el extranjero, que se cumplan todos los requisitos exigidos para su elaboración y autenticidad.

3.5.2.2.2. El valor confirmatorio del documento

Históricamente, el documento escrito es un medio de *prueba* muy posterior e inferior a la confesión (recuérdese su calidad de *probatio probatissima*) y al testimonio de terceros. De ahí que, hasta la actualidad, a contrapelo de la historia y no obstante estar ello reñido con la lógica, mantiene una entidad *probatoria* menor en numerosos códigos vigentes.

Sin embargo, en el mundo que no ató su destino judicial al sistema inquisitivo –en realidad, mucho antes de que éste apareciera con el rigor perverso impuesto a fines del siglo XV– se adoptó la escritura para redactar notas[114] a fin de rescatar la memoria de lo anotado en un futuro eventual.

[107] La referencia es obvia: un instrumento o la confesión.
[108] Es decir, que esté entero y con todas sus partes.
[109] No debe tener cambios que afecten su forma o su esencia.
[110] Es un corte o eliminación que afecta la integridad del documento.
[111] Es una raya o conjunto de rayas hechas sobre algo escrito para taparlo o para indicar que no vale; tachón.
[112] Es la corrección de errores.
[113] Es dejar a salvo una corrección.
[114] En latín, *noto-notis* significa escribir, trazar caracteres de escritura. De allí viene el origen de la palabra *notarii* (notario): simple escriba –por lo común, un esclavo– que escribía con abreviaturas las actas que les dictaban los interesados. También en Roma apareció el *tabularium*, archivo público llevado por el *tabularius*: contador, cajero o

En la actualidad, cuando la doctrina se maneja diferenciando adecuadamente a los instrumentos, los documentos, los monumentos y los registros, no cabe hablar con propiedad del *valor probatorio* de todo ello.

Por tal razón, algunos códigos[115] más modernos que los que rigen en la Argentina[116], por ejemplo, han dejado de preestablecer el *valor probatorio* de los diferentes medios, dejando que el libre y prudente arbitrio del juez opte por alguno de ellos en cada caso.

En otras palabras: la ley no asigna un determinado valor que el juez debe respetar a todo trance. De tal modo, todos los medios de confirmación se convierten en simples *medios de convicción*, con los enormes peligros que ello puede llevar aparejado.

Ya se verá luego que la asignación de un cierto valor a cada medio en particular es, precisamente, lo que se llama *tasación de la prueba*[117] y que ello implica varias cosas: en primer lugar, asegurarse el legislador de que se cumplirá la norma primaria por él dictada y que, así, el juez no podrá emplear métodos interpretativos referentes al medio de debate basados en su exclusiva preferencia personal. En segundo término, permitir que los ciudadanos puedan cuidar adecuadamente de sus intereses, dejando por escrito lo que crean conveniente a fin de guardar debida memoria de lo actuado y de evitar eventuales discusiones futuras

tenedor de libros. Recién en el último período de la legislación romana se creó el medio para dar autenticidad a los documentos escritos: se depositaban en poder del magistrado –tanto en Roma como en Constantinopla– y, de tal forma, su veracidad se ponía fuera de toda controversia. Si bien se mira, esto ocurre hasta hoy para dar fecha cierta a un escrito...
[115] El código de Colombia establece en su art. 187: "*Apreciación de las pruebas*. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba".
A su turno, y en la misma tónica, el del Perú dispone en su art. 197: "*Valoración de la prueba*. Todos los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión".
[116] Pero todos se igualan en la adopción de su sistema de enjuiciamiento.
[117] Adelanto, por ahora, que eso significa que es el legislador –y no el juez– quien establece, con carácter previo y general para todos los litigios, el valor que al momento de sentenciar ha de tener cada uno de los posibles medios de confirmación. Por ejemplo, en España, LEC, arts. 580 y 598.

acerca de lo que ocurrió en el pasado, con la certeza de que el juez que procese y sentencie el litigio no podrá variar a voluntad las reglas del juego[118] que los interesados guardaron estrictamente durante el desarrollo del proceso.

Parece obvio destacar que en el cambiante mundo actual corresponde inclinarse del lado del legislador y no en el del juez. De tal manera, éste tendrá que respetar el significado probatorio del documento público sin que pueda alterarlo por vía de algunos de los medios conocidos de convicción.

Esta tesitura interpretativa condice, por lo demás y en la Argentina, con lo que legisla al respecto la normativa de fondo, pues, por respeto y necesidad de mantener la gradación de las leyes en un país de raíz federal, la norma de carácter nacional debe prevalecer por sobre las normas provinciales contenidas en los códigos procesales.

De tal forma, el *instrumento* (*documento público*) tiene definitivo valor probatorio acerca de los hechos que el funcionario dador de fe afirma como cumplidos por él mismo o por los propios interesados realizados en su presencia. Y ello hasta tanto el respectivo instrumento sea declarado falso[119].

Diferente valor tienen las aseveraciones que los interesados expresan ante el dador de fe: ellas valen hasta la simple prueba en contrario por cualquiera de los legitimados para hacerlo[120].

[118] Cual lo hacían los magistrados anteriores a la Revolución Francesa y como lo efectúan hoy muchos jueces argentinos que hacen gala de un ilegítimo e inusual *decisionismo*, para desesperación de los litigantes que carecen de toda posibilidad de prever los resultados de una sentencia.

[119] El Código Civil, art. 993 expresa que "El instrumento público hace plena fe hasta que sea argüido de falso, por acción civil o criminal, de la existencia material de los hechos que el oficial público hubiera anunciado como cumplidos por él mismo o que han pasado en su presencia".
A su turno, el art. 994 dice que "Los instrumentos públicos hacen plena fe no sólo entre las partes, sino contra terceros en cuanto al hecho de haberse ejecutado el acto, de las convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos, etcétera, contenidos en ellos".
Finalmente, el art. 995 dice que "Los instrumentos públicos hacen plena fe de las enunciaciones de hechos o actos jurídicos directamente relativos al acto jurídico que forma el objeto principal, no sólo entre las partes sino también respecto de terceros".

[120] Dice el Código Civil, en nota al art. 993: "Se habla de los hechos que por su oficio debe conocer el oficial público en el acto de extender el instrumento; pero si un escribano, por ejemplo, dice que las partes o el que otorga el acto estaba en su pleno juicio, esta aserción no hace plena fe y admite prueba en contra".
Y añade la nota al art. 994 que la norma refiere "...a aquellas cosas de que el oficial público ha adquirido certidumbre por sí mismo y que tenga misión de comprobar".

Por lo contrario, los *documentos* (*documentos privados* o *simples documentos*) que requieren ser reconocidos por sus firmantes tienen distinto valor "probatorio" según sea quien los firme: si la parte procesal, importa un reconocimiento equiparado a la confesión.

3.5.2.3. La "prueba" de peritos (o *peritaje*)[121] (en particular)

Ya se ha visto el tema en el # 3.5.1.1. (al presentar el relativo al medio de *comprobación* o *prueba científica propiamente dicha*) y en el # 3.5.1.4.3. (al explicar el medio de *convicción* que he denominado *peritaje de opinión*).

Habrá advertido allí el lector –luego de comparar ambos textos– cuántas sensibles diferencias existen entre un peritaje *científico* y uno de *opinión*. Tantas, que resultan inconfundibles por ser, definitivamente, cosas diferentes:

a) en el primero –*el científico*– hay y habrá siempre un único resultado en la comprobación que haga uno cualquiera o todos los *peritos*;

b) en el segundo –*el de opinión*– en cambio, pueden haber tantas opiniones –y, además, discordancias– cuantos peritos opinen.

De ahí que insisto recurrentemente en la necesidad de no seguir mencionándolos con la misma palabra, ya equívoca por multívoca[122].

Esa equivocidad ha permitido la antigua y permanente confusión de los autores al tratar de *diferenciar a un testigo de un perito*[123] y posibilitó

[121] Reitero que en lenguaje forense es corriente oír que el perito produce *pericias*, vocablo que debe ser sustituido por la palabra *peritaje*. En efecto: *pericia* es la *habilidad y destreza en el conocimiento de una ciencia o el desarrollo de una actividad* mientas que *peritaje* o *peritación* es *el trabajo o estudio que hace un perito*.

[122] Para llegar a esta afirmación es que dividí la explicación del tema en dos ópticas: *general* (al principio de este punto) y *particular* (en tratamiento actual) respecto de cada uno de los medios de confirmación. Creo que ahora, el problema puede ser captado en su real dimensión y mejor comprendido por el lector. Ojalá sea así.

[123] La comparación puede hacerse, claro está, entre el testigo y el perito de opinión, jamás con el perito comprobador de hechos científicos.

el demérito confirmatorio que, sin excepción, han dado los códigos que regulan al peritaje –y para toda suerte de ellos– como un *medio de prueba.*

De allí que el tratamiento legislativo del tema sea siempre asaz confuso: se mezcla *un perito en determinación de grupos sanguíneos* o *en fuerza de gravedad* con un *perito tasador de inmuebles* o *un perito calígrafo*, y a todos se les aplica idéntica solución[124].

De ahí que toda esa legislación sirva sólo para lo que aquí he denominado *perito de opinión.* Con esta salvedad, veamos algunos de los distintos problemas que plantea el tratamiento del tema en particular.

1) *La diferencia entre un perito técnico y un testigo técnico*[125]

Para quien está desprevenido, podría resultar –de lo que llevo dicho– que el perito de opinión es un simple testigo. Pero no es así:

a) como se vio en el # 3.5.1.4.4., el testigo relata siempre hechos que percibió o conoció por medio de sus sentidos (en otras palabras: el testigo, por ejemplo, vio u oyó el hecho sobre el cual depone) y, si es un técnico, respecto de lo que vio u oyó pero pudiendo dar las calificaciones o explicaciones del caso que enriquecerán eventualmente su testimonio;

b) en cambio, el perito estudia hechos o lugares, personas y cosas que las propias partes le presentan precisamente para eso.

2) *La recusación a los peritos*

La designación de un perito, en general, puede ser hecha directamente por cada parte (se denomina *perito de parte*) o por ambas, estando de

[124] Por ejemplo, el CPC de Santa Fe –en norma reiterada en todas partes– establece en su art. 199 que "El juez no estará obligado a seguir el dictamen pericial y deberá apreciar el mérito de la prueba según su criterio".
Más modernamente, pero con igual criterio, el CPC de la Nación establece en su art. 477 que "La fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el juez teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los consultores técnicos o los letrados [...] y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca".
Similarmente, la LEC española, art. 632: "Los jueces y los tribunales apreciarán la prueba pericial según las reglas de la sana crítica, sin estar obligados a sujetarse al dictamen de los peritos".

[125] Desde antiguo, existe la tendencia doctrinal de equipararlos. Ya en Roma se hablaba de *testis simples* y de *testis peritus.*

acuerdo al efecto (es un *perito común* de las partes) o, en su defecto, designado por el juez en forma directa o por sorteo entre los inscritos en una lista elaborada para el caso (es un *perito judicial* o *perito tercero*).

Por obvias razones, deben tener diferente tratamiento en cuanto a la posibilidad recusatoria de las partes. Las veremos a continuación:

a) El *perito judicial* debe ser recusable por las mismas causas que las leyes acuerdan desde antaño para recusar a los jueces[126]. Y ello, por cuanto –al igual que el juzgador– el perito judicial debe ostentar sus mismas cualidades: ser impartial, imparcial e independiente.

b) El *perito común* también debe ser recusable, sólo que por causas nacidas o conocidas por el recusante con posterioridad a su designación. La solución es lógica e inatacable: si una parte procesal designó a alguien como perito es porque no tenía o no le conocía causal de recusación (caso contrario, no lo hubiera designado).

c) El *perito de parte* no pasa de ser un simple *consultor* o *delegado técnico*[127] o *veedor-control* del peritaje realizado por el *perito común* o por el *perito judicial.* Como es simple de imaginar, este *perito de parte* no actúa como verdadero tercero imparcial o indiferente frente al objeto por el cual las partes litigan, toda vez que su naturaleza jurídica es la de un *simple mandatario de la parte que lo designó.* De ahí que deba acatar sus instrucciones y de ahí también la importancia que ostenta como control de la confección del peritaje.

Por eso es que no cabe jamás su recusación que, de ser aceptada, implicaría una suerte de recusación a la propia parte, cosa inimaginable.

Esto, que tan claro se ve cuando actúa un único perito judicial, no lo es tanto cuando el peritaje se encarga a *tres* personas: una designada por cada una de las partes en litigio y la otra por el juez. Pero es indudable que aquí cabe repetir lo recién señalado: el perito designado por una de las partes sin el acuerdo de la otra es y será siempre *perito de parte* y, como tal, mandatario de ella[128].

[126] Sin perjuicio de ello hay que añadir una más a las causales conocidas: la que se basa en la impericia o inidoneidad del perito, particularmente cuando no se exige título oficial para desempeñar el cargo.

[127] Ésa es la denominación que le dan los códigos actuales.

[128] Ocurre lo mismo en el arbitraje sometido a la decisión de tres árbitros designados de la misma forma: uno por cada parte y el tercero nombrado por ellos o por

3.5.2.3.1. Los requisitos de la prueba de peritos

Reiterando el esquema expositivo empleado en páginas anteriores, trataré seguidamente los requisitos que hacen a la existencia, a la validez y a la eficacia de este medio de confirmación.

1) *Los requisitos de* existencia *del peritaje*

Son:

- debe ser un *acto* realizado *personalmente*[129] en un *proceso*[130] y a consecuencia de un *encargo judicial*[131],
- cumplido por un *tercero*[132]
- y debe versar sobre *hechos*[133].

2) *Los requisitos de* validez *del peritaje*

Son:

- el encargo judicial de su realización debe ser *conforme con la ley*
- y no existir *prohibición* de practicarlo;
- el perito debe ser persona civilmente *capaz*,
- haber tomado *debida posesión del cargo*[134]
- y realizado el peritaje en forma *consciente, libre de coacción, dolo, violencia, cohecho o seducción*,
- sin haber utilizado *medios ilegítimos o ilícitos* para el desempeño del cargo
- y haber *realizado personalmente* (no por otra persona) los estudios básicos que posibiliten la emisión de su dictamen,
- presentado o expuesto finalmente ante el juez con las *formalidades del caso* en cuanto a tiempo, modo o lugar.
- Además, no debe existir *causal general de nulidad* que vicie también el peritaje y,

persona diferente de las partes. ¿Puede alguien dudar de la naturaleza jurídica de estos peritos designados unilateralmente?

[129] El cargo no es delegable.

[130] No hay pericia extraprocesal que sirva en un litigio.

[131] No puede ser espontáneo, como el testimonio.

[132] El *perito*, que es *no parte*.

[133] No sobre el *derecho*, que no puede ser objeto de peritación.

[134] Lo que implica haberlo aceptado, prestado juramento de fiel desempeño cuando la ley lo exige y sido puesto en posesión por el funcionario con competencia al efecto.

- cuando son varios los peritos, la *deliberación debe ser hecha en forma conjunta*, con explicación de lo deliberado en la ocasión[135].

3) *Los requisitos de* eficacia *de la pericia*

Son:

- debe ser *conducente* respecto del hecho a confirmar y, éste, *pertinente* con el objeto de la controversia;
- el *perito debe ser idóneo* en la materia sobre la cual perita
- y haber hecho su dictamen con suficiente y explicada *motivación*,
- con conclusiones *claras, asertivas, firmes* (no dubitativas) *y que guarden coherencia* lógica con los fundamentos
- y que sean *convincentes* y no aparezcan como *improbables, absurdas o imposibles*
- y acerca de hechos que *no sean jurídicamente imposibles*[136],
- sin *exceder los límites del encargo judicial*[137]
- ni haberse hecho el estudio previo al dictamen *sin conocimiento y participación de todos los interesados* en el resultado[138] (lo que significa que no puede existir violación del derecho de defensa de las partes);
- no debe existir *motivo serio que haga dudar* de su imparcialidad, desinterés y sinceridad,
- ni otro medio confirmatorio convincente que *desvirtúe el dictamen o lo haga dudoso o incierto*,
- ni prueba alguna acerca de una objeción imputada por existir *error grave, dolo, cohecho o seducción* en el peritaje,
- ni declaración judicial de *falsedad del dictamen*,
- ni violación por el perito de la *reserva legal* o *del secreto profesional* que ampare a las personas, cosas o lugares que sirvieron de estudio para fundamentar el dictamen.

[135] El requisito es de la mayor importancia pues hace a la esencia del peritaje múltiple que exista una efectiva deliberación y no una simple sumatoria de opiniones.

[136] Por existir presunción de derecho o efecto de caso juzgado en contrario.

[137] El perito no puede realizar la actividad propia del juez, de ahí que no deba hacer calificaciones jurídicas o establecer los efectos jurídicos de los hechos que verifiquen en el peritaje, etcétera.

[138] Ésta es la simple razón por la cual un peritaje, ordenado y realizado en la etapa de sumario previa a la de juicio en el proceso penal inquisitorial, carece de toda fuerza confirmatoria en contra del imputado.

- Debe ser *presentado o expuesto oportuna y formalmente*
- y no haber *rectificación o retractación del perito* acerca de sus conclusiones.

3.5.2.4. La "prueba" de testigos (en particular)

Ya he adelantado el tema en el punto # 3.5.1.4.4., al explicar lo relativo al testimonio en general como un medio de confirmación que produce convicción en el juzgador.

Toca ahora ocuparse de la persona y de los deberes y derechos del testigo.

1) *La persona del testigo*

Ya se ha visto que, desde los tiempos antiguos, se han presentado grandes resquemores contra el testigo y su testimonio.

Por ello, tratando de reducirlos en lo posible, desde antes de la Ley de Partidas se legisló acabadamente acerca de la persona del testigo y de todo lo relativo a él, estableciéndose los requisitos necesarios para lograr una declaración con suficiente entidad convictiva. A ese efecto, las leyes hicieron prolijo detalle de las causales de inhabilidad para testimoniar y de las de tacha acerca del resultado de lo atestiguado.

Con el tiempo, y ya en la modernidad, todo eso sufrió importante mengua y muchas de las exigencias se echaron al olvido. Sin embargo, sigue con total vigencia el antiguo mandato legal: para ser testigo se necesita suficiente edad[139], plena capacidad de conocimiento[140], absoluta probidad[141] y cabal imparcialidad[142].

[139] Para actuar en calidad de testigo procesal, se exige siempre un mínimo de edad que, variable en las diferentes legislaciones, ronda casi siempre en la de catorce años (exigencia que viene de la Ley 9, Tít. 16, Part. 1). Sin embargo, es habitual que la ley permita la declaración de menores de esa edad, sólo que sin estar sujetos a la prestación de juramento ni a eventuales sanciones por el incumplimiento de cualquiera de sus deberes como testigo (ver mención expresa en LEC española, art. 647: "...no se exigirá juramento a los menores de catorce años"). Y esto es correcto. Frente a ello se dirá ¿para qué sirve un testigo en tales condiciones? Creo que para mucho. Por de pronto, es imprescindible oír a los menores de cualquier edad en los pleitos en los cuales se discute el discernimiento de su tenencia. O en el que se litiga acerca de la extensión del daño producido por un cuasidelito en el cual el menor es víctima. Del mismo modo, en el de divorcio de los padres, si él desea declarar y, en general, en cualquier pleito sobre cuestiones de familia donde pueda estar involucrado.

Veamos ahora cuáles son:

2) *Los deberes del testigo*

Todo testigo está sujeto al cumplimiento de tres deberes de diferente contenido: el de comparecer, el de declarar y el de decir la verdad en la declaración. Los explico seguidamente.

a) *El deber de comparecer*

A raíz de él, el testigo debidamente citado al efecto ha de comparecer ante el juez que lo citó sin poder excusarse a voluntad, pues el comparendo constituye una *carga pública*[143]. Si no comparece sin causa justificada, se constriñe su comparendo[144].

Sin perjuicio de ellos, están exceptuados del cumplimiento de este deber:

A) por *imposibilidad de comparecer*, los enfermos o personas de avanzada edad que justifiquen adecuadamente que no pueden desplazarse sino con enorme esfuerzo. En tales casos, se los interroga en su propio domicilio en audiencia convocada al efecto y con la presencia de los funcionarios del caso y de las partes procesales a las que puede afectar la declaración;

B) por *privilegio especial*: las personas que, desde tiempo antiguo, gozan de la prebenda de no comparecer a declarar por virtud de dispensa

[140] La palabra se usa en el sentido de *capacidad de comprensión*, tal como luego la menciono. Por ello, desde siempre, no pueden ser testigos por falta de conocimiento el loco, el fatuo, el ebrio o embriagado, etcétera.

[141] Que significa respeto por los valores morales, rectitud de ánimo e integridad y honradez en la forma de actuar. De donde deriva el *deber de decir la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad* en la respectiva declaración, tal como expresa habitualmente la exigencia impuesta en el acto de prestar juramento. En la antigua legislación hispánica se negaba la aptitud de testimoniar a muchísimas personas: ver Part. 3, Tít. 16.

[142] La imparcialidad –entendida como *neutralidad* (ni uno ni otro)– hace a la esencia del testimonio. De acá deriva otro de los requisitos que hacen a la esencia de la eficacia del testimonio como medio de convicción y que mencionaré *infra*.

[143] Antiguamente se la denominaba *carga concejil* o *carga de república*. Consiste en el oficio que deben servir o el servicio que deben prestar por su turno todos los vecinos de un pueblo, menos los que están exceptuados de ellos por un privilegio o por imposibilidad física o moral para desempeñarlo.

[144] Recuérdese que se trata de un deber cuyo incumplimiento es sancionable. En numerosos códigos se dispone que quien no comparece sin causa adecuada puede ser conducido por la fuerza pública hasta el lugar en el cual debe declarar. De verdad, esto no se compadece con la naturaleza del *deber* sino con la de la *obligación*.

hecha por la misma ley procesal y, en su lugar, permiten que lo hagan por escrito en su propio domicilio.

Como todo privilegio, resulta irritante para el hombre de la calle, máxime cuando la tendencia de los últimos años es aumentar indiscriminadamente el número de exceptuados de este deber[145].

Por supuesto, la excepción del deber de comparecer no impide la declaración: sólo que ella se hace por escrito, en el propio despacho del funcionario privilegiado, sin el control inmediato de las partes, a quienes se les veda saber si consultó apuntes (prohibido a los testigos corrientes) o si contó con asesoramiento letrado (ídem), etcétera. ¿Se advierte en qué medida se vulnera el derecho de defensa de las partes en homenaje a la comodidad de algunos funcionarios?

b) *El deber de declarar* o *atestiguar*

Comparecido el testigo ante el juez, debe declarar acerca de lo que le

[145] Como muestra de la veracidad de esta afirmación, recuerdo que en los años '40, el código argentino que mayor número de excepciones normaba se concretaba a mencionar al presidente de la Nación, a los gobernadores de provincias y sus ministros; los miembros de las cámaras legislativas nacionales o provinciales y de los tribunales de justicia, los jueces letrados; los prelados eclesiásticos; los militares de la Nación desde el grado de coronel inclusive y los intendentes municipales. El CPC de la Nación, en la versión actual de su art. 455, derivó la confección de la nómina de exceptuados a la reglamentación de la Corte Suprema, que lo hizo en fecha 20-12-67 incluyendo a: "presidente y vicepresidente de la Nación; ministros y secretarios del poder ejecutivo; subsecretarios de los ministerios y secretarías de estado; gobernadores y vicegobernadores de provincias; ministros y secretarios del poder ejecutivo de las provincias; legisladores nacionales y provinciales; magistrados de la justicia nacional y provincial y funcionarios judiciales asimilados a esa calidad; obispos y prelados; procurador del tesoro; fiscales de Estado; embajadores, ministros plenipotenciarios y cónsules generales; rectores y decanos de las universidades nacionales; presidentes de bancos oficiales, nacionales y provinciales; presidentes, administradores, directores, gerentes o titulares de cargos equivalentes que importen la representación legal de entidades autárquicas y empresarias del Estado, nacionales y provinciales; jefes y subjefes de la policía federal y de las provincias; directores de los institutos penales de la Nación y de las provincias; jefes de reparticiones de la administración pública, nacional, provincial y comunal que, en atención al buen servicio de la función que desempeñan no deban, a juicio del juez y según las circunstancias del caso, comparecer personalmente a declarar como testigos".

¿No cree el lector que son demasiados? Salvo el resignado hombre de a pie que sufre diariamente el país, ¿queda alguien para ir a declarar al Tribunal? ¿No se advierte el mal que esto produce en la sociedad toda y, particularmente, en la extensísima duración de los litigios?

pregunten las partes[146]. En caso de no hacerlo, en algunos códigos se constriñe su declaración, con lo cual se le quita el carácter de *deber* al que estamos estudiando[147].

Su deposición debe hacerse a tenor de las preguntas[148] que les formulen las partes en litigio[149].

Sin embargo, hay excepciones a este deber que el testigo debe hacer valer en la oportunidad de su declaración: cuando la respuesta que debe dar a una pregunta puede comprometer su honor o exponerlo a enjuiciamiento penal o a revelar un secreto científico, militar, artístico, industrial o profesional[150].

c) *El deber de decir verdad*

Comparecido el testigo y colocado ya en posición de declarar, debe ahora decir la verdad acerca de lo que es interrogado. Para asegurar

[146] En el sistema inquisitivo, por cierto que absurdamente, quien pregunta es el propio juez y lo hace a su voluntad. ¿Dónde queda su *ajenidad*?

[147] En numerosos códigos se dispone que si el testigo no declara se lo arresta hasta que lo haga o declare que no lo hará. En este supuesto, se lo somete a la justicia penal pues el art. 243 del Código Penal establece: "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".

[148] Obviamente, las preguntas deben ser claras y no contener o involucrar una respuesta ni términos estrictamente técnicos salvo que se dirijan a un experto.

[149] Para ello hay una técnica que varía en los diversos sistemas. Dentro del régimen inquisitivo, quien pregunta es el juez, con facultades de *eliminar* o de *reformular* las preguntas de las partes. Sin perjuicio de ello, el sistema insiste en su perversión: el oferente del testigo ha de presentar su interrogatorio con cierta antelación y hacer en la audiencia sólo las preguntas que allí se contengan. Terminada la declaración, el mismo oferente puede hacer *ampliaciones* de su interrogatorio pero limitado al tenor de las preguntas originales o de las respuestas dadas a ellas por el testigo. Luego de esto, la parte contraria a la que lo ofreció puede *repreguntar* libremente lo que quiera. De donde el lector debe advertir que hay *preguntas, ampliaciones de preguntas* y *repreguntas*.

En esa tónica, ver LEC española, art. 652: "...También podrá el juez [...] pedir al testigo cuantas explicaciones crea convenientes para el esclarecimiento de los hechos acerca de los cuales hubiese sido examinado".

En el sistema acusatorio, el juez no interroga para no asumir el papel de una parte procesal en homenaje a la imparcialidad que debe guardar permanentemente. En dicho sistema, imperante en los países del *common law*, hay una *examination* y una *cross examination*, correspondiente a nuestras *preguntas* y *repreguntas*, que se hacen sin limitaciones de ningún tipo.

[150] Los primeros se explican por sí solos. El último alcanza a los abogados, procuradores, médicos, parteras, farmacéuticos, psicólogos y sacerdotes de cualquier credo.

ello, desde antiguo la ley le exige prestar solemne juramento de que así lo hará[151] e identificarse[152] y responder adecuadamente a una serie de preguntas cuyas respuestas sirven para conocer el grado de imparcialidad del testigo[153].

3) *Los derechos del testigo*

Si bien el acto del comparendo al tribunal para prestar declaración constituye una carga pública, no resulta razonable que el mismo testigo sea quien deba asumir personalmente los gastos de transporte y manutención cuando debe declarar en lugar diferente al de su domicilio.

Previendo esta situación, muchos códigos –que no todos– establecen la posibilidad de que el testigo reclame ante el juez una suerte de indemnización o pago de viático suficiente para abonar los gastos del caso. Algunos más detallistas, exigen que la parte oferente del testimonio deposite con antelación en el Tribunal la suma judicialmente estimada al efecto.

[151] Algún codificador no creyente y, a más, desconocedor de la antigua importancia espiritual del juramento, lo hizo fungible con una simple *promesa de decir verdad* que, por cierto, carece de las implicaciones propias de aquél. Otros, finalmente, hicieron jurar *por la Patria, por el Honor*, etcétera (recuérdese que *jurar* es *poner a Dios como testigo* (ver el # 3.5.1.4.2.).

[152] La adecuada identificación sirve, entre otras cosas, para saber si el testigo es hábil para serlo o no en un determinado litigio, toda vez que hay personas que no pueden atestiguar en juicio. Aunque el dato es contingente, pues varía de código a código, pueden citarse como ejemplos: el cónyuge de la parte, aunque esté divorciado de ella, los parientes consanguíneos y afines dentro de ciertos grados, los tutores, los curadores, etcétera, salvo que sean agentes o testigos instrumentales de un acto jurídico y la declaración verse sobre éste y cuando se atestigua sobre su nacimiento, matrimonio, divorcio o defunción de los miembros de su familia.

[153] Estas preguntas se conocen con el nombre de *generales de la ley* e intentan averiguar la existencia en el testigo de tachas señaladas por la ley. La denominación de *generales* se opone a la de *especiales* o *útiles*. Las primeras son las que se preguntan a todos (la generalidad de) los testigos (de ahí su denominación) en tanto que las segundas conciernen al punto en controversia y varían de pleito a pleito. Las *generales* se reducen a saber si el testigo conoce a las partes que litigan; si tiene noticia del pleito; si es pariente por consanguinidad o afinidad de alguna de tales partes y, en su caso, en qué grado; si es amigo íntimo o enemigo con resentimiento; si tiene interés en la causa; si desea que gane algún litigante aunque no tenga razón y, en su caso, cuál; si fue sobornado o intimidado para que mienta u oculte la verdad; y si está pronto a decirla aunque se halle en alguna de estas circunstancias.

Por supuesto, y dada la naturaleza de carga pública ya mencionada, el *viático*[154] es eso mismo y no otra cosa (indemnización por lucro cesante, por ejemplo).

3.5.2.4.1. LOS REQUISITOS DE LA PRUEBA DE TESTIGOS

Reiterando el esquema expositivo empleado en páginas anteriores, trataré los requisitos que hacen a la existencia, a la validez y a la eficacia de este medio de confirmación.

1) *Los requisitos de* existencia *del testimonio*

Son:

- que debe ser *declaración personal* de un *tercero* (no parte[155]) en un *proceso*,
- que tenga significación confirmatoria y
- que verse acerca de *hechos* acaecidos con antelación o comenzados a acaecer antes de la declaración, aunque sigan ocurriendo al tiempo de realizarse ella,
- y que hayan sido percibidos o conocidos por el declarante a través de sus sentidos.

2) *Los requisitos de* validez *del testimonio*

Son:

- el *ofrecimiento* del medio por *parte legitimada* al efecto (nunca por el juez) y la *admisión* y *ordenación* del testimonio por el juez en legal forma,
- y su *recepción* por funcionario hábil a ese efecto;
- la *capacidad procesal* del testigo[156]
- y su *habilidad* o *aptitud física, moral* e *intelectual* para el caso concreto;
- el testimonio debe ser un acto *consciente, libre de coacción*,
- precedido por la prestación de *juramento*[157] en legal forma

[154] Etimológicamente, es el dinero que se le da a una persona que se va de viaje para que pueda abonar sus gastos.

[155] Salvo caso de litisconsorcio. Ver nota # 45.

[156] Ver la nota # 139.

[157] Como dato de extrema curiosidad histórica, vale la pena ver en la Partida 3ª, Título 11, la fórmula precisa con la cual se tomaba juramento a cristianos (ley 19), judíos (ley 20) y moros (ley 21). Hoy sería impensable hacer algo parecido.

- y cumplir las *formalidades procesales* de tiempo, modo y lugar que establece la ley para efectuar la declaración;
- además, no debe haber *motivos generales de nulidad* del proceso que puedan afectar la validez del testimonio
- ni *prohibición legal* para la recepción del testimonio particular[158] o del testimonio en general para ese proceso,
- y debe contar con *adecuado control* de la parte contraria de quien ofreció la testimonial[159].

3) *Los requisitos de* eficacia *del testimonio*

Son:

- el medio debe ser *conducente* y *pertinente* con el hecho a probar
- y *útil* para generar convicción en el juzgador;
- el testigo debe haber contado con plena *capacidad mental* al momento de la percepción de los hechos acerca de los cuales depone, y no haber tenido perturbaciones psicológicas o de otro orden que –aun cuando no alcancen a producir incapacidad mental– puedan afectar la veracidad o la fidelidad del testimonio,
- y tener una *capacidad memorativa* normal de acuerdo con la antigüedad de los hechos sobre los cuales atestigua,
- sin que existan circunstancias objetivas o subjetivas que puedan haber *alterado la fidelidad de esa percepción o de su memoria*,
- y no padecer de *falta total o parcial* o de *defectos del órgano de percepción* que debió utilizar para tomar conocimiento del hecho;

[158] V. gr.: violación del secreto profesional.

[159] El tema es de rigurosa actualidad. Corriendo a contrapelo de la doctrina consagrada por la ley procesal, algunos jueces aceptan y –más grave aún– hacen mérito de declaraciones de testigos que ocultan su identidad y, con ello, incriminan penalmente a alguien, lo procesan y lo detienen. Como puede apreciarse fácilmente, hemos vuelto en pleno siglo XXI, a la mejor época de la Inquisición española: recuerde el lector que allí el reo ignoraba quién lo acusaba, *quiénes eran los testigos de cargo* y, a veces, de qué se lo acusaba. Toda la historia del pensamiento político procesal gira alrededor de la idea de brindar adecuado derecho de defensa en juicio al acusado penal o demandado civil. La culminación de esa historia puede verse en los Pactos internacionales que exigen el efectivo control de la pretensión deducida en juicio y de los medios de confirmación que la sustentan. La Argentina ha ratificado esos Pactos, tal como es de pública notoriedad. ¿Por qué no se cumplen? ¿Cómo es que nadie dice algo al respecto?

- el relato debe ser hecho refiriendo a hechos que no deben aparecer *inverosímiles* o *imposibles*,
- o estar en *contradicción con las reglas generales de la experiencia*,
- y las respuestas deben ser *claras*[160] y *seguras*, y *precisas* las afirmaciones,
- que deben contar con el respaldo de la *razón de los dichos*[161] de modo tal que el *conocimiento* del testigo esté *de acuerdo con esa razón del dicho*,
- y sin exceder el objeto propio del testimonio
- ni violar una reserva o secreto profesional
- y no parecer seriamente *improbable la ocurrencia del hecho* en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que el testigo expone;
- además, debe haber ausencia tanto de *interés personal o familiar* del testigo en el litigio en el cual se discute el hecho objeto del testimonio como de antecedentes de perjurio, falso testimonio o deshonestidad del testigo; del mismo modo, no debe haberse acreditado incidentalmente en el proceso el dolo del testigo o la falsedad de su testimonio;
- no debe existir efecto de *caso juzgado* ni *presunción de derecho* en contrario a lo declarado;
- cuando son varios los testigos, es menester que no existan entre ellos *graves contradicciones*, debiendo preferir el juez al que goce de mayor credibilidad;
- si se trata de una declaración trasladada desde otro proceso entre las mismas partes, *su ratificación*:
- en todo caso, que se hayan *cumplido las formalidades* de modo, tiempo y lugar para su recepción
- y que el declarante no sea persona que habitualmente es llamada a declarar en Justicia[162].

3.5.2.5. La "prueba" de informes

Este tipo de "prueba" es relativamente moderno y aparece legislado en los códigos en forma casi generalizada a partir de la segunda mitad

[160] No vagas ni incoherentes.

[161] Es el fundamento del saber del declarante.

[162] El llamado *testigo profesional*, tan abundante en algunos lugares de América.

del siglo XX y, conforme se halla reglamentado, viene a erigirse en una suerte de *testimonio de la persona jurídica*[163] sólo y exclusivamente, acerca de hechos de los que existe constancia registral en sus archivos o libros regular y legítimamente llevados.

Y parece absolutamente razonable la admisión legal pues, sin perjuicio de lo recién dicho, tales registros se presentan también como una variante de la *prueba documental.*

3.5.2.5.1. Los requisitos de la prueba de informes

Toda vez que el *informe* es una suerte de *testimonio documental* que brinda una persona jurídica, se aplican al caso –en lo pertinente– los mismos que ya expliqué respecto de la prueba de documentos y de la prueba de testigos.

1) *Los requisitos de* existencia *de la prueba de informes*

Son:

- que debe ser *declaración* del representante legal de una persona jurídica que es *tercero* (no parte)[164] en un *proceso*,
- que tenga significación confirmatoria y
- que verse sólo acerca de *hechos o de datos* que consten asentados en forma correcta en registros llevados regularmente por el informante[165].

[163] He sostenido antes que sólo la persona física puede testimoniar. Y la afirmación que aquí gloso no es incongruente con ello, pues lo que digo ahora es que se trata de una *suerte* de (parecido al) testimonio. Y si bien se mira, ello es exacto: cuando el representante de una sociedad anónima afirma que en sus libros consta tal o cual registración, el testimonio es de la propia sociedad, no de su *representante*...

[164] Salvo caso de litisconsorcio.

[165] El tema es de fundamental importancia, ya que el informe sólo puede versar acerca de datos contenidos en registraciones regulares y legales que lleva el informante (por ejemplo, una oficina pública, un Banco, la Bolsa de Comercio, una sociedad anónima, etc.). Es moneda común en los litigios que tramitan en la Argentina que por la vía informativa se expidan verdaderos testimonios que, así, escapan a los requisitos propios de tal medio de confirmación y que, por ende, no existen como tales. Como dato gracioso por lo absurdo, recuerdo acá que en los pleitos que versan sobre asuntos de familia, por ejemplo, algunos jueces encomiendan a la Policía la realización de *informes ambientales* respecto de cualquiera de las partes: y ello termina en el reflejo que un agente policial cuenta –informa– acerca de lo que él mismo ha preguntado al propio interesado, quien siempre asegura ser buena persona... Como es obvio, esto carece de todo valor.

2) *Los requisitos de* validez *de la prueba de informes*

Son:

- el *ofrecimiento* del medio por *parte legitimada* al efecto (nunca por el juez) y la *admisión* y *ordenación* del informe por el juez en legal forma,
- su *recepción* y eventual constatación por funcionario hábil a ese efecto;
- y cumplir las *formalidades procesales* de tiempo, modo y lugar que establece la ley para efectuar el informe;
- además, no debe haber *motivos generales de nulidad* del proceso que puedan afectar la validez del informe
- y la parte contraria de quien ofreció la prueba debe contar con posibilidad de *adecuado control* de la emisión y del contenido del informe.

3) *Los requisitos de* eficacia *de la prueba de informes*

Son:

- el medio debe ser *conducente* y *pertinente* con el hecho a probar
- y *útil* para generar convicción en el juzgador;
- y las respuestas deben ser *claras*[166] y *seguras*, y *precisas* las afirmaciones;
- en todo caso, que se hayan *cumplido las formalidades* de modo, tiempo y lugar para su recepción.

3.5.2.6. La "prueba" de indicios y presunciones

Ya se vio en el # 3.5.1.4.5. lo relativo al indicio como medio de convicción. Veamos ahora los aspectos particulares de este medio.

3.5.2.6.1. Los requisitos de la prueba de indicios

Reiterando el esquema expositivo empleado en páginas anteriores, trataré seguidamente los requisitos que hacen a la existencia, a la validez y a la eficacia de este medio de confirmación.

1) *Los requisitos de* existencia *de los indicios*

Son:

- que haya *plena prueba* del hecho indicador

[166] No vagas ni incoherentes.

- y que tal hecho tenga alguna significación confirmatoria respecto del hecho que genera el razonamiento indiciario, por existir alguna conexión lógica entre ellos.

2) *Los requisitos de* validez *de los indicios*

Son:

- que el medio confirmatorio del hecho indicador o indiciario haya sido decretado y practicado en legal forma y realizado por medios lícitos y no prohibidos por la ley;
- que no haya una causa general de nulidad del proceso que vicie el hecho indicador
- ni prohibición legal de investigar el hecho indicador o el hecho indicado.

3) *Los requisitos de* eficacia *de los indicios*

Son:

- la *conducencia* del medio indiciario respecto del hecho investigado,
- que se haya descartado razonablemente la posibilidad de que la conexión entre el hecho indicador y el hecho investigado sea *aparente, por obra de la casualidad o del azar*, así como la *posibilidad de falsificación* del hecho indiciario por obra de terceros o de las partes;
- que aparezca clara y cierta la *relación de causalidad* entre el hecho indicador (el conjunto de ellos, si son contingentes) y el indicado
- y que sean *varios, graves, precisos y concordantes o convergentes*, cuando los hechos indicadores son contingentes;
- que no haya *contraindicios* que no puedan descartarse razonablemente
- y que se hayan eliminado las otras posibles hipótesis y los argumentos que pueden contradecir la conclusión adoptada;
- que el resultado inferido sea unívoco e inequívoco (no polívoco o equívoco);
- que no existan otros medios de confirmación que contradigan l*os hechos indiciarios* o que demuestren la *existencia de un hecho opuesto* al indicado por aquéllos;
- que se haya llegado a una *conclusión precisa y segura*, basada en el pleno convencimiento o la certeza del juez.

3.5.2.7. La "prueba" de inspección ocular o de reconocimiento judicial

Ya se ha visto en el # 3.5.1.3. que en un sistema republicano de juzgamiento, el juez no puede erigirse en *fuente de prueba* pues todo lo que él vea, oiga, toque, guste o huela queda incorporado a su persona y, así, el resultado del reconocimiento o de la inspección queda absolutamente fuera de control de las partes procesales, con todo lo que ello implica de conculcación del derecho de defensa en juicio.

Tanto es así que, muchas veces, el resultado de la inspección se mezcla con el saber privado del juzgador o queda condicionado por éste, a espaldas de los interesados que habrán de sufrir las consecuencias disvaliosas de la sentencia dictada haciendo mérito de ellos.

Ésta es la razón por la cual, en los últimos años y en los lugares donde comienza a predominar el sistema acusatorio de juzgamiento, este medio probatorio se halla por completo en demérito doctrinal y legislativamente, y, así, resulta prohibido en su realización oficiosa. Se admite, en cambio, cuando se realiza a pedido de parte y con la precisa condición de que la inspección la realice un funcionario que no sea el propio juez o, para el caso de que éste deba hacerlo en forma personal, que haga constar en acta *ad hoc* todo lo inspeccionado y reconocido, a fin de que en ello *y sólo en ello* pueda basar eventualmente su sentencia, en tanto lo contenido en el acta ha podido ser materia de control de las partes eventualmente afectadas por lo sentenciado.

Hechas estas aclaraciones, trataré ahora el tema desde la óptica de las leyes inquisitivas, pero adecuando los requisitos a lo que sistémicamente debe ser un *debido proceso*.

3.5.2.7.1. Los requisitos de la "prueba" de inspección judicial

Reiterando el esquema expositivo empleado en páginas anteriores, trataré seguidamente los requisitos que hacen a la existencia, a la validez y a la eficacia de este medio de confirmación.

1) *Los requisitos de* existencia *de la inspección judicial*

Son:

- debe ser realizada por la persona que el juez haya designado al efecto,
- siempre que sea funcionario judicial que actúe en ejercicio del cargo.

2) *Los requisitos de* validez *de la inspección judicial*

Son:

- que no exista *prohibición legal* de practicar la diligencia de reconocimiento,
- la que debe ser *ordenada* y *notificada a las partes* en legal forma
- por el *juez competente* para realizarla
- a fin de que puedan los interesados consentirla y, en su caso, tomar toda la participación que deseen;
- además, que no existan *motivos generales de nulidad que vicien el acto.*

3) *Los requisitos de* eficacia *de la inspección judicial*

Son:

- la *conducencia* del medio respecto de lo inspeccionado (debe ser susceptible de percepción directa por el funcionario delegado al efecto por el juez)
- y la *pertinencia* del objeto de la inspección con el litigio;
- que tal objeto no sea *jurídicamente imposible*, por existir presunción de derecho o efecto de caso juzgado en su contra.
- que se labre prolija y clara *acta* de todo lo acaecido en la oportunidad de modo tal que permita conocer con seguridad a los interesados en saberlo qué fue el objeto de la inspección y cuáles sus características y resultados;
- que las conclusiones allí relatadas no aparezcan absurdas o imposibles;
- que no haya habido rectificación o retractación de tales conclusiones por quien las emitió
- ni otros medios confirmatorios que las desvirtúen,
- ni declaración judicial de falsedad del acta.
- Además, que no se haya violado reserva legal o secreto profesional alguno
- y que haya sido procesalmente posible para las partes contradecir su resultado.

3.6. El procedimiento confirmatorio (*cuándo se confirma*)

Ya expliqué en su momento que todo proceso constituye una serie de

etapas[167] de necesaria existencia y que se abren –o no– en cada caso concreto en función de lo efectivamente allí actuado por las partes.

Cabe recordar que la *etapa de afirmación* debe presentarse siempre e imprescindiblemente en *todo proceso*, pues éste se incoa por demanda y ella debe contener *sí o sí* una afirmación[168].

También debe existir la posibilidad legal de abrir una *etapa de negación* de lo afirmado en la demanda. Pero esta etapa no es de tránsito imprescindible[169] para el demandado.

De la misma forma, de no haber oposición a la demanda nada habrá para confirmar, pues, en un verdadero sistema procesal, el silencio *debe tener un valor impuesto por la ley*: en todo litigio de objeto transigible, implicará siempre el reconocimiento de los hechos expuestos por el actor.

Finalmente, también debe existir la posibilidad de abrir con posterioridad una *etapa alegatoria* para que cada parte haga mérito de los medios confirmatorios producidos e intente convencer al juzgador de sus respectivas razones. Pero es claro que, en caso de no producirse elemento confirmatorio alguno, carece de sentido abrir dicha etapa[170].

Por tanto: la pregunta *cuándo se confirma* debe ser contestada con la respuesta *en la etapa respectiva*, siempre que ella sea abierta al efecto.

Habida cuenta de que en cada tipo procedimental[171] las leyes establecen plazos diferentes a tal efecto, ese *cuándo*, además, debe ser relacionado con aquél.

[167] Afirmación-negación-confirmación-alegación.

[168] La lógica impide imaginar una demanda sin contenido pretensional así como pensar en una pretensión que carezca de la afirmación de un hecho al cual el pretendiente asigna efectos jurídicos.

[169] Recuérdese que el demandado bien puede allanarse o, también, no contestar la demanda, guardando silencio al efecto en el momento pertinente. En tal hipótesis no existirán los *hechos controvertidos* que habiliten la existencia de la apertura de una etapa confirmatoria.

[170] En tal supuesto la etapa alegatoria debe ser suplida por una similar para que los interesados informen acerca de la vigencia de los derechos defendidos.

[171] Procedimientos *ordinario, sumario, sumarísimo, ejecutivo, oral*, etcétera.

3.6.1. Las etapas del procedimiento confirmatorio

Contestada la demanda[172] y existiendo algún hecho controvertido por los interesados (o, en defecto de ello, alguno que no ha sido contradicho pero que debe ser de *demostración necesaria*[173] en función del valor jurídico en litigio) el juzgador debe ordenar la apertura de la etapa confirmatoria[174], que se compone de cuatro subetapas: la de ofrecimiento, la de aceptación, la de admisión y la de producción.

3.6.1.1. La subetapa de *ofrecimiento* de los medios de confirmación

Abierta por el juez la etapa confirmatoria, la ley fija –o debe fijar– un determinado plazo para que cada parte ofrezca los medios de confirmación con los cuales cree que logrará oportunamente convencer[175] al juzgador acerca de la razón que lo asiste y, así, ganar el pleito cuando él lo sentencie[176].

Ese plazo debe ser necesariamente *común* y ha de correr a partir del día hábil siguiente al de la fecha en la cual ambos contendientes han consentido el decreto que ordenó la apertura.

Sin perjuicio de esto, la ley debe prever la posibilidad de efectuar ofrecimiento posterior, sólo cuando se invocan *hechos nuevos*[177] después de la apertura de la etapa confirmatoria.

Excepcionalmente, además, puede aceptarse la posibilidad de ofrecer, admitir y producir algún medio de confirmación *antes* de estar trabada

[172] O luego de haberse sustanciado las excepciones deducidas en juicio ejecutivo.
[173] Aquél que debe ser confirmado aun cuando haya acuerdo de partes al respecto, pues tiene relación con una pretensión que compromete el orden público.
[174] En el lenguaje tribunalicio habitual, *abre la causa a prueba*.
[175] Insisto una vez más en que la finalidad de toda la confirmación procesal es lograr la convicción del juzgador.
[176] Debe quedar claro que el proceso es la lucha en la cual uno pierde y otro gana. Reitero, a riesgo de cansar, que los contendientes no van ante el juez para tratar de despejar dudas ni para buscar verdad alguna. Van a ganar o, a lo sumo, a evitar perder demasiado. Quien no ve así al proceso, no ha litigado jamás y se halla divorciado de la realidad de la vida tribunalicia.
[177] Hecho nuevo es el ocurrido con posterioridad a la traba de la litis y el que, siendo anterior a ella, no era conocido por el interesado al momento de ofrecer medios de confirmación en un proceso dado.

la litis (contestada la demanda) o, aún más, *antes de deducir la demanda*. Esto ocurre cuando la ley permite probar ciertos hechos como *medida cautelar previa a un juicio*[178]. Esto es bueno y aceptable en un sistema en tanto no se vulnere el derecho de defensa de la persona a quien eventualmente se opondrá el resultado de la prueba anticipada[179].

Por eso es que *siempre y en todo caso*, quien pueda resultar perjudicado por lo que se actúe en la producción de cualquier medio confirmatorio efectuada antes de la apertura de la correspondiente subetapa, debe ser citado adecuada y oportunamente para concurrir al acto respectivo, y, así, poder controlar su desarrollo. Parece ocioso sostener, a esta altura de la obra, que si así no se hace, se vulnera el derecho de defensa en juicio de alguna de las partes y se deja de lado abiertamente la garantía del debido proceso[180].

En las décadas de los años '40 y '50, totalitarismo procesal mediante, se intentó a todo trance reducir el lapso de duración de los procesos[181]. Y

[178] Hay Códigos que consagran expresamente la posibilidad de producir prueba anticipada, autorizándola no en el capítulo dedicado a la prueba en general sino en el que atañe a *las medidas cautelares*. Establece el art. 272 del CPC de Santa Fe, Argentina, que "Sin perjuicio de las medidas autorizadas por el art. 390 [*medidas preparatorias*], los que sean o vayan a ser partes en un proceso y tengan motivos para temer que la producción de las pruebas que les sean necesarias se haga difícil o imposible por el transcurso del tiempo, pueden solicitar el aseguramiento de dichas pruebas". Piénsese, por ejemplo, en la necesidad de contar con el testimonio de un anciano o de alguien que se traslada definitivamente al extranjero, etcétera.
[179] Es corriente en Argentina practicar *constataciones* notariales al solo pedido del requirente y sin la participación del otro interesado. Jurídicamente, como es obvio, esto carece de toda eficacia probatoria por cercenamiento del derecho de defensa de la futura parte procesal. Sin embargo, hay jueces que desconocen esto y proceden inconstitucionalmente en forma recurrente.
[180] Hay Códigos, cual el de Santa Fe, Argentina, verdadero propulsor de la materia, que autorizan, en caso de urgencia, a reemplazar la citación previa del eventual afectado por la de un representante del Ministerio Público. Esto sólo puede aceptarse dentro del perverso régimen inquisitivo que todavía rige en el lugar: ¿por qué hay que presumir que el Ministerio Público puede suplir idóneamente al eventual afectado? Si la urgencia es de tal magnitud que resulta imposible la citación previa, pues se perdería definitivamente el derecho que desea preservarse, parece claro que habrá que dar inmediata noticia de lo actuado al eventual perjudicado para que haga o diga lo que quiera sobre lo actuado en su ausencia (cosa que no se hace en el citado Código, donde vuelve a darse noticia al representante Fiscal). ¡Cuánto absurdo procedimental está legislado a espaldas de la Constitución Nacional!
[181] Cosa que no se logró. Tan cierta es esta afirmación que ya entrado el siglo XXI

para eso se reformó la ley estableciendo que todos los *medios de prueba* presentados en ciertos tipos procedimentales[182] debían ser ofrecidos junto con los escritos constitutivos del proceso (demanda y contestación ¿principal o incidental?, y oposición y contestación de excepciones). Con impensable e imperdonable ingenuidad se creyó que con la eliminación de la subetapa de ofrecimiento se ganaba valioso tiempo para hacer avanzar rápidamente el desarrollo del proceso[183].

En la realidad ocurrió todo lo contrario y es fácil de comprender el efecto notablemente perjudicial que esto tuvo en el desarrollo de las tareas de los juzgadores y, particularmente, en las de los abogados, condenados a trabajar a tientas o a ciegas y, para mal de males, muchas veces en forma asaz y definitivamente inútil.

Para explicar este punto, no tengo más remedio que mostrar una ley vigente[184], tomando un ejemplo puntual que he vivido durante cerca de exactos ¡cuarenta y tres años![185]. el que sufre hasta hoy el Foro de

persistimos en el problema que, para colmo de males, se ha agudizado notablemente. Tanto, que ahora el Foro enfrenta una crisis terminal de la cual no encuentra forma de salir.

[182] Por ejemplo: CPC Nación Argentina, art. 486: "...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*".

Del mismo modo, CPC Santa Fe, Argentina, art. 545 (que regula el contenido de la demanda en juicio oral): "La demanda se deducirá por escrito. El actor observará los requisitos exigidos por el art. 130 y, además, deberá: a) *ofrecer toda la prueba de que habrá de valerse*; b) acompañar los interrogatorios, pliegos de posiciones, puntos a evacuar por peritos, documentos que obren en su poder que, de no poseerlos, procurará individualizar en su contenido expresando, además, el lugar donde se encuentren".

A su turno, el art. 549 del mismo Código, al regular los requisitos de la contestación, establece que "El demandado contestará la demanda en la forma exigida por el art. 142, *debiendo ofrecer la prueba de acuerdo con lo prescrito en el art. 545...*"

Igualmente, CPC Perú, art. 424: "La demanda se presenta por escrito y contendrá [...] 10) *los medios probatorios...*" El art. 442 del mismo cuerpo legal, por su parte, establece: "Al contestar, el demandado debe [...] 5) *ofrecer los medios probatorios...*"

[183] Afirmo que es imperdonable, pues, si se estudia cualquier texto legal que establezca la necesidad de hacer un ofrecimiento de prueba conjunto con otro escrito, siempre se autoriza también la correspondiente sustanciación respecto de los hechos nuevos alegados por las partes y se otorga otra posibilidad probatoria. Si se mide adecuadamente el tiempo real empleado en ello, ¿qué se ganó?

[184] Cosa que trato de evitar a todo trance en esta obra.

[185] Y sin que nadie se haya rasgado las vestiduras por injusticias notorias derivadas de alguna incontestación.

la Provincia de Santa Fe. En su normativa procesal se establecen cosas diversas que habrá que ponderar en conjunto para lograr la comprensión del problema apuntado:

a) El artículo 143 establece que "La falta de contestación a la demanda, aun en el juicio en rebeldía, o a la reconvención, *implica el reconocimiento de los hechos articulados por el actor o reconveniente*[186], *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"[187].

b) El artículo 145 establece "Si *hubieren hechos controvertidos o de demostración necesaria*, se abrirá la causa a prueba [...] La prueba deberá recaer sobre los hechos contradichos o afirmados en el proceso..."[188-189].

c) El artículo 160 establece que "La parte que pidiere la absolución de posiciones *deberá presentarlas por escrito en el momento de ofrecer esta prueba*, ya en pliego cerrado..."[190]

[186] Cosa similar pero no igual establece la mayoría de los CPC de América Latina. Por ejemplo, CPC Nación, Argentina, art. 356, establece que "En la contestación opondrá el demandado todas las excepciones o defensas de que intente valerse. Deberá, además: 1) reconocer o negar categóricamente cada uno de los hechos expuestos en la demanda, la autenticidad de los documentos acompañados que se le atribuyeren y la recepción de las cartas y telegramas a él dirigidos cuyas copias se acompañen. *Su silencio, sus respuestas evasivas o la negativa meramente general* podrán estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos *pertinentes y lícitos a que se refieran...*"

[187] De donde resulta que si el demandado no contesta oportunamente negando los hechos expuestos por el actor, se genera a su favor una presunción legal que tiene la particularidad de invertir la carga confirmatoria: ahora deberá probar el demandado en contra de los hechos ya reconocidos por su silencio. Es importante destacar, para asumir la entidad de la solución de la ley, que el número de pleitos que terminan en tales condiciones en el foro mencionado oscila en alrededor del cuarenta por ciento del total anual.

[188] Parece obvio que, si por efecto de la falta de contestación a la demanda, *no hay hechos contradichos*, nada debe ser confirmado por ausencia de *tema de prueba*. De tal modo, retomando los números estadísticos mencionados en la nota anterior, resulta que casi la mitad de los pleitos terminan por esta vía, sin necesidad de perder tiempo judicial alguno, prosiguiendo todo un procedimiento por el que ha demostrado desinterés el propio demandado y principal afectado. ¿Cuánto ganaría nuestro sistema de Justicia si todas las leyes dijeren lo mismo que la de Santa Fe?

[189] Cosa similar establece el CPC Nación, art. 359: "Siempre que se hayan alegado hechos conducentes acerca de los cuales no hubiese conformidad entre las partes, aunque éstas no lo pidan, el juez recibirá la causa a prueba".

[190] Quiero que el lector imagine el tiempo que el abogado que está por demandar insume en la confección de este dichoso pliego: si la posición (del latín *positionem*:

d) Y el artículo 200 añade: "Al ofrecerse la prueba testimonial, será necesario expresar el nombre, profesión, y domicilio de los testigos *y presentar al mismo tiempo el interrogatorio respectivo...*"[191]

Veamos ahora un poco de estadísticas oficiales: en el año de 2004, se incoaron en mi ciudad de Rosario poco más de 300.000 pleitos. Alrededor del 40% de ese número total terminó por incontestación de demanda (especialmente en el caso de los pleitos de menor cuantía); o sea: unos 120.000 deben finalizar de inmediato con el dictado de la correspondiente sentencia fundada sólo en la falta de contestación a la demanda.

Cosa igual no puede ocurrir en los códigos que no otorgan al silencio del demandado el valor de reconocimiento de los hechos no contestados[192].

Imaginemos ahora el desarrollo confirmatorio de un pleito promedio tipo: parece razonable pensar que el actor ofrece la absolución de posiciones de su contrario (hagamos el ejemplo pensando en la existencia de sólo uno), no menos de dos testigos y un perito. Eso implicará la confección de un pliego de posiciones, dos de interrogatorios de testigos y uno de proposición de puntos que serán objeto de peritaje. Y, por cierto, los correspondientes sobres para la presentación de las plicas.

Continuemos con la imaginación, ahora dentro de un régimen legal como el de la Nación Argentina: no contestada la demanda, como el

afirmación) debe contener no una pregunta sino una afirmación susceptible de ser respondida sólo por un sí o por un no, su redactor debe hacer un enorme esfuerzo imaginativo para insertar tantos textos de posiciones cuantos sean los hechos expuestos en su demanda, pues aún carece de contestación y no hay hechos contradictorios. Pero, por las dudas... ¡a trabajar! Al final, debe firmar y sellar el texto, luego ensobrarlo, cerrarlo, ponerle un cartel identificatorio al sobre, etcétera. Lo mismo debe hacer con el interrogatorio preparado para cada testigo. Y con los puntos sometidos a eventual peritaje. Y con los documentos, que deben ser copiados, ensobrados y preparados para ser guardados, etcétera, etcétera. Si a la postre la demanda no se contesta, todo el tiempo que insumió la tarea realizada se perdió para siempre e irremediablemente, pues, en los términos del art. 143 citado en el texto, todos esos medios no van a ser necesarios. ¡Y esto ocurre en más de la mitad de los pleitos! ¿No es un absurdo?

[191] Como se ha visto en la nota # 182, ocurre igual en el juicio oral.

[192] Claro que sin perjuicio de la prueba en contrario que él pueda ofrecer al ser notificado del llamamiento de autos.

juez *puede* –y no *debe*– tener al demandado por conforme con los hechos allí expuestos[193], el actor prudente no tiene más remedio que pedir que se reciba la causa a prueba[194] y ofrecer todos los medios inimaginables para evitar que, al momento de sentenciar, el juez le diga que faltó prueba convincente acerca del derecho pretendido[195]. Y para eso deberá concurrir a un mínimo de cuatro audiencias para producir los medios ofrecidos (y producir los actos notificatorios que sean menester para que ellas sean posibles).

Traslademos ese número al del total de pleitos que podrían terminar de inmediato con la solución de acordar valor al silencio: dijimos que pueden ser unos 120.000. Multiplicándolo por las cuatro audiencias mínimas que hemos señalado, en el curso de un año, el tribunal tendrá que atender, dirigir y cuidar el desarrollo de la friolera de unas ¡480.000! audiencias (en doscientos días hábiles, apenas ¡2.400! audiencias diarias que conspiran contra el dictado de sentencias en el resto de los pleitos en los cuales las partes litigan de verdad). ¡Cuánto absurdo para dar pie a los ímpetus inquisitoriales del legislador de turno y al espíritu justiciero de algunos jueces!

Advertirá el lector que el desarrollo que he hecho del tema relativo al *ofrecimiento de los medios confirmatorios en forma conjunta con la presentación de los escritos constitutivos del proceso* es, por lo menos, opinable. Y no se me negará que es conveniente repensar la ley para, por fin, tornarla sistémica, intentando con ello mejorar la eficacia de la Justicia a partir de la instauración de un proceso verdaderamente acusatorio en materia civil.

Pero quiero dejar una última acotación sobre el tema que, a mi juicio, entraña notable gravedad: si la garantía del debido proceso juega por igual para actor y demandado, y si se acepta que el proceso es lucha, imponer al actor la carga de ofrecer todos sus medios confirmatorios antes de conocer cuál será la posición jurídica o fáctica asumida por el demandado, hace que el debate sea, cuando menos, tram-

[193] Ver la nota 186.

[194] No hacerlo podría generar una eventual imputación de *mala praxis* profesional.

[195] Esto ocurre con mayor frecuencia de la que es dable imaginar. Alguna vez he visto a un abogado derrotado en pleito contando en público que había perdido el juicio... ¡litigando contra el juez!

poso[196]. Y la ley no puede aceptar tal cosa por elemental respecto a los principios de igualdad ante la ley y al del debido proceso, ambos de rango mayor que el legal.

3.6.1.2. La subetapa de *aceptación* de los medios ofrecidos

Si se mira con atención el texto de las leyes procesales, se advertirá que esta subetapa no se encuentra habitualmente legislada, salvo mínima excepción producida por algún legislador que entendía del tema en tratamiento.

Parece claro que, en orden a resguardar la bilateralidad de la audiencia –efecto primario de la igualdad de instancias de que deben gozar constitucionalmente las partes de un proceso– cada uno de los litigantes debe conocer inicialmente los medios de confirmación de los cuales se valdrá su contradictor[197], para tener oportunidad de decir y de hacer lo que fuere respecto de ello[198].

Para cumplir tal bilateralidad, todo juez debe sustanciar los ofrecimientos de medios confirmatorios confiriendo traslados recíprocos a ambas partes en litigio, para que actúen en consecuencia a sus respectivos intereses. De tal modo, en caso de no haber oposiciones, el juez podrá pasar inmediatamente y sin sobresaltos a la subetapa siguiente, en la cual procederá a admitir los medios ofertados. De lo contrario, hará lo propio luego de haber resuelto las oposiciones sustentadas.

Cuando no se procede así, no sólo no se ahorran incidentes sino que se potencia la posibilidad de incoarlos. En efecto: si el juez admite liminarmente todos los medios ofrecidos y ordena la producción de ellos, no será posible incoar el trámite respectivo, pues alguna de las

[196] Si el proceso fuere un juego de barajas, el demandado tendría siempre la ventaja de ver todas las cartas de su contrario antes de jugar las propias. Y en esto nadie dudaría en afirmar que se trata de una trampa imperdonable.

[197] Piénsese, por ejemplo, en el ofrecimiento de un testimonio inadmisible, en el de una absolución de posiciones en litigio en el cual ella está prohibida por la ley, en el de algún medio que puede ser tachado de ilícito, en el de un peritaje que puede vulnerar el derecho a la intimidad de la parte que será peritada, etcétera.

[198] Piénsese en la tacha a la persona de un testigo, en la oposición liminar a una prueba ilícita, etcétera.

partes no consentirá el decreto de proveimiento a fin de poder presentar las oposiciones respecto de las cuales estuvo imposibilitado antes.

3.6.1.3. La subetapa de *admisión judicial* de los medios ofrecidos

Ofrecidos los medios confirmatorios y consentidos por ambas partes, o resueltas por el juzgador las oposiciones deducidas, se abre esta subetapa, en la cual dicta resolución admitiéndolas[199] y ordenando su producción. A este efecto, ordena citar a partes, testigos, peritos y terceros a las audiencias[200] señaladas, libra los oficios y exhortos del caso, ordena la agregación de documentos, etcétera.

Aquí es donde se ve muy clara la necesidad de cumplir la fase previa de *aceptación por las partes de los medios ofrecidos*, tal como lo sostuve *supra*. Y es que cuando el juez ordena la producción de los medios del caso, ya no habrá oposiciones respecto de la admisión y se podrá entrar de lleno en la subetapa de producción.

[199] Recordar que la palabra *admisión* significa *dar curso*.

[200] Como es obvio, todas las audiencias deben ser fijadas en fechas que se encuentren dentro del plazo por el cual se abrió el período confirmatorio. Hay Códigos que no establecen un término a dicho plazo, con lo cual el proceso se desarrolla con visos de cierta razonabilidad y sin mayores sobresaltos abogadiles. En cambio, otros lo limitan temporalmente –por ejemplo, el CPC de Santa Fe, que lo fija en 40 días para el juicio ordinario y en 10 para el sumario y el ejecutivo– y, cuando ello ocurre, el proceso se convierte en trampa mortal para la parte y, particularmente, para su abogado, que debe cuidar su pleito y, además, convivir con los jueces y mantener buenas relaciones con ellos. Repárese en que, conforme con el número de expedientes que tramitan al mismo tiempo en un tribunal y dado el deber judicial de dirigir personalmente todas las audiencias de confirmación procesal, es imposible para cualquier juzgador fijar fecha para todas sus audiencias dentro de los exiguos plazos regulados por la ley. De tal manera, es probable que alguna audiencia se programe para fecha posterior a la del vencimiento del plazo de la subetapa de producción. Y hasta aquí nada pasaría si las partes respetaran el *fair play* que el legislador quiere imponer en el debate. Pero como esto no es entendido así por todos, siempre hay un contradictor que, después de haber consentido la fecha extratérmino, solicita, despreocupadamente, la clausura del plazo confirmatorio y la apertura de la subetapa de alegación. ¡Y los jueces le hacen caso! Con lo cual es posible que la sentencia llegue antes de la realización de la audiencia de marras. Para tratar de evitar la disvalía de este procedimiento absurdo, la ley establece que si el medio confirmatorio se produce después de la sentencia, habrá de ser tenido en cuenta en la instancia apelatoria. Pero esto es claramente insuficiente por las razones que se comprenderán cabalmente cuando el lector descubra cómo se manejan los meandros impugnativos.

Finalmente, cabe reparar en dos problemas que se presentan siempre en esta oportunidad y que las leyes denominan como *improcedencia* o *inadmisibilidad* e *impertinencia* o *inconducencia* de un medio confirmatorio.

Es medio confirmatorio *improcedente* o *inadmisible*:

a) el que está prohibido por la ley[201];

b) el ofrecido extemporáneamente, luego del vencimiento del plazo respectivo[202], y

c) el que se ofrece como ya producido sin haberse respetado el control de partes[203] o sin haber sido ordenado regularmente por el juez competente en el pleito[204] o el que ha violentado el derecho a la intimidad de la parte interesada o afecta la libertad, la moral, de los litigantes o de terceros[205].

[201] Por ejemplo, está prohibida la indagación de la maternidad cuando quien se pretende hijo la atribuye a una mujer casada (Cód. Civ., art. 326); la absolución de posiciones que puede derivar en confesión (en los juicios de divorcio legislados por la antigua ley de matrimonio civil argentina, art. 70); la declaración de testigos cuando se impugna el contenido de un documento dado en blanco (Cód. Civ., art. 1017) y cuando se intenta acreditar la existencia de contratos de monto superior a una cantidad establecida por la ley (Cód. Civ., art. 1193), salvo que haya *principio de prueba por escrito* (Cód. Civ., art. 1191); la exhibición de las declaraciones juradas hechas con motivos impositivos; la declaración testimonial de consanguíneos o afines en línea directa de la parte o de su cónyuge (CPC Nación, art. 427); pedido de informe que intenta sustituir el medio confirmatorio previsto al efecto en la ley (id., art. 397), etcétera.

[202] Ésta es la única extemporaneidad atendible en el supuesto en tratamiento. Equivocada jurisprudencia lo refiere también a la propuesta *antes* de la apertura de la subetapa de ofrecimiento (denominada *ante tempus*). Y es que los plazos, que habitualmente son de carácter preclusivo, juegan siempre *a favor de la parte*, razón por la cual puede renunciarlos, anticiparlos, etcétera.

[203] Me refiero al típico caso de la escritura pública de constatación extrajudicial de algún hecho que hace un escribano a requerimiento de una de las partes y a espaldas de la otra.

[204] El típico caso de la prueba producida trasnochadamente, sin conocimiento del juez de la causa. Por ejemplo, secuestro de elementos presuntamente delictivos encontrados en un domicilio particular al cual se accedió sin previa expedición de orden de allanamiento por juez competente.

[205] Me refiero a las actualmente tan en boga grabaciones telefónicas clandestinas y a las filmaciones de actos aparentemente delictivos que provoca o incita, precisamente, quien ordenó hacer la grabación o filmación. No puedo olvidar que a esta notable ilicitud es muy afecta la prensa amarilla que gobierna la opinión pública del país.

Es medio confirmatorio *impertinente* el que tiende a lograr convencimiento en el juzgador acerca de la existencia de hecho no litigioso[206].

Es medio confirmatorio *inconducente* el que refiere a hecho que no interesa para la solución del litigio[207].

Desde las antiguas leyes españolas se ha facultado al juez para declarar liminarmente la improcedencia pero no la impertinencia de un medio confirmatorio ofrecido por las partes[208]. Y esto que, obvia y elementalmente, es correcto, ha sido desconocido por casi todos los Códigos que han instrumentado el desarrollo de la producción de la prueba conforme con los postulados del ya tantas veces denostado sistema inquisitivo.

Reconozco que ha habido motivo para ello a partir del notable abuso que durante muchos años se hizo del ofrecimiento de prueba impertinente con la finalidad de dilatar hasta llegar a extremos insospechados la duración de un pleito.

Pero creo que si hubo mala fe y carencia de escrúpulos por parte de algún abogado, lo que correspondía era sancionarlo con todo el rigor que la ley permitiera en el caso. En cambio, lo que se hizo fue establecer el deber judicial de evaluar siempre la eventual pertinencia confirmatoria de un medio cualquiera[209] y, con ello, hacer que *todo* juez investigue en *todo* expediente si *todo* medio de confirmación ofrecido es o no pertinente. Con los inconvenientes sistémicos que ello genera para el servicio.

[206] El concepto incluye a todo medio que tiende a lograr convencimiento acerca de pretensiones no demandadas o de hechos que han sido admitidos por el demandado.

[207] Ejemplos típicos son el que intenta acreditar un hecho que puede servir de indicio para generar otro y el que sirve para calificar la idoneidad de un testigo o de un perito. Como se colige, resulta peligroso otorgar al juez la facultad de hacer calificaciones previas al respecto.

[208] En esta tónica, hay varios Códigos actuales que respetan las bondades de las leyes del pasado. Por ejemplo, en Argentina, CPC de Santa Fe, art. 145; CPC Mendoza, art. 145; CPC La Rioja, art. 183.

Por el contrario, y mereciendo los reproches del texto, ver LEC española, art. 566: "Los jueces repelerán de oficio las pruebas que no se acomoden a lo establecido en el artículo anterior y todas las demás que sean, a su juicio, *impertinentes* o *inútiles*".

[209] Hoy convertido en deber de uso diario conforme con lo que establece, por ejemplo, el CPC de la Nación, art. 36, inc. 4: "Aun sin requerimiento de parte, los jueces y tribunales deberán [...] 4) Ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes[!?]..."

La enorme y absurda pérdida de tiempo que esto ha representado para el sistema de Justicia influyó notablemente en la morosidad judicial, pues los juzgadores pasan gran parte de su tiempo útil tribunalicio investigando cosas ajenas a la labor de juzgar en vez de dictar las sentencias que la sociedad les requiere.

Cuando al fin se constitucionalice el procedimiento judicial –día que vendrá seguramente, pues no se puede vivir durante dos siglos al margen de la ley fundamental– ésta es una de las facultades que habrá que vedar a los jueces, tal como siempre se hizo en el pasado.

3.6.1.4. La subetapa de *producción* de los medios admitidos

Admitidos los medios ofrecidos y ordenada su producción, resta ahora efectivizar cada uno de ellos. Para esto, se cita a las partes que absolverán posiciones, a los testigos que depondrán y a los peritos que dictaminarán; se libran oficios y exhortos pidiendo informes y se agregan los documentos que fueren menester, etcétera.

Para todo ello hay plazos y, además, términos para las audiencias. Y es obvio que en un sistema acusatorio, incumbe a las partes urgir adecuadamente la producción de los medios ofertados.

Por eso es que, fracasada una diligencia confirmatoria, el oferente del medio respectivo ha de solicitar la designación de nueva fecha para la realización de la audiencia que no se efectivizó. Corrientemente, las leyes procesales bien otorgan para ello un plazo de tres días y otro más de idéntico tiempo para que el urgimiento lo haga la contraparte[210]. Si así no se hace, las normas inquisitivas autorizan a los jueces a declarar negligente al propio oferente, con lo cual pierde toda chance posterior de repetir el medio. Paradójicamente, la misma ley otorga en forma paralela al juez la facultad (o el deber) de ordenar por la vía de *medidas para mejor proveer* la producción de la prueba fracasada por negligencia. ¡Qué disparate!

Por mi parte, insisto en que siempre que se litigue respecto de materia transigible, los jueces no deben actuar de oficio, con lo cual este problema desaparece. Y ello porque nadie mejor que las propias partes litigantes para cuidar de sus intereses litigiosos.

[210] Esto es consecuencia de la regla de *adquisición* de los medios confirmatorios.

3.7. La etapa de alegación acerca de los medios confirmatorios producidos

Siempre que se hayan producido medios confirmatorios en la etapa procesal denominada de *confirmación procesal* y una vez concluida ésta, corresponde ahora abrir nueva y siguiente etapa: la de *alegación* o *evaluación* de las partes respecto del valor de convicción que –para cada una de ellas– tienen todos los medios rendidos[211].

La voz *alegar*[212], referida a la confirmación procesal, genera el sintagma *alegato de bien probado*, que es el escrito[213] que hace el abogado después de producidos todos los medios confirmatorios, en el cual trata de convencer al juez de que su parte ha justificado completamente los hechos y el derecho que amparan su pretensión, al tiempo que el contrario no ha hecho lo propio con el suyo, insistiendo así en que el juez sentencie oportunamente a su favor. Por eso es que lo que corresponde hacer a todo letrado en esta ocasión es analizar con precisión y esmero cada uno de los resultados confirmatorios para relacionarlos prolijamente entre sí a fin de llevar de la mano al juzgador en el momento de tener que hacer él mismo su propia evaluación de los mismos medios. Además, debe contener un análisis de la problemática jurídica conte-

[211] Antiguamente, la finalización de este ciclo recibía la denominación de etapa de conclusiones, en la cual las partes manifestaban que nada más querían ni tenían que justificar ante el juez. De tal modo, quedaban a la espera de la respectiva sentencia.

[212] Semánticamente, *alegación* significa argumento, discurso o razonamiento en favor o en contra de algo. El producto de la alegación es el *alegato*.

[213] En casi todas las legislaciones americanas carece de requisitos formales. En otras palabras: no hay un *acto patrón*, como lo hay de la demanda, de la contestación, de la sentencia, etcétera.

En cambio, la LEC española, art. 670: "Los escritos de conclusión se limitarán a lo siguiente: 1) en párrafos numerados, se expresará con claridad y con la posible concisión, cada uno de los hechos que hayan sido objeto del debate, haciendo un breve y metódico resumen de las pruebas que, a juicio de cada parte, los justifiquen o contradigan; 2) en párrafos también numerados y breves, y siguiendo el mismo orden de los hechos, se apreciará la prueba de la parte contraria; 3) se consignará después, lisa y llanamente, si se mantienen en todo o en parte, los fundamentos de derecho alegados respectivamente en la demanda y contestación y, en su caso, en la réplica y dúplica; 4) podrán alegarse también en este lugar otras leyes o doctrinas legales en que pueda fundarse la resolución de las cuestiones debatidas en el pleito, pero limitándose a citarlas sin comentarios ni otra exposición que la del concepto positivo en que se estimen aplicables al caso. Sin ningún otro razonamiento, se concluirá para sentencia".

nida en el debate procesal, que viene formándose desde el inicio mismo del proceso con el contraste de las pretensiones y de las confirmaciones obtenidas en el curso del proceso.

Recuerdo ahora que el desarrollo de la tarea abogadil en un proceso cualquiera debe transcurrir por dos diferentes líneas paralelas: la de la *eficacia*[214] y la de la *eficiencia*[215].

Y el alegato debe contener la puntual explicación de que la confirmación procesal ha sido eficiente.

A tal punto es así esto, que Briseño Sierra denomina *el acertamiento sobre la eficiencia* a los sistemas evaluativos de los medios de confirmación.

3.7.1. La evaluación por las partes litigantes acerca de los medios producidos

Si bien se mira, el alegato es la pieza más importante que puede producir una parte en litigio[216]. Sabido es que una buena demanda debe ser escueta, aunque prolija en la enunciación de los hechos en los cuales se basa la pretensión deducida y correctamente implicados en la norma jurídica que el pretendiente desea que se aplique para obtener la solución que él busca en la sentencia[217]. Una buena contestación de demanda, a su turno, debe contener sólo puras negaciones de los hechos afirmados por el actor o del derecho en el cual él los implica[218]. El alegato, en cambio, tiene que contener todos los argumentos necesarios para que el juez se convenza de la razón de la parte mediante el análisis minucioso de quien lo redacta[219], haciéndole sencilla la lectura y el estudio de los autos, máxime si se trata de folios voluminosos. De la misma forma, debe contener las citas jurisprudenciales[220] que muestran la bondad de la solución pretendida.

Cuando le toque al juzgador hacer su propia evaluación, tendrá que sujetarse a algún sistema previsto en la ley. Y ello nos lleva a explicar el próximo punto.

3.7.2. La evaluación por el juez acerca de los medios producidos (*qué valor tiene la confirmación*)

Ya he mencionado antes[221] cuál es el valor que el juzgador debe dar a cada uno de los medios confirmatorios.

Sin embargo, toca hacer ahora el estudio integral y generalizado del tópico en cuestión a partir de su verdadera esencia: el problema es de *política procesal* y no de simple *técnica procedimental*, pues se vincula con la mayor o menor confianza que tiene en los jueces quien ejerce el verdadero poder en lugar y tiempo determinado[222].

[214] Se presenta dentro del estricto marco de la actividad de procesar y respecto del puro *instar*: la parte debe ofrecer tempestivamente el medio confirmatorio de que se trate, cumplir las cargas formales impuestas para el caso por la ley, efectuar las notificaciones del caso, concurrir a la audiencia señalada al efecto de su producción, etcétera. Pero hacer correcta y prolijamente todas estas tareas no sirve de nada si, a la postre, el testigo ofrecido –por ejemplo– no sabe las cosas acerca de las cuales se le interroga. De ahí la importancia de lo apuntado en la nota siguiente.

[215] Se refiere a la solución del litigio y, por ende, a la eficiencia del pretender, confirmar y alegar. Trabajando idóneamente en esta línea, el oferente del medio confirmatorio debe procurar que, al momento de producirse, sea congruente con sus postulaciones y, además, convincente para el juzgador.

[216] Esto, que es universalmente reconocido, se desconoce en la Argentina y, al influjo de sus doctrinarios, en muchos otros países de América. Sucede que, so pretexto de agilitar el trámite de los pleitos, se ha eliminado la etapa del alegato en la mayoría de los tipos procedimentales legislados, logrando con ello que las partes deban exponer en los escritos de demanda y contestación los temas jurídicos que son desde antaño propios del alegato en todas partes del mundo. Como es obvio, con esto se ha vulnerado una vez más el derecho de defensa de los litigantes y se ha tornado aún más inconstitucional el trámite procesal.

[217] Personalmente, creo que es un grave error hacer citas doctrinales o jurisprudenciales en el texto de la demanda.

[218] Mal hace un demandado cuando enuncia su propia versión de los hechos en la demanda pues, además de ser ello asaz inútil para el sentenciante, le produce perplejidad en caso de ausencia confirmatoria del actor (mucho más si también hay carencia en el propio demandado). Y muchas veces, el juzgador imagina que el demandado tiene cargas que técnicamente no debe soportar según la ley.

[219] Dichoso el abogado a cuyo alegato debe seguir necesariamente el juez al momento de sentenciar, pues su razonamiento exhaustivo no sólo lo ha convencido de su razón sino que, además, le ha cerrado todas las puertas posibles de escape en busca de otros argumentos para hacer ganar el pleito a la contraparte.

[220] Éste es el lugar apropiado para hacer estas citas, a las cuales ya he referido en la nota 216.

[221] Al tratar en particular cada uno de los medios legales.

[222] En la eterna lucha en pro del ejercicio de un poder sin límites o, al menos, cada vez mayor, el mandamás de turno necesita asegurarse siempre de que quien no ha

Cuando esa confianza es escasa, el legislador se reserva para sí el establecer cuál es el exacto valor confirmatorio que tiene cada medio en particular[223] para que así, y no de otra forma, lo evalúe el juez en cada caso concreto; cuando la confianza es grande, la ley delega a los jueces la extrema facultad de apreciar como mejor les parezca cada uno de los medios aceptados y producidos[224].

De tal forma, lo recién apuntado genera dos sistemas de evaluación de medios de confirmación ya producidos:

a) el que se conoce con la denominación de *prueba tasada* o *legal* (establecida por el propio legislador y que los jueces no pueden ignorar);

b) el que se menciona como sistema de *prueba convictiva* (que puede analizar el juez según sus propios parámetros interpretativos, fallando luego a base de lo que realmente lo haya convencido para emitir su decisión en determinado sentido)[225].

Veamos ahora en qué consiste cada uno de los sistemas señalados.

3.7.2.1. El sistema de la tasación o de preordenación por la ley del valor de cada medio particular

En la historia procesal, este sistema de evaluación vino a civilizar las pruebas judiciales bárbaras (ordalías), como resultado de la influencia que los canonistas ejercieron en todo el sistema procesal vigente durante la Edad Media[226] y, por supuesto, estuvo al servicio de la Inquisición, donde tuvo gran auge.

cumplido con la norma de conducta impuesta por la ley será condenado a acatarla por orden de los jueces. Cosa que muchas veces no ha ocurrido en la historia.

[223] Tal como ocurrió con la *Ley de Partidas* y con el *Código Napoleón*. El Código Civil argentino es clara muestra de esto.

[224] Paradigma de esta posición es el Código Procesal Civil de Colombia.

[225] Reconozco que esta presentación del tema no es habitual ya que, al estudiar el tema históricamente, la mayoría de los autores lo muestran como compuesto de distintas técnicas: la *ordálica*, la *tasada*, la *libre* y la de la *sana crítica*. Por ahora insisto en que las ordalías no pueden constituir método alguno de evaluación seria y que tanto la apreciación libre como la de la sana crítica quedan atrapadas en el método convictivo. Luego me referiré puntualmente a todo ello.

[226] Gracias a esto, se adujo por importante doctrina procesal que el antiquísimo sistema acusatorio, vigente en Europa desde la caída del imperio romano, fue bien sustituido por el inquisitivo, viéndose en ello adelantos morales y bondades legislativas que, a estas altura de los acontecimientos, no pueden aceptarse como tales. Como consecuencia de ello, se elogió largamente al sistema de tarifa legal que explico luego, en el texto.

En lo que interesa a nuestras legislaciones en América, este sistema aparece normativamente en la *Ley de Partidas*[227] y se repite en casi todos los ordenamientos posteriores.

Para la mejor comprensión del tema, debo recordar que la Partida III otorgaba a ciertos medios confirmatorios un grado probatorio preordenado tal que el juez no podía desconocer.

Partiendo de su concepto de *prueba*[228], estableció que ella podía ser *plena*[229] o *semiplena*[230]. Y a partir de allí, legisló cuáles eran los medios que las producían[231-232].

Con estos datos en nuestro poder, veamos ahora en nota algunos ejemplos de clara tasación del valor en distintos testimonios[233].

Otros ejemplos de preordenación de cierto valor confirmatorio se encuentran en el artículo 993 del Código Civil argentino respecto del

[227] Si bien se mira, lo allí legislado es casi el mismo derecho romano de la época justinianea. Su importancia parece manifiesta, ya que fue la principal fuente de las *Leyes de Enjuiciamiento Civil* españolas de 1855 y de 1881, a su turno, predecesoras directas de la legislación americana de los siglos XIX y XX.

[228] La averiguación que se hace en juicio de una cosa y el medio con que se muestra y hace patente la verdad o falsedad de alguna cosa.

[229] La *plena*, que también puede llamarse *completa* o *perfecta*, es la que manifiesta sin dejar duda alguna la verdad del hecho controvertido, instruyendo suficientemente al juez para que en virtud de ella pueda dar sentencia condenatoria o absolutoria.

[230] La *semiplena*, que también puede llamarse *incompleta* o *imperfecta*, es la que por sí sola no demuestra con claridad el hecho, dejando duda acerca de la verdad de él y, por consiguiente, no instruye al juez en términos de poder dar sentencia.

[231] Producen plena prueba: 1) la confesión de la parte en juicio; 2) la declaración de dos o más testigos contestes; 3) las escrituras u otros documentos públicos; 4) la evidencia o inspección ocular del juez, principalmente en las causas de división o de amojonamiento.

[232] Producen semiplena prueba: 1) la deposición de un solo testigo (de donde proviene la antigua máxima *testis unus, testis nullus*); 2) la confesión extrajudicial; 3) el cotejo de letras; 4) la fama pública por sí sola, sin el apoyo de testigos idóneos; 5) el juramento supletorio; 6) las presunciones.

[233] "Dos testigos contestes y mayores, sin tachas, que concuerden en la persona, hecho o caso, tiempo y lugar donde pasó, bastan para hacer plena prueba" (ley 32, Título 16). Pero para "probar el pago de una deuda cuando ésta consta en escritura pública, son menester cinco testigos llamados y rogados para presenciar tal pago" (ídem). "Para probar la falsedad de un instrumento o escritura hecha ante escribano, son precisos cuatro testigos idóneos, los cuales depongan que la parte estaba en otro lugar diferente el día en que se otorgó dicho instrumento. Pero si fuese privado, bastan dos testigos" (ley 115, Título 18), etcétera.

contenido de una escritura pública[234] y en el artículo 166 del CPC de Santa Fe, Argentina[235], en cuanto al valor probatorio definitivo de la confesión judicial.

Es indudable que un sistema de valor confirmatorio pleno y preordenado tiene enorme importancia para el buen desenvolvimiento del tráfico jurídico: cuando un vendedor entrega al comprador la cosa vendida y no ha percibido aún su precio, parece obvio –ante la posibilidad de que ello sea negado en el futuro– que desee poder mostrar eventualmente un documento fehaciente que tenga para un juez pleno crédito del hecho relativo a la compraventa.

De ahí que yo sea defensor acérrimo del sistema de tasación en todo lo que refiere a los instrumentos mencionados en el # 3.5.1.2.1. Pero al mismo tiempo, creo que no cabe hacer tasación alguna de los restantes medios de confirmación y, particularmente, de los relativos a declaraciones de testigos.

3.7.2.2. El sistema convictivo

El sistema contrario al anteriormente explicado es el que hace reposar la evaluación de los medios confirmatorios en la prudencia, el saber y la experiencia del juez para que, razonando los datos evaluados al momento de sentenciar, logre la *convicción*[236] necesaria para aceptar o rechazar la existencia de un hecho afirmado por una de las partes.

De tal modo, nada le indica el legislador acerca del valor de eficiencia que debe dar a cada uno de los medios en particular[237]. Al referir al tema, la doctrina apela a sus *máximas generales de experiencia.*

En la mayoría de los casos en los cuales un juzgador cumple la tarea de juzgar, en orden a las pretensiones y defensas esgrimidas tiene cuasidecidido el pleito inmediatamente después de contrastar demanda y

[234] "El instrumento público hace plena fe hasta que sea argüido de falso por acción civil o criminal, de la existencia material de los hechos, que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo, o que han pasado en su presencia".

[235] "La confesión judicial provocada, aunque sea ante juez incompetente, *hace plena prueba contra el confesante*, salvo...".

[236] Ver el # 3.5.1.4.

[237] Que es, precisamente, lo que hace el método antes descrito.

contestación. Cuando le resulta menester el análisis de medios confirmatorios producidos en la causa, en tanto los razona mentalmente, *puede* ir manteniendo o cambiando su posición originaria según el grado de convicción que cada medio le produzca, pues no siempre es sencillo adoptar una solución que sea decisiva en el pleito. Pero en algún momento, ella se logra y es menester emitirla.

Cuando eso ocurre y el juez se halla ante la inminencia de dictar sentencia:

1) o nada explicará en ella acerca de las razones que tuvo en cuenta para tomar una decisión y no otra,

2) o tendrá que explicarlas con la mayor prolijidad posible por mandato de la ley, para lograr con ello que quien pierda en definitiva el pleito acepte convencido la justicia de lo resuelto[238].

Y esto es lo que origina dos subsistemas que encuadran en el concepto de convicción: el primero, en el cual el juez nada explica, se conoce como *libre convicción* (o, también, de *íntimo convencimiento* o de *convicción moral*) y es el que emplean siempre los miembros de un jurado[239] y los arbitradores en el juicio de arbitramento.

El segundo, en el cual se explica razonadamente el *iter* del pensamiento del juez en la tarea de tomar una decisión, se conoce con la denomi-

[238] Creo que esto es muy importante de destacar. Parece claro que de nada hay que convencer a quien gana el pleito: lo ganó y punto. Seguramente eso era lo que esperaba, de modo que el resultado obtenido no le produce sorpresa ni es causa de sus cavilaciones. El que perdió, en cambio, siempre mirará con desconfianza lo actuado por el juzgador y, cual ocurre con mayor habitualidad que la deseada, descreerá del sistema y de los jueces. Y esto es disvalioso pues cada sentencia no aceptada con buenas ganas por el perdedor mantendrá latente el estado de conflicto. Y ello no es lo mejor para el mantenimiento de la paz social, meta última de la actividad jurisdiccional.

[239] No es éste el momento apropiado para reflexionar acerca del juicio por jurados, aceptado como modelo de juzgamiento por la Constitución argentina de 1853 y aún pendiente de efectivización más de ciento cincuenta años después. Ya he afirmado antes que personalmente aplaudo la decisión del constituyente y que lamento que no se haya implementado hasta ahora. Pero la afirmación que corresponde hacer aquí es otra: entre quienes se oponen a ello, se afirma que el jurado no razona su pronunciamiento, no lo motiva, por cuya razón se violenta el derecho de defensa de quien no puede impugnar una decisión que le es adversa. Por cierto, esto debe verse desde otra óptica: la sentencia del juez de derecho es razonada pues en esa actividad se fundamenta precisamente la garantía de la defensa. El jurado, por su parte, ofrece esa garantía por razón diferente: la particular circunstancia de que su decisión debe ser tomada *unánimemente por elevado número de personas* (por ejemplo, 12).

nación de *sana crítica* (o de *apreciación razonada*) y es el que emplean todos los jueces de derecho y los árbitros en los juicios arbitrales.

El sintagma *sana crítica* o, mejor aún, su equipolente *reglas de la sana crítica*, debutó como método de apreciación de testimonios en el artículo 137 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* española de 1855[240]. Se trataba, simplemente de eliminar las operaciones aritméticas que debían hacer los jueces al contar y sumar personas que declaraban en un mismo sentido y reemplazarlas por operaciones de razonamiento mental basado en la lógica y en las observaciones que nacen de la experiencia personal del juez, confirmadas por la realidad.

Con el tiempo, y tal vez por la notable imprecisión del significado de los conceptos empleados para formar el sintagma[241], los autores primero y las leyes después extendieron estas *reglas* a la apreciación de todo medio confirmatorio[242], con lo cual puede llegar a instalarse la arbitrariedad judicial en el sistema.

De donde resulta que, actualmente, el juzgador debe razonar toda su decisión, aun en la etapa que contenga pura valoración tasada por el legislador. De ahí que importante doctrina afirme que la *sana crítica* exige que el juzgador piense y describa su razonamiento de modo tal que permita al perdedor comprender las razones objetivas y subjetivas que influyeron en su ánimo al tomar la decisión que le es adversa y, además, posibilitar al superior igual conocimiento para que pueda saber lo mismo y, eventualmente, atender los agravios del impugnante. Se sigue de ello que la valoración, conforme la sana crítica al día de hoy, no es una técnica exclusiva sino que es la resultante de una combinación que reúne desde el valor anticipado de los medios de acreditamiento a la libre convicción en las declaraciones, para llegar a la ponderación final de todos los medios de eficiencia regularmente llevados al proceso.

[240] Fue tomada del anterior *Reglamento de lo Contencioso ante el Consejo de Estado español* (arts. 147 y 148).

[241] Adviértase que *crítica* es el sustantivo que produce la actividad de *criticar*: censurar o juzgar en forma desfavorable a personas o actos. Y *sana* significa *buena, con buena salud*. Por extensión, *sin vicios ni costumbres moral o psicológicamente reprochables*.

[242] No obstante, la mayoría de los cuerpos legales vigentes en el continente reservan su utilización para la sola apreciación de la declaración de testigos: ver, por ejemplo, en Argentina, CPC Nación, art. 456 y Santa Fe, art. 224.

CAPÍTULO 23

LA ACUMULACIÓN PROCESAL

SUMARIO:

1. Explicación previa
2. Continencia pretensional
   2.1. Acumulación de procesos
      2.1.1. Clases
         2.1.1.1. En el campo de lo civil
            2.1.1.1.1. Acumulación objetiva
               2.1.1.1.1.1. Requisitos
                  2.1.1.1.1.1.1. Compatibilidad
                  2.1.1.1.1.1.2. Unidad de competencia
                  2.1.1.1.1.1.3. Identidad de trámite
               2.1.1.1.1.2. Quién puede efectuarla
               2.1.1.1.1.3. Oportunidad para acumular
            2.1.1.1.2. Acumulación subjetiva
               2.1.1.1.2.1. Hipótesis
                  2.1.1.1.2.1.1. Conexidad
                  2.1.1.1.2.1.2. Identidad
                  2.1.1.1.2.1.3. Incompatibilidad
                  2.1.1.1.2.1.4. Causal y mixta
                  2.1.1.1.2.1.5. Afinidad
               2.1.1.1.2.2. Requisitos
               2.1.1.1.2.3. Quién puede efectuarla
               2.1.1.1.2.4. Oportunidad para acumular
            2.1.1.1.3. Acumulación por atracción a un juicio universal
            2.1.1.1.4. Acumulación impropia: la prejudicialidad
         2.1.1.2. En el campo de lo penal
   2.2. Separación procesal

1. EXPLICACIÓN PREVIA

Sin lugar a dudas, los temas comprendidos en este Capítulo son los que muestran mayor dificultad de entendimiento en toda la extensión

de la materia. Ello obedece a una defectuosa técnica normativa y a la carencia de estudios doctrinarios integrales que desarrollen sistemática y armoniosamente los temas puntuales que aquí se abordan con clara y definitiva comprensión de los fenómenos jurídicos particulares regulados.

Esto ha generado una suerte de divorcio inconciliable entre la ley y la realidad jurídica de nuestro tiempo que se exhibe palmariamente en la discordante y a veces caótica jurisprudencia publicada que, además de confundir al intérprete, lo sume en la más absoluta perplejidad de la duda.

Por mi parte, debo confesar que también he transitado los lugares comunes de toda exposición monográfica relativa al tema. Hoy, en honesto acto de contrición, debo reconocer que su publicación fue un simple pecado de soberbia que ruego sea ignorado por el lector. Y esto porque, con los años, he llegado al convencimiento de mi error al advertir que todos los temas relativos a la *acumulación procesal* (acumulación propiamente dicha, inserción, sustitución, reconvención, litispendencia, cosa juzgada, litisconsorcio, intervención de terceros, etcétera) ostentan siempre un punto en común: *la comparación de pretensiones procesales (contemporáneas o sucesivas)*, del cual hay que partir en toda explicación que intente ser docente.

De allí que resulte ahora imprescindible releer el Capítulo 8 en su parte pertinente, cuya plena comprensión es necesaria para entender la explicación que sigue.

2. La continencia pretensional

Habitualmente, el fenómeno del *litigio* se presenta con extrema simplicidad: *un procedimiento* judicial es el continente de *un proceso* originado en *una pretensión* demandada por *un sujeto* contra (otro) *un sujeto*.

Sin embargo, la experiencia jurídica enseña que a raíz de un *conflicto* acaecido en la realidad social pueden surgir *diversos litigios* que convierten en *complejo* al que hasta recién era un fenómeno simple.

Así, por ejemplo,

1) un sujeto puede pretender uno o varios objetos de varios sujetos o, a la inversa,

2) varios sujetos pueden pretender uno o varios objetos de un mismo sujeto y, finalmente,

3) varios sujetos pueden pretender uno o varios objetos de varios sujetos.

Pero también puede suceder que la necesidad de liquidar un patrimonio en su totalidad deba hacerse en ciertas condiciones similares para sus acreedores a fin de que todos puedan concurrir igualitariamente al reparto. Y esto aconseja que sea un mismo y único juez el que atienda todas las peticiones y litigios.

Suele ocurrir también que –a consecuencia de un mismo conflicto– los partícipes de él puedan cruzarse pretensiones de diferente naturaleza (civil y penal) que merecen ser resueltas con unidad lógica de criterio a fin de no generar un caos jurídico.

Otro tanto puede acaecer en lo penal a consecuencia de que un delito sea cometido por varios sujetos o de que un mismo sujeto cometa varios delitos.

De ahí que los códigos deban prever soluciones procedimentales a todos estos supuestos complejos de fenómenos de coexisistencia entre diversos litigios.

Todo esto da lugar a ciertas *soluciones* o *resultados* procesales que se conocen legalmente con las denominaciones de *acumulación* (en lo civil y en lo penal), de *atracción* y de *prejudicialidad* (en rigor, un caso de *acumulación impropia*).

Cuadra agregar que existen otros supuestos que aconsejan no efectuar la *acumulación*, generándose así su resultado inverso: el de la *separación procesal*.

Finalmente, cabe reiterar que la doctrina es absolutamente dispar en la denominación de los fenómenos que aquí se describen, de donde resulta que el lector corre el riesgo de caer en grosera confusión al comparar los diversos textos autorales, toda vez que allí se emplean términos multívocos que se potencian en su equivocidad en razón de otorgarles cada autor un diferente sentido (por ejemplo, lo que para algunos es *conflicto* para otros es *litigio* o *controversia* o *causa*, etcétera). De ahí la importancia que asigno a la cuidadosa explicación del significado de cada palabra utilizada en esta obra.

2.1. La acumulación de procesos

En el campo de lo civil (en rigor, todo lo que sea *no penal*) puede ocurrir hipotéticamente que:

1) un mismo actor demande varios objetos del mismo demandado;

2) el demandado demande al actor reconviniéndolo en el mismo procedimiento;

3) un mismo actor demande por idéntica causa (entendiendo por tal la sumatoria del hecho causal y de la imputación jurídica efectuada a base de ese hecho) a varios demandados, no interesando al efecto si el objeto pretendido es o no el mismo respecto de todos ellos. En esta situación, ya se ha visto que la solución final respecto de la *existencia o validez de la causa* debe ser *la misma* para todos los demandados, aunque resulte diferente en cuanto al objeto pretendido (se trata de un caso de *conexidad causal*, ver el Capítulo 8);

4) un mismo actor demande a varios sujetos alegando que entre ellos existe una relación jurídica inescindible (igual hecho, igual imputación jurídica e igual objeto pretendido), por lo cual la solución final respecto de todos los demandados debe ser la misma no sólo en cuanto a la existencia o validez del hecho causal, sino también en cuanto a las conductas futuras que se pretende sean impuestas por el juez en la sentencia (se trata de un caso de conexidad mixta objetivo-causal que genera entre los diversos demandados una relación litisconsorcial necesaria, ver el Capítulo 8);

5) un mismo actor demande a varios sujetos pretendiendo uno o varios objetos a base de un mismo hecho, pero haciendo imputaciones jurídicas diferentes a todos ellos (por lo cual la solución final respecto de todos los demandados habrá de ser idéntica a la del supuesto explicado recién en 3) (caso de afinidad causal, ver el Capítulo 8).

En todos los casos precedentes, las normas procesales permiten configurar lo que la doctrina llama *proceso acumulativo* (en rigor, se trata de *procesos acumulados en un solo procedimiento*), entendiendo por tal aquel procedimiento (o expediente) que sirve para la satisfacción de por lo menos dos pretensiones que han originado otro número igual de procesos.

Esta acumulación está simplemente *permitida* en algunos casos (quedando a voluntad de las partes el hacer o no la acumulación), en tanto que es absolutamente *imperativa* en otros (no interesa al efecto la voluntad de las partes).

2.1.1. Las clases de acumulación procesal

La acumulación procesal puede presentarse tanto en el campo de lo *civil* como en el de lo *penal*, operando de diferentes maneras según sea uno u otro caso. A ambos me referiré seguidamente.

2.1.1.1. En el campo de lo civil

La acumulación procesal puede ser clasificada desde una doble óptica:

1) por el *tipo* de acumulación que se efectúe, puede ser:

- *objetiva* (lo que la ley llama *acumulación de acciones* en unos casos o *acumulación de pretensiones* en otros), y
- *subjetiva* (lo que algunas leyes llaman *acumulación de autos* o *acumulación de procesos* o *acumulación de partes procesales*); en rigor, todas constituyen *acumulación de procesos en un procedimiento único.*

2) por la *oportunidad* en la cual se verifica la acumulación, que puede ser:

- *originaria*, si se hace en la demanda, o
- *sucesiva*, si se efectúa con posterioridad a ella.

Esta última, a su turno, opera por:

- *inserción* (alguien se introduce en un procedimiento o, para mejor comprensión, en *un expediente ajeno* a fin de utilizarlo para tramitar en él un *proceso propio*), o por
- *reunión* (se reúnen o juntan dos procedimientos o expedientes diferentes para hacer uno solo de allí en más o para dictar una sola sentencia que contemple todas las pretensiones deducidas).

De acuerdo a todo lo explicado precedentemente, el caso 1 del punto 2.1 origina una *acumulación objetiva de pretensiones* por un mismo actor contra un mismo demandado; el caso 2 una *acumulación de pretensiones antagónicas* (por reconvención); los casos 3, 4 y 5, una *acumulación subjetiva de pretensiones*. Todo ello será explicado seguidamente.

2.1.1.1.1. LA ACUMULACIÓN OBJETIVA DE PRETENSIONES

La acumulación objetiva es la reunión, originaria o sucesiva, de distintas pretensiones que un sujeto tiene contemporáneamente frente a otro, realizada con la finalidad de que sean sustanciadas en un único procedimiento y decididas en la misma sentencia para obtener con ello una mayor economía y celeridad procesales. En rigor, se trata siempre de una *acumulación de procesos en un mismo e idéntico procedimiento.*

Su origen se encuentra en la conexidad exclusivamente *subjetiva* de las distintas pretensiones, que muestran siempre a la misma persona del actor frente a la misma persona del demandado pretendiendo simultáneamente más de un objeto.

Lo que interesa destacar aquí es que ambas partes se encuentran *siempre* en la misma posición de actor o demandado en los distintos litigios (lo que no ocurre en el caso de la reconvención). Descarto aquí, por tanto, la existencia de conexidad causal u objetiva.

El fundamento de esta posibilidad de acumular por conexidad subjetiva (advierta el lector ahora que la *conexidad subjetiva* origina siempre una *acumulación objetiva*, pues luego se verá que ocurre a la inversa en el caso de la *conexidad objetiva donde la acumulación es subjetiva*) se encuentra sólo en la conveniencia de hacer prevalecer las reglas procesales de *economía* y *celeridad*, que enseñan la conveniencia de obtener el mayor resultado con el mínimo de esfuerzo.

De ahí que si Pedro pretende de Diego la restitución de dinero dado en mutuo y al mismo tiempo la de la cosa entregada en comodato, puede incoar un procedimiento distinto a base de cada una de sus pretensiones o bien juntarlas –a su voluntad– en un procedimiento único si se dan varias condiciones que luego se verán.

Parece razonable imaginar que nadie podrá negar la conveniencia –tanto para Pedro como para Diego– de tramitar en forma conjunta ambas pretensiones, ya que ello requerirá *una* demanda, y *no dos*, *una* contestación, y *no dos*, *un* ofrecimiento de prueba, y *no dos*, etcétera.

Distinto es el caso cuando en un procedimiento aparecen más de dos sujetos, lo que se verá más abajo.

2.1.1.1.1.1. LOS REQUISITOS PARA HACER LA ACUMULACIÓN OBJETIVA

La acumulación objetiva exige tres requisitos: la *compatibilidad de las distintas pretensiones* esgrimidas por el actor contra el demandado, la *unidad de la competencia judicial* que legalmente corresponde para conocer de todas las pretensiones deducidas y la *identidad de los trámites* previstos por la ley para procesar todas ellas.

2.1.1.1.1.1.1. LA COMPATIBILIDAD DE LAS PRETENSIONES DEDUCIDAS

El primer requisito de admisibilidad de la acumulación objetiva exige que las pretensiones no sean contrarias o incompatibles entre sí de modo *que una no excluya a la otra*, como ocurriría, verbigracia, si el actor demandare al mismo tiempo el *cumplimiento* y la *resolución* de un mismo contrato.

Surge de ello que la incompatibilidad se presenta sólo si ambas pretensiones se deducen *contemporáneamente* y con carácter *principal*, pero nada impide que se incoe, una respecto de la otra:

a) *eventualmente*:

La segunda pretensión se presenta para que el juez la considere y falle sólo en caso de ser desestimada la primera (v. gr.: las pretensiones de simulación y fraude, las de cumplimiento y resolución de contrato y viceversa, las de cumplimiento por imprevisión contractual y nulidad por lesión, etcétera);

b) *sucesivamente*:

La segunda pretensión se presenta condicionada a que sea estimada la primera, a lo cual cierta doctrina denomina *eventualidad impropia* (v. gr.: las pretensiones de percepción de capital e intereses compensatorios de ese mismo capital, de desalojo y de daños y perjuicios por la ocupación indebida del inmueble a desahuciar, la de fijación de plazo y la de condena al pago dentro de él, la de rescisión de contrato de compraventa y la de daños y perjuicios por su incumplimiento, etcétera).

A estos supuestos la doctrina agrega el caso de que sean incoadas:

c) *alternativamente*:

La segunda pretensión se presenta también en forma principal a fin de que sea estimada ella *o* la primera, indistintamente (v. gr.: las pre-

tensiones *quanti minoris* y redhibitoria). El CPC de Perú alude expresamente a este tipo de acumulación en su artículo 47.

A mi juicio, el caso se subsume en la prohibición que surge del requisito en estudio, en tanto las distintas pretensiones, aunque alternativas, sean excluyentes.

2.1.1.1.1.1.2. La unidad de competencia para conocer de todas las pretensiones

El segundo requisito de admisibilidad de la acumulación objetiva exige que las diferentes pretensiones que han de tramitar en forma conjunta pertenezcan a la *misma competencia judicial.*

El fundamento de ello es obvio: si se intenta la acumulación de diversas pretensiones en un mismo procedimiento que ha de sustanciar un único juez, éste debe ser competente para conocer de todas ellas.

La exigencia está contenida en casi todos los códigos del sistema continental. Algunos expresan la idea con absoluta claridad al referir que la acumulación será procedente cuando *todas* las pretensiones puedan tramitar ante el *mismo juez o tribunal*, lo que supone que ellas corresponden a idéntica competencia en razón de la materia, del grado, del territorio y del valor.

Otros códigos establecen que las pretensiones deben ser deducidas ante la misma *competencia* o, con menor precisión terminológica, ante el *mismo fuero* o *misma jurisdicción*, y ello debe ser entendido en el sentido antes explicado.

Algún código limita el requisito a la *misma competencia material y por valor*, en tanto que otro –expresamente– autoriza, en orden a la competencia por valor, la acumulación de una pretensión de menor a otra de mayor cuantía.

Esta última salvedad parece correcta y necesaria de incorporar a las legislaciones que no la contienen, toda vez que pudiendo *lo menos* quien legalmente puede *lo más*, ningún óbice existe en acumular pretensiones correspondientes a distintas competencias por valor cuando se proponen ante el juez de mayor cuantía.

2.1.1.1.1.1.3. La identidad del trámite de todas las pretensiones

El tercer requisito –acumulativo con los anteriores– para la admisibilidad de la acumulación objetiva es obvio a poco que se repare en que el buen orden judicial y la lógica procedimental imponen que, tratándose de pretensiones a acumular, sea factible brindar a ellas igual trámite en sus respectivas sustanciaciones, ya que lo contrario sería caótico o imposible.

Esta exigencia aparece constante en la mayoría de los códigos, salvo en algún caso que autoriza una suerte de opción a favor del actor en el sentido de que proponga tramitar todas las pretensiones por la vía procedimental más amplia, aunque ello así no corresponda conforme con lo legislado para cada una de ellas.

Esa solución parece razonable toda vez que permite respetar las reglas de la economía y de la celeridad procesales –fundamento y única razón de ser de este tipo de acumulación– sin detrimento del derecho de defensa del demandado, que así puede mejorar sensiblemente en orden a plazos, defensas y recursos oponibles.

2.1.1.1.1.2. Quién puede efectuar la acumulación objetiva

Como es obvio, surge a primera vista que este tipo de acumulación puede ser efectuada *sólo por el actor*, a quien le corresponde ejercer la respectiva facultad en la oportunidad que señalaré en el punto siguiente.

Ejercida la facultad de acumular –y salvo casos excepcionales– nada puede hacer ya el demandado al respecto y debe continuar el trámite de todos los procesos dentro de un mismo procedimiento.

Sin embargo, no existe óbice alguno para que el propio demandado pueda instar –claro que en diferente oportunidad– la acumulación cuando el actor no ha procedido a acumular las distintas pretensiones en su demanda.

Supóngase que, en el ejemplo ya visto precedentemente, Pedro demande a Diego la restitución del dinero dado en mutuo y que, contemporáneamente pero en otro procedimiento (expediente), el mismo Pedro demande al mismo Diego la devolución de una cosa entregada en comodato.

Parece razonable argumentar acá que así como la ley puede privilegiar la comodidad del actor permitiéndole efectuar la acumulación de sus pretensiones –y, al mismo tiempo, evita que el contrario se oponga a ello– no puede negarse al demandado la posibilidad de hacer lo mismo en el caso inverso: si el actor no acumuló y, por ello, le genera la carga de soportar dos litigios, resulta prudente otorgarle el ejercicio de un derecho similar en orden al mantenimiento de la igualdad procesal.

En esta inteligencia, los códigos en general prevén el supuesto en trato aunque lo legislan junto con otro pensado para caso diferente. Y, así, la interpretación jurisprudencial generalizada ha venido a desvirtuar lo que he explicado hasta ahora.

Tal cosa ocurre, por ejemplo, en el Código de la provincia de Santa Fe, en la Argentina: se llega allí a idéntico resultado por la vía de lo que su normativa denomina *acumulación de autos* o *de procesos*, que resultará admisible en tanto las pretensiones subjetivamente conexas se encuentren en el *mismo grado de conocimiento judicial*, pertenezcan a la *misma competencia* y se sustancien por el *mismo trámite* (ver el código citado en su art. 340, inc. 1º[1]).

Otros códigos, por lo contrario, establecen expresamente la inadmisibilidad del planteo recién efectuado (ver, por ejemplo, el de la Nación Argentina en su art. 188), toda vez que sujeta la procedencia de la acumulación de procesos a la admisibilidad de la acumulación subjetiva de pretensiones.

No obstante ello, una interpretación sistemática del instituto mostraría que nada empece a que la acumulación sucesiva de pretensiones incoadas por separado se haga a pedido de *cualquiera* de las partes toda vez que las razones de economía y celeridad que se invocan al efecto juegan tanto para el actor como para el demandado; y esta tesitura, por cierto, no afecta la igualdad procesal de las partes.

[1] CPC Santa Fe, *art. 340*: "Para que proceda la acumulación de autos, es necesario: 1) que las causas se encuentren en la misma instancia, pertenezcan a la misma jurisdicción y deban sustanciarse por el mismo trámite; 2) que la sentencia que haya de dictarse en un pleito deba producir cosa juzgada en el otro o que en virtud de idéntica causa jurídica una misma persona sea demandada separadamente por varias o ella demande a varias. La acumulación se hará a solicitud de parte o de oficio y sobre el expediente más antiguo".

2.1.1.1.3. La oportunidad para efectuar la acumulación objetiva

Un somero examen de diversas leyes procesales revela que difieren en cuanto a la *oportunidad* respecto de la cual aceptan la acumulación:

1) algunos códigos le permiten al actor acumular sólo al momento de presentar la demanda;

2) otros, en cambio, autorizan la acumulación efectuada después de promover la demanda pero antes de ser notificado el traslado respectivo;

3) otros más, por fin, aceptan que la acumulación se efectúe *hasta* la contestación de la demanda.

A mi juicio, la solución correcta es la enunciada bajo el Nº 2, en cuanto la acumulación sea impetrada por el actor.

En caso de aceptarse la tesis de que ella también puede ser instada por el demandado, éste habrá de pedirla –obviamente– en la propia contestación de la demanda.

2.1.1.1.2. La acumulación subjetiva de pretensiones

La *acumulación subjetiva* es la reunión, originaria o sucesiva, de distintas pretensiones que un sujeto tiene contemporáneamente contra varios o que varios tienen contra uno o que varios tienen contra varios por presentarse entre tales pretensiones una vinculación por conexidad objetiva, por conexidad causal, por conexidad mixta objetivo-causal o por afinidad. En rigor de verdad, la denominación correcta de este supuesto debería ser la de *acumulación de procesos seguidos por o contra varios sujetos en un mismo procedimiento.*

De tal modo, lo que caracteriza a este tipo de acumulación es que, por lo menos en una de las posiciones antagónicas que ocupan las partes procesales (bando actor o bando demandado), existe *más de un sujeto* (caso de *partes múltiples*, *plurales* o *complejas*).

Esta circunstancia ha originado un claro error conceptual que aparece inexplicablemente tanto en la doctrina autoral como en el propio texto de los códigos y, por ende, en toda la jurisprudencia que se ocupa del tema.

Para la mejor comprensión del punto en cuestión doy un ejemplo que tomo de la ley vigente: el artículo 88 del CPC de la Nación, bajo la

errónea denominación de *litisconsorcio facultativo* dispone, que "Podrán varias partes demandar o ser demandadas en un mismo proceso [léase procedimiento o expediente] cuando las acciones [léase pretensiones] sean conexas por el título, o por el objeto, o por ambos elementos a la vez".

Es fácil advertir que la norma citada peca por clara deficiencia técnica que es menester destacar a fin de evitar grave confusión interpretativa en el lector, pues la ley efectúa una indebida extensión del vocablo *litisconsorcio* al mezclar bajo un mismo rótulo supuestos que nada tienen que ver entre sí.

Y es que la idea que refiere a un *proceso con multiplicidad de partes* no es equipolente con la idea de *litisconsorcio*. Antes bien, ambas se hallan en relación de *género a especie*: si bien todo litisconsorcio entraña un proceso con multiplicidad de partes por lo menos en una de las posiciones actora y demandada, no ocurre lo mismo a la inversa. El tema ya fue desarrollado en el Capítulo 15 y a su lectura remito nuevamente.

Aclarado lo expuesto –y sin perjuicio de criticar luego y nuevamente la denominación de la norma comentada– cabe afirmar aquí que de los tres supuestos que ella contiene (conexidad por el título o causal, conexidad objetiva y conexidad mixta objetivo-causal), a los cuales cabe añadir el de *afinidad*, sólo interesa por ahora el referente a la *conexidad objetiva*.

Se verá luego que la conexidad objetiva entre distintas pretensiones se da cuando ellas exhiben *identidad* o *incompatibilidad* respecto del objeto pretendido.

Y resulta claro que ambos supuestos son diferentes y, por ende, presentan distintas soluciones procesales, aunque los dos muestran siempre un número plural de sujetos en una de las posiciones ya citadas. Volveré inmediatamente sobre el tema en el # 2.1.1.1.2.1.2.

2.1.1.1.2.1. Las hipótesis de acumulación subjetiva

Dos son las hipótesis de *acumulación subjetiva*: la de *conexidad* (en las distintas variantes que luego estableceré) y la de *afinidad*.

2.1.1.1.2.1.1. La hipótesis de conexidad

Cuatro son los casos que aparecen a partir de la hipótesis de *conexidad* de las distintas pretensiones susceptibles de acumular: el de la *identidad del objeto*, el de la *incompatibilidad de las pretensiones sobre un mismo objeto*, el de la *conexidad causal* y el de la *conexidad mixta objetivo-causal*.

2.1.1.1.2.1.2. El caso de la identidad de pretensiones sobre un mismo objeto

Para la mejor comprensión del caso reitero ahora un ejemplo que ya brindé antes: si Pedro –propietario de un fundo– pretende desalojar de él a Diego, porque es un locatario que no paga su alquiler, y, al mismo tiempo, a Juan, porque es un usurpador que lo ocupa parcialmente, se ve claramente que el único elemento en común que tienen las pretensiones comparadas es el *objeto pretendido* –el mismo inmueble ocupado por personas que nada tienen que ver entre ellas–, siendo diferentes en ambos supuestos los sujetos (Pedro y Diego, por un lado, y Pedro y Juan, por el otro) y las causas (falta de pago del arriendo y usurpación).

Cuando esto ocurre, el bando plural sólo se puede formar en la posición *demandada* ya que si varios actores se unen para lograr un objeto común lo harán siempre por estar *colegitimados causalmente* para hacerlo (es absolutamente imposible de imaginar caso diferente al presentado), lográndose con ello una relación litisconsorcial (que no es el caso en tratamiento).

Si se vuelve al ejemplo recién mencionado, se recordará que el derecho que la ley acuerda al actor para acumular pretensiones conexas por el objeto contra varios demandados tiene como único fundamento el lograr mayor economía procesal y celeridad en los trámites.

De tal modo, la decisión inicial del actor de acumular sólo compete a su propio interés: puede hacerlo o no, según convenga a su estrategia en el litigio.

En otras palabras e insistentemente: cuando la conexión es por *identidad del objeto*, el actor puede demandar por separado o reunir a todos los demandados en un solo procedimiento, decidiendo voluntariamente por una u otra solución.

A partir de esta premisa, resulta meridianamente claro que las distintas partes que componen la posición procesal de demandada actúan con toda *independencia* y que, por ende, pueden mostrar (y generalmente lo hacen) una falta de coordinación de sus intereses.

Esta idea lógica no ha sido comprendida por muchos legisladores, que plasman en los códigos soluciones caprichosas que afectan el derecho de defensa de los así demandados (ver, por ejemplo, el texto del artículo 88 del CPC de la Nación, donde se afirma absurdamente que entre tales partes procesales integrantes de una misma posición existe una *relación litisconsorcial* [facultativa].

Y de tal modo, a partir de este error conceptual que no ha sido advertido por la doctrina, sujeta a *partes claramente independientes* (reitero que en nuestro caso nada tienen que ver entre sí el locatario moroso y el usurpador, salvo la voluntad del actor de reunirlos en una sola demanda para respetar su propia comodidad) a las reglas que sólo pueden ser aplicadas *a partes coordinadas* (que requieren igual decisión respecto de la existencia o validez de la causa obligacional).

Véase cómo se vulnera el derecho de defensa de las partes: en el mismo código recién citado, por ejemplo, el segundo párrafo del art. 15 limita la posibilidad de recusar sin expresión de causa a uno solo de los actores o de los demandados cuando son varios; cosa parecida se dispone en el código de Santa Fe, donde el artículo 235 dispone que "La perención [de la instancia] es *indivisible* cualquiera sea la naturaleza de la obligación".

Insisto en la incongruencia de tales normas con el sistema procesal vigente y en cómo agravan la defensa de los derechos de la parte demandada.

En efecto: este tipo de acumulación sólo puede ser hecha por voluntad del o de los actores; si varios de ellos deciden juntar sus pretensiones, es razonable admitir que deban ajustarse a las limitaciones que establece, por ejemplo, el ya citado artículo 15. Pero no resulta lógicamente aceptable que, por la simple voluntad de ellos, sólo uno de varios demandados pueda ejercer la facultad de recusar –toda vez que en caso de presentarse demandas por separado podrían todos hacer pleno uso

del aludido derecho– y que lo pierdan por simples razones de economía y celeridad que benefician exclusivamente al o a los actores.

Idénticas consideraciones cabe realizar respecto de la indivisibilidad de la caducidad de la instancia en la segunda de las citas ejemplificativas.

Afortunadamente, la mala redacción del artículo 312 del CPC de la Nación –al cual recurro siempre que deseo mostrar una pésima legislación–, interpretado conforme a los principios sustentados en esta obra, permite soslayar este problema en cuanto establece que "El impulso del procedimiento por uno de los litisconsortes beneficiará a los restantes...", de donde resultará aplicable sólo al caso de litisconsorcio y no al de acumulación subjetiva de pretensiones por identidad del objeto pretendido.

Insistiendo recurrentemente en el fenómeno: ya que las cosas son lo que son no obstante cómo se las llame, la circunstancia de que el art. 88 ya citado denomine *litisconsorcio facultativo* a un supuesto que sólo muestra un caso de simple acumulación subjetiva (el género) sin relación litisconsorcial (la especie) no cabe aplicar a aquél las reglas propias de ésta.

Por tanto: quienes se hallan actuando en una posición procesal integrada por partes plurales lo hacen con *total y absoluta independencia*, no pudiendo jamás afectar a una de ellas lo que hace la otra.

2.1.1.1.2.1.3. El caso de la conexidad por incompatibilidad de las pretensiones sobre un mismo objeto

Comienzo nuevamente con un ejemplo: si Pedro reclama a Diego la restitución de la finca que le usurpara y, al mismo tiempo, Juan reclama al mismo Diego la misma finca, que le compró y de la cual no obtuvo la tradición, se ve también claramente que, además de la persona de Diego, el *único* elemento común que tienen las pretensiones comparadas es el *objeto* pretendido, que lo quieren *excluyentemente* para sí *distintos* sujetos a base de *distintas* causas (Pedro, por un lado, y Juan, por el otro).

Cuando esto ocurre el fenómeno que acaece en el plano procesal cambia radicalmente: ya no hay varios sujetos en la posición de la parte demandada sino *tres sujetos opuestos entre sí.*

A este caso se llega por tres vías:

1) la *inserción procesal*, mediante la figura de la *intervención excluyente de tercero* (ver el Capítulo 18) o, en su defecto, por

2) la *acumulación necesaria sucesiva* de dos procesos en un procedimiento (casos del mal llamado litisconsorcio en el artículo 88 ya varias veces citado, no obstante tratarse de una relación jurídica escindible), y por

3) la *citación provocada para lograr la demanda de un tercero* (este tipo de citación procede cuando una de las partes originarias teme la demanda eventual de un tercero que afirma la titularidad del derecho litigioso a fin de que lo haga valer en el mismo procedimiento) (ver el Capítulo 18).

Respecto del primer supuesto (en rigor, lo mismo resulta para los demás), ya se ha visto en el Capítulo 20 que la doctrina generalizada afirma que –ante la inserción del tercero– las partes originarias *se colocan automáticamente en relación litisconsorcial.*

Por mi parte, y no obstante haber sostenido tal tesis antes de ahora, creo hoy que no es exacta.

Por lo pronto, para que exista relación litisconsorcial (tal como ya se ha visto en esta obra) es imprescindible que se presente una *conexidad del hecho causal* entre las diversas pretensiones, cosa que obviamente no ocurre en el caso tratado, que muestra sólo una conexidad por incompatibilidad de las pretensiones sobre el mismo objeto.

Además, por simple razonamiento lógico –y sin que ello implique una regla absoluta– la relación litisconsorcial supone una *coordinación de intereses* entre los litisconsortes, cosa que tampoco se presenta aquí ya que las partes originarias actúan con *intereses contrapuestos antes, durante* y, eventualmente, *después* de la intervención: son siempre partes *contrarias.*

Por tal razón, cada uno de ellas actúa en forma por completo *independiente* de las otras, y la sentencia única a dictar por razones de economía y celeridad respecto de las tres relaciones debe mencionar expresamente, absolviendo o condenando, a las tres partes encontradas.

2.1.1.1.2.1.4. Los casos de conexidad causal y de conexidad mixta objetivo-causal

Todos los supuestos enunciados en el título constituyen procesos con partes plurales que generan una relación litisconsorcial entre quienes se hallan componiendo una misma posición (actora o demandada) en el proceso.

De aquí que las soluciones procesales a dar en cada uno de tales supuestos deben ser diferentes a las ya vistas respecto de los casos de conexidad objetiva.

Por lo pronto, ya adelanté un juego de palabras para mostrar al lector una suerte de regla mnemotécnica que lo ayude a comprender el tema: si la *conexidad subjetiva* (mismos sujetos) origina una *acumulación objetiva* (de lo cual resulta que se acumulan objetos), la *conexidad objetiva* (en la simple o mixta, al igual que en la afinidad: el hecho causal es siempre el mismo) origina una *acumulación subjetiva* (de lo cual resulta que se acumulan sujetos).

Ya expliqué en el Capítulo 15 que el *género litisconsorcio* existe cuando entre diversas pretensiones se presenta un vínculo tal entre los distintos sujetos que actúan en una misma posición procesal (por cotitularidad de una relación jurídica *escindible* o por afinidad) que requiere que el juez actuante respete y asegure una comunidad de suerte entre todas las copartes que integran el mismo bando (a raíz de ello, la decisión que recaiga acerca de la existencia o de la validez del hecho causal será la misma para todos los litisconsortes).

Aunque la escindibilidad de la relación posibilita que el actor demande a uno de los cotitulares de la obligación y no al otro, por ejemplo (piense el lector en dos codeudores solidarios entre los cuales el actor elige al más solvente), si llega el momento de demandar al otro no podrá hacerlo en forma independiente del primero.

Por lo contrario, habrá de acumular la segunda pretensión a la primera ya deducida para lograr así la *identidad o uniformidad de la decisión judicial* acerca del hecho causal de la obligación y evitar con ello el caos jurídico de soluciones contradictorias acerca del mismo hecho. Y si así no lo hace, tendrá que ordenarlo el juez por las mismas razones recién apuntadas.

Si esto ocurre en los supuestos de *conexidad causal* y de *afinidad*, con mayor rigor tendrá que ocurrir lo propio en los casos de *conexidad mixta objetivo-causal*, ya que ella genera siempre una *relación litisconsorcial necesaria* en la que la decisión judicial debe ser siempre idéntica para todos los litisconsortes no sólo respecto del *hecho causal* sino también acerca de las conductas que el juez impone para que sea cumplida por ellos.

2.1.1.1.2.1.5. La hipótesis de afinidad

Remito aquí al lector a la lectura del punto precedente, plenamente aplicable al caso de afinidad procesal.

2.1.1.1.2.2. Los requisitos para efectuar la acumulación subjetiva

Ya adelanté en el número anterior –y lo reitero ahora para todos los ejemplos posibles de imaginar respecto de estos casos– que las distintas pretensiones, conexas o afines, *deben tramitar necesariamente en forma conjunta* o, al menos, obtener una *sentencia única* a fin de evitar el eventual caos jurídico.

De allí que en todos los supuestos mencionados no quepa ya hablar de economía o de celeridad procesales (fundamentos de la acumulación objetiva), sino de la *certeza* y de la *seguridad jurídicas*. Cabe derivar de ello que ya no interesa tanto que sea o no *conveniente* –y, por tanto, voluntaria para las partes la tramitación conjunta– sino que, surja o no ello en forma expresa de la ley, *la acumulación es absolutamente necesaria* (y por tanto debe operar aun en contra de la voluntad de las partes) para erradicar toda posibilidad de coexistencia de sentencias contradictorias.

Algunos códigos refieren a este tema al legislar acerca de la *acumulación de autos* (o de *expedientes*), imponiendo la acumulación "...siempre que la sentencia que haya de dictarse en un pleito deba producir efecto de cosa juzgada en el otro o que, en virtud de idéntica causa jurídica, una misma persona sea demandada separadamente por varias o ella demande a varias".

Como se ve, el idioma legal consagra la idea ya explicada en el curso de esta obra.

2.1.1.1.2.3. Quién puede efectuar la acumulación subjetiva

La acumulación subjetiva de procesos puede solicitarla cualquiera de las partes y en todo momento anterior a la sentencia, habida cuenta de las razones que fundamentan la necesidad de acumular (certeza y seguridad jurídicas).

Tan exacta y drástica resulta esta afirmación que si las partes obvian efectuar la acumulación, ésta debe ser ordenada oficiosamente por el juez en cualquier momento a fin de evitar siempre la posibilidad de coexistencia de sentencias contradictorias.

La elemental lógica de tal afirmación no ha sido siempre respetada por el legislador, quien, confundiendo nuevamente los institutos, exige que para efectuar una acumulación sucesiva de procesos en un mismo procedimiento se presente la concurrencia de tres requisitos:

1) que los expedientes respectivos se encuentren en la misma instancia (entendida la palabra como *grado de conocimiento judicial*),

2) que pertenezcan a la misma jurisdicción (en rigor, a la misma competencia material, cuantitativa y territorial) y

3) que deban sustanciarse por el mismo trámite.

Para colmo de perplejidad, estos requisitos suelen acumularse al que ya he señalado recién: que una sentencia que se dicte respecto de una de las pretensiones deba producir efecto de cosa juzgada en la otra o que, en virtud de idéntica causa jurídica, una persona sea demandada separadamente por varias o que ella demande a varias.

Por cierto que esto no es ni debe ser así. Un ejemplo ayudará a comprender la crítica.

Supóngase que la competencia material para conocer de juicios de desalojo corresponda con exclusividad a un tribunal y que la competencia material o cuantitativa para pretender percibir el importe de arriendos adeudados esté atribuida a otro tribunal, distinto del anterior. Supóngase también que se inició un juicio de desalojo por falta de pagos de arriendos al cual no compareció el demandado y que, por virtud de ello, se dictó sentencia de desahucio que apeló el perdidoso. A raíz de ello, se elevó el expediente al tribunal de grado superior. Como se colige de lo expuesto, el expediente se halla en el

segundo grado de conocimiento de una determinada competencia judicial y tramita por la vía especial del juicio de desalojo.

Imagine ahora el lector que, dadas las circunstancias fácticas recién relatadas, el locatario en trance de desahucio pretende pagar por consignación los arriendos adeudados al locador y que sirvieron precisamente de fundamento a la demanda de desalojo por falta de pago, para lo cual incoa su demanda por la vía del juicio ordinario en el primer grado de conocimiento de otra competencia material o cuantitativa. Se deriva de lo expuesto que el expediente de marras se halla ahora en el primer grado de conocimiento de una competencia distinta de la anterior y que cuenta con un trámite procedimental diferente.

Nadie podrá dudar de que ambos expedientes deberán ser acumulados toda vez que si se otorga calidad de pago a la consignación efectuada por el locatario no podrá éste ser desalojado por falta de pago de esos mismos alquileres. De no entenderse así el supuesto se generará sin dudas un verdadero caos jurídico.

De tal modo, los requisitos que la doctrina y cierta jurisprudencia presentan como *acumulativos* no ostentan tal carácter. Antes bien, juegan independientemente y siempre para supuestos diversos.

Los relativos a la *identidad de instancia*, de *jurisdicción* y de *trámite* juegan sólo para los supuestos de acumulación sucesiva por conexidad subjetiva. Los demás, para todo caso de acumulación subjetiva.

Esto no ha sido adecuadamente tratado por la doctrina. Antes bien, ella ha llegado a un claro desajuste procesal por influencia de los autores bien intencionados que –abrumados por la entronización de la chicana procedimental y del inútil alongamiento de todos los pleitos– quieren simplificar los trámites con olvido del derecho de defensa de las partes y de la necesidad de mantener la paz social con sentencias que no atenten contra la certeza o la seguridad jurídicas.

Esta situación la equiparo al consejo que daba un viejo médico de campo para evitar el dolor de cabeza: *cortarla*.

2.1.1.1.2.4. La oportunidad para efectuar la acumulación subjetiva

Conforme a lo explicado precedentemente, la acumulación por conexidad en razón de la identidad del objeto sólo puede hacerse *inicialmente*. La acumulación por conexidad en razón de la incompatibilidad de las distintas pretensiones acerca de un mismo objeto, sólo *sucesivamente*.

En todos los demás casos de conexidad causal, de conexidad mixta objetivo-causal y de afinidad la acumulación debe ser hecha inicialmente. Si así no se hace y aparece luego el supuesto de acumulación, tendrá que hacerse sí o sí en forma sucesiva.

2.1.1.1.3. La acumulación por atracción

Existen situaciones en la realidad social que no generan propiamente un litigio (y, por ende, un proceso), sino un *mero procedimiento* utilizado judicialmente para:

1) asegurar el adecuado reparto de los bienes que componen un acervo hereditario (caso de la *sucesión* por causa de muerte, ya sea testamentaria o *ab intestato*) y

2) para asegurar el reparto igualitario entre todos los acreedores de un patrimonio que no es suficiente para cubrir la totalidad de las acreencias (casos del *concurso civil* y de la *quiebra mercantil*, que en algunas legislaciones unifican su designación bajo el nombre genérico de *concursos*).

Estos casos son denominados legal y doctrinalmente como *juicios universales*, pues en ellos se pone en juego el total de los bienes que componen la *universalidad* del respectivo patrimonio. Con similar criterio lógico-jurídico alguna doctrina o ciertos regímenes legales –vigentes o del pasado– han otorgado también carácter de juicios universales al *deslinde*, a la *disolución de comunidades* y a las *declaraciones de simple ausencia* o *con presunción de fallecimiento*.

Aunque la doctrina no ha reparado adecuadamente en el tema, cabe aclarar ahora que la iniciación de todo juicio universal se hace sólo con una *petición* y no con una *acción procesal*, de donde resulta que –por ausencia de *litigio*, esencial en la acción– el procedimiento que se genera no constituye técnicamente un *proceso* (aunque las leyes en general empleen mal el vocablo, asignándole el significado de *expediente* o de *procedimiento*).

Consecuencia de ello es que el juez actuante no es de verdad *un juez* –considerado como tercero imparcial frente a partes antagónicas, pues

no existen como tales en el caso–, sino un *administrador* del respectivo patrimonio que actuará como tal repartiéndolo adecuadamente entre todos los herederos en la sucesión o lo distribuirá igualitaria y proporcionalmente entre todos los acreedores en el caso del concurso y de la quiebra (con lo cual se evita que un acreedor singular ejecute en su exclusivo provecho los bienes del deudor, disminuyéndolo en su caudal único frente al resto de los acreedores).

El principal efecto jurídico de todo juicio universal consiste en lo que legalmente se denomina *fuero de atracción*, que significa que las pretensiones –que luego detallaré– entabladas tanto contra la persona como contra el patrimonio del causante de la sucesión, o contra la persona o el patrimonio del concursado o del quebrado (en algunas legislaciones se contemplan también otros casos que luego mencionaré) deben ser presentadas *necesariamente ante el juez que conoce del juicio universal.*

Resulta así que, tal como ya se vio en el Capítulo 10, el fuero de atracción es una *excepción a las reglas de la competencia* relativas a todas las mencionadas pretensiones que, originando verdaderos litigios, habrán de ser tramitadas en forma *independiente* pero acumuladas materialmente al juicio universal y sin adecuarse al procedimiento propio de éste.

Los casos respecto de los cuales procede la aplicación del *fuero de atracción* son similares en casi todos los países. A título de ejemplo, detallo someramente la lista de ellos:

1) en el *procedimiento sucesorio* se atraen:

a) las demandas concernientes a los bienes hereditarios, hasta la partición inclusive, cuando son interpuestas por algunos de los sucesores universales contra sus coherederos;

b) las demandas relativas a las garantías de los lotes entre los copartícipes y las que tienden a la reforma o nulidad de la partición;

c) las demandas relativas a la ejecución de las disposiciones del testador, aunque sean a título particular, como sobre la entrega de los legados;

d) las pretensiones *personales* (no de carácter *real*) de los acreedores del difunto, antes de la división de la herencia (advierta el lector que esta atracción juega sólo *pasivamente*: siempre que el causante sea *demandado*, no cuando la masa hereditaria es *actora*);

2) en el *procedimiento de quiebra* (y de *concurso civil*) se atraen todas las pretensiones iniciadas contra el fallido o concursado por las cuales se reclamen derechos patrimoniales (en la Argentina, salvo los juicios de expropiación y los fundados en relaciones de familia). Siempre que esto ocurre, el trámite de los juicios atraídos se suspende hasta tanto quede firme la sentencia de quiebra. Mientras, se prosiguen con el síndico y no pueden realizarse actos de ejecución forzada.

2.1.1.1.4. La acumulación impropia: la prejudicialidad

Aunque ya me he referido al tema en el Capítulo 21, aquí abordo la *prejudicialidad* desde la óptica de la *acumulación procesal*, pues es el lugar en el cual corresponde analizarlo con detenimiento.

Debo remarcar ahora que el fenómeno de la *continencia procesal* indica que los diferentes aspectos de una misma pretensión o, más aún, de diversas pretensiones que nacen todas de un mismo conflicto o que están vinculadas a una misma relación jurídica hacen imprescindible un *tratamiento lógico-jurídico unitario* por parte del Poder Judicial a fin de no emitir eventuales soluciones contradictorias o antagónicas acerca de un mismo e idéntico problema en sus distintas variantes o facetas (ya se ha visto varias veces que esto es un disvalor que conduce a la segregación social).

Para comprender mejor esta frase imagine el lector que la policía imputa a Pedro la comisión de un delito supuestamente perpetrado contra Juan, a raíz del cual aquél es enjuiciado penalmente. Al mismo tiempo, y por ese mismo delito, la víctima Juan pretende que Pedro le indemnice el daño sufrido. Si se sabe que la reparación se debe a *título de dolo o culpa*, parece obvio afirmar que la pretensión indemnizatoria civil no podrá prosperar hasta tanto haya sentencia en el juicio penal donde se declare la existencia del hecho punible y la autoría de Pedro.

Si no se acepta esta obviedad, cabe reflexionar acerca de las siguientes cuestiones: si Pedro es absuelto en sede penal por inexistencia del hecho, por ejemplo, ¿cómo podría desconocer esa circunstancia el juez de lo civil que debe otorgar la reparación? ¿Podría condenar a Pedro por considerar que el hecho sí existió en la realidad? ¿No parece lógico que una vez que alguien ha sido declarado inocente lo sea para todos los

efectos: penales, civiles, etcétera? Y, a la inversa, si fue declarado culpable en la sentencia penal, ¿podrá absolverlo un juez civil por el mismo hecho? Pero las preguntas no paran aquí: ¿puede lógicamente haber encubrimiento de un robo si no hubo tal robo? ¿Puede haber obligación de pagar alimentos si es nulo el vínculo? ¿Qué genera tal obligación? Las preguntas pueden sumarse casi hasta el infinito.

Ya se han visto en este mismo Capítulo los casos de acumulación subjetiva por conexidad causal, por conexidad mixta objetivo-causal y por afinidad en los cuales el lector habrá advertido supuestos de *cojudicialidad* (el tratamiento debe ser *conjunto* para todos los litisconsortes en cuanto al tipo de litisconsorcio que los une). El vocablo que uso es un neologismo procesal que intenta mostrar la necesidad de que todos los litisconsortes demanden o sean demandados al mismo tiempo.

Pues bien: el fenómeno de la *cojudicialidad* se transforma en el de la *prejudicialidad* cuando no resulta posible el procesamiento conjunto de todas las pretensiones, o cuando tampoco es aceptable el dictado de una sentencia única respecto de todas ellas (por ejemplo, por pertenecer los distintos litigios a diferentes competencias materiales), o, más aún, cuando los casos de cojudicialidad no son tales por aparecer uno con mucha posterioridad al otro.

Ésta es la razón por la cual he denominado el supuesto en estudio como de *acumulación impropia*: debiéndose hacer la acumulación por razones lógicas no se hace por razones de oportunidad o de diferente competencia judicial.

Cuando esto ocurre y los distintos litigios tramitan en forma independiente por la autonomía existente entre ellos, la ley evita anticipadamente la posible aparición del caos jurídico y, así, establece una suerte de *prioridad de la emisión de una sentencia sobre otra.*

Esa prioridad tiene el efecto de otorgar a la primera sentencia que se dicte la *autoridad del caso ya juzgado* frente a la pretensión pendiente de tramitación o de decisión. En otras palabras: la primera sentencia (prioritaria) opera como una premisa necesaria del segundo pronunciamiento, a raíz de lo cual el juez ulterior no podrá declarar cosa alguna que contraríe lógicamente lo declarado por el primer sentenciador, porque hace a la esencia de la prejudicialidad el mantenimiento y respeto de *la invidualidad de los estados o situaciones de hecho.*

Esta prioridad opera de diferentes formas:

1) *desde lo civil hacia lo civil*:

Por ejemplo, la pretensión de declaración de reconocimiento de filiación matrimonial depende de la existencia de un matrimonio válido; la de nulidad de matrimonio por subsistencia de vínculo anterior depende de la validez del primer matrimonio; la pretensión de percibir alimentos depende de lo que diga una sentencia previa acerca de otra pretensión de declaración de nulidad del vínculo que origina precisamente esa obligación alimentaria, etcétera. Casi siempre el problema se presenta en litigios en los que se discute acerca de cuestiones de estado de familia.

Ya afirmé en el Capítulo 21 que este tipo de prioridad no está regulada en la generalidad de las leyes del continente, lo cual no resulta óbice para su utilización judicial toda vez que su falta de aceptación atenta contra la más elemental lógica jurídica;

2) *desde lo penal hacia lo civil*:

Por ejemplo, demandada judicialmente una pretensión civil de resarcimiento de daño generado por delito 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. Ocurre, simplemente, que si el acusado es condenado penalmente no se puede discutir en la sede civil la existencia del hecho principal constitutivo del delito ni puede ser impugnada la culpa ya declarada del condenado.

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, la solución legal consiste en transferir el resultado del caso ya juzgado en la sede penal hacia la sede civil;

3) *desde lo penal hacia lo penal*:

Supóngase el caso de un robo acompañado de encubrimiento. Si éste es un delito autónomo en la legislación de que se trate, parece obvio que no puede perseguirse penalmente al encubridor sin hacer lo propio

con el ladrón. Si no obstante se inicia el respectivo procedimiento y antes de llegar al estado de sentencia aparece el ladrón y, recién ahora, se le inicia a él su propio juicio, es evidente que no podrá dictarse sentencia respecto del encubrimiento hasta tanto no se determine la existencia del robo;

4) *desde lo civil hacia lo penal*:

Contrariamente a lo explicado recién en 2), hay veces en que la pretensión civil no está supeditada a la sentencia penal sino, al contrario, el ejercicio de la pretensión penal debe hacerse recién después de que exista sentencia firme en la sede civil: ello ocurre con el delito de *adulterio* –por supuesto, en las legislaciones que lo consagran– que requiere la existencia de sentencia firme de divorcio por la causal de *adulterio*, y con el delito de *quiebra culpable o fraudulenta* que requiere la calificación de culpa o de fraude hecha por el juez civil de la quiebra.

En estos supuestos la transferencia de los efectos del caso ya juzgado operan a la inversa del recién explicado: la prioridad de la actividad de sentenciar la tiene el juez de lo civil.

Todas estas prioridades han recibido en la doctrina distintas denominaciones: se las conoce como *cuestiones prejudiciales* y, también, como *cuestiones previas*, otorgando cada autor disímiles efectos a los supuestos que contemplan bajo una u otra denominación.

Por supuesto, este esquema no aparece siempre con la misma simplicidad expositiva: los autores no son contestes en denominar las cosas de la forma en que acabo de hacerlo y, como siempre, hay para todos los gustos en la doctrina.

Pero la mayoría considera que estas cuestiones que nacen de la continencia procesal se dividen en tres clases: las que deben ser decididas *antes de comenzar la tramitación* de la pretensión penal (éstas son las llamadas generalizadamente como *cuestiones previas*), las que deben ser decididas *antes de emitir la sentencia penal* (cosa similar ocurre en la prejudicialidad que opera desde lo penal hacia lo civil) pero que no obstan la iniciación del trámite (son *cuestiones prejudiciales al fallo*) y las que deben ser resueltas sí o sí en la misma sentencia con el fondo de la causa.

Como las cosas son lo que realmente son, sin importar al efecto cómo se las llame, me doy por contento con haber explicado el fenómeno

en su simplicidad y sin profundizar todo lo que se ha dicho al respecto: ello excedería largamente el marco del contenido de esta obra.

2.1.1.2. La acumulación en el campo de lo penal

Al igual que en el campo civil la acumulación opera aquí –también– por razones de conveniencia o de necesidad: deberán juntarse en un mismo procedimiento o tramitarse escindidamente, pero con la condición de dictar una sentencia única, todos los procesos que se sigan:

1) *por diferentes delitos imputados contra una misma persona.* Aquí se procura aplicar adecuadamente las agravantes de la penas;

2) *contra los diversos copartícipes de un mismo delito.* Aquí se tiende a unificar los procedimientos por la comunidad probatoria, con lo cual se asegura una real economía procesal.

3) *contra una persona por la comisión de un mismo delito contra varias personas.* Ídem caso anterior.

4) *por la existencia de delitos conexos.* Aquí se procura evitar la existencia de fallos contradictorios y, al decir de importante autor, también asegurar una debida proporcionalidad en la medida de las penas a imponer. Cuando un delito se comete en ocasión de perpetrar otro se tiende también a lograr la facilidad probatoria y la crítica unitaria de lo acaecido.

2.2. La separación o escisión procesal

En todo supuesto de conexidad subjetiva (en los que la acumulación está permitida sólo por razones de conveniencia), si la tramitación conjunta de los diferentes procesos incoados por el mismo actor contra el mismo demandado puede entorpecer el método de la discusión, la ley otorga al juez la facultad irrestricta de escindir la tramitación de cada proceso en otros tantos sendos procedimientos.

Cosa parecida ocurre cuando la conexidad es puramente objetiva: recuérdese que su fundamento es la conveniencia de las diversas partes antagónicas de obtener un resultado final (que no necesariamente será único) que satisfaga de una sola vez las pretensiones concurrentes o encontradas.

Pero en los casos de conexidad causal, de conexidad mixta objetivo-causal y de afinidad lo que se tiene en cuenta es la certeza y la seguridad jurídicas (no la simple conveniencia o comodidad de las partes litigantes). Por eso es necesaria la acumulación y por eso ésta opera como una excepción a las reglas de la competencia que ya se han explicado en el Capítulo 8.

Mas puede ocurrir habitualmente que –más allá de la desigual competencia– concurran también desiguales trámites que no permitan el tratamiento simultáneo de los distintos procesos en un solo procedimiento. En tales casos, la ley permite la escisión procedimental y posibilita que se desarrollen distintos procedimientos –paralelos o no– pero exige siempre el dictado de *una sola sentencia* emitida por *un mismo juez* en *un solo y mismo acto de decisión respecto de todos los procesos pendientes.*

Como se ve, lo que se explica acá es el fenómeno inverso al de la acumulación: pudiendo o debiendo darse ésta, el juez o la ley permiten no acumular. Y ello no ofrece reparo alguno pues siempre se exige el dictado de un solo pronunciamiento para evitar la posibilidad de coexistencia de sentencias contradictorias.

CAPÍTULO 24

LAS EVENTUALIDADES PROCESALES

SUMARIO:

1. Explicación previa
2. *Convergencia* y *divergencia* procesal
3. Incidente procesal
4. Accidente procesal
5. Desplazamiento procesal
6. Sucesión procesal

1. EXPLICACIÓN PREVIA

Se ha dicho hasta el cansancio –y con sobrada razón– que si el proceso es un mal necesario, el legislador debe eliminar de la normativa orgánica y procedimental toda complicación que pueda convertirlo en un tormento (a la manera kafkiana) o en un mal incomprensible que los pueblos sufran secularmente y del que no puedan salir con facilidad.

Tan atinado pensamiento no es compartido habitualmente en todos nuestros países, tanto por los autores como por los jueces.

Por ello es que la experiencia tribunalicia actual se muestra plagada de autoritarismos y de caprichos individuales que, a la postre, exhiben una caótica situación en la cual cada juzgador sigue sólo y al pie de la letra las antojadizas reglas de un código propio y diferente del que rige para todos en la realidad legislativa.

Con ello se ha instaurado en la sede judicial un absurdo subjetivismo que ha generado un *relativismo* generalizado: si antes una solu-

ción cualquiera pasaba por decir el juez *si* o *no*, todos los casos justiciables del presente son o pueden ser *sí*, *no*, *ni* y *so*. Lo que es sinónimo de insólita incerteza.

Y, así, la justicia, la seguridad y la certeza jurídica –como valores máximos de la convivencia social– se han perdido (y, dado cómo están las cosas, tal vez para siempre...).

Lo que para un juez es *sí*, en idéntico caso fáctico es *no* para otro. Y el justiciable mira todo azorado y sin comprender cómo se hace jurisprudencia o doctrina con su problema que queda irresuelto para siempre, ocasionando nuevo y recurrente descontento social, con todos los problemas de convivencia que esto produce...

De ahí la urgencia que tiene el doctrinario de comprender la naturaleza, los alcances y las implicaciones del fenómeno procesal en su completividad para interpretarlo adecuadamente y coadyuvar a lograr una correcta legislación que aleje todo avatar perverso y autoritario de un sistema constitucional esencialmente libertario.

He hecho esta digresión pues deseo marcar la necesidad de presentar adecuadamente el tema que seguidamente abordaré y que ofrece una confusión actual que es menester erradicar de la doctrina y de la legislación.

Pues bien: ya se ha visto *el desarrollo del proceso* en Capítulos anteriores, donde he mostrado un procedimiento lineal y simple: la serie *normal* se compone de cuatro fases cumplidas por las partes y concatenadas entre sí mediante varios actos de conexión efectuados por el juez.

Pero esta simpleza procedimental no es la que se presenta habitualmente en el común de los pleitos. Antes bien, la experiencia indica que alrededor del procedimiento aceptado como normal –también llamado *principal* o *troncal* u *originario*– se desarrollan otros procedimientos que aparecen:

1) *simultáneamente* y corren paralelos al proceso;

2) *antes* de la iniciación de la demanda;

3) *durante* el curso de la serie procesal;

4) *después* de la sentencia.

En otras palabras: en la habitualidad procesal suelen darse procedimientos *simultáneos*, *anteriores* a la serie procesal normal, *interiores* de ella –que nacen en su seno e interfieren en su desarrollo– y *posteriores* a la sentencia.

Tantas cosas distintas –que integran una clara constelación procedimental– son denominadas desde siempre por todas las legislaciones y la doctrina mayoritaria con sólo una palabra: *incidente*.

Y así, al usarse una sola voz para designar situaciones o cosas por completo diferentes, se genera otra vez (¿y van...?) el problema de la equivocidad.

Si se habla de *incidente de inhibitoria* y de *incidente de recusación* y de *incidente de ejecución de sentencia* y de *incidente de embargo* y de *incidente de levantamiento de medidas disciplinarias*, por ejemplo, se advierte que la palabra *incidente* no alcanza a cubrir con adultez y seriedad tantos supuestos esencialmente diferentes entre sí.

Palabras más, palabras menos, se ha dicho hasta ahora que un incidente (o *artículo*) es *toda cuestión accesoria que acaece durante el curso de la instancia*.

Y, de tal guisa, se menciona alegremente con esta palabra todo lo que –es cierto– sobreviene en el curso de la instancia; pero también a toda irregularidad procedimental, a todo lo que debe ser resuelto previamente y/o al tiempo de sentenciar y/o después de ello, a todo lo que modifica transitoriamente a la serie procedimental, a todo lo que la interrumpe definitivamente, etcétera.

Y no se me negará que con esto poco se ha dicho, pues ya se ha visto que hay *incidentes* anteriores, interiores, posteriores y simultáneos que refieren –obviamente– a cosas muy diferentes entre sí, como luego quedará demostrado. Y esto sin tener en cuenta la finalidad de cada uno de tales "incidentes..."

Hay quien cree que la doctrina ya no resiste el peso de todo este fardo de confusión que, para colmo, genera legislación insuficiente y sólo atina a buscar salidas meramente literarias –no técnicas ni científicas– y a clasificar hasta el infinito para lograr una mejor comprensión de todo el tema.

Asumiendo esa crítica, estoy seguro de que, al menos docentemente, hay que buscar una explicación del fenómeno que sea comprensible para todos y evite innecesarias confusiones al intérprete.

Y en esa tesitura creo que, para hacer un planteo que resulte congruente con el tenor de esta obra, cabe buscar tal explicación en la finalidad teleológica del proceso, que muestra siempre un mínimo de dos actitudes contrapuestas (una pretensión y una resistencia) (se vio en los Capítulos 8 y 21 que pueden ser muchas más) que desembocan normalmente –por falta de autocomposición– en la sentencia.

De ahí también que toda la actividad de ambas partes deba desarrollarse en dos líneas –de *eficacia* y de *eficiencia* (ver el Capítulo 2)– que apunte hacia esa sentencia que, a la postre, acogerá o rechazará la pretensión propuesta por el actor contra el demandado.

Si se tiene en miras el logro de esa actividad eficaz y eficiente, se concluirá que en todo el cúmulo de procedimientos que integran la aludida constelación procesal hay planteos (anteriores, interiores y simultáneos, nunca posteriores) que son *convergentes* a la sentencia, en tanto que otros (también anteriores, interiores y simultáneos) son *divergentes* de ella.

En otras palabras: hay cuestiones que se relacionan sólo con el instar (y que, por tanto, influyen exclusivamente en el desarrollo de la serie procedimental), en tanto que otras se vinculan con la pretensión y con la efectivización de la respectiva prestación (y, por tanto, no interfieren para nada en el desarrollo de la serie).

Al margen de todo ello, ya adelanté que existen cuestiones que también influyen en la línea de eficiencia y no en la de eficacia, que se presentan y tramitan en forma paralela al procedimiento principal –aquí se habla de *desplazamiento* de la discusión– y otras más que aparecen recién después de la sentencia –se trata de una *sucesión procedimental* que se relaciona con la efectivización del cumplimiento de la pretensión o con su abatimiento–.

Sin perjuicio de explicar todo en su momento, como esta distinción entre convergencia, divergencia, desplazamiento y sucesión puede ser el punto de arranque para la explicación lógica del tema me ocuparé seguidamente de ello.

2. La *convergencia* y la *divergencia* procesal

a) La idea de *convergencia* proviene de las matemáticas, donde significa *suma de unidades* (o, mejor aún, concurrencia acumulativa de datos para lograr un resultado).

Aplicada a nuestro caso, cabe referir que la universal aspiración legislativa de *unificación de competencia judicial* se relaciona, precisamente, con este concepto de convergencia procesal: corresponde a un mismo y único juez el conocimiento de todas las cuestiones necesarias de tomar en cuenta para la decisión de un caso cualquiera.

En general, toda la convergencia apunta hacia la eficiencia de la serie en orden a la sentencia que se pretende. De tal modo, debe asegurar siempre la bilateralidad de la audiencia y la igualdad procesal.

Y así, las cuestiones convergentes pueden presentarse en forma previa o anterior a la serie (son las llamadas *medidas preparatorias de juicio ordinario y ejecutivo*, imprescindibles para poder iniciarla eficazmente), en forma interior o contenidas dentro mismo de la serie (que interfieren su desarrollo, tal como una recusación con causa al juez actuante y negada por él) y de modo simultáneo (como cualquiera cuestión prejudicial).

b) Cuando no se presenta tal suma de unidades se habla simplemente de *divergencia* (a la inversa de lo anterior, aquí los datos que coexisten no concurren acumulativamente para lograr un resultado). En otras palabras: es indiferente que concurran o no a ese resultado.

Ocurre muchas veces que al tiempo que se litiga acerca de una pretensión en concreto aparece o puede aparecer a su alrededor y antes, durante, después o paralelamente al desarrollo de la serie –con mayor o menor vinculación– un montón de diversas pretensiones de las propias partes entre sí o de alguna de ellas o de ambas con un número elevadísimo de las más variadas personas (representantes, sujetos procesales necesarios o eventuales, etcétera) que deben ser también discutidas paraprocesalmente aunque el resultado que se busque por quienes litigan al respecto nada tenga que ver con el acogimiento o rechazo de la pretensión principal.

En otras palabras: ya no se trata, como en la convergencia, de dar a las partes una permanente audiencia bilateral que asegure la igualdad

procesal en orden a llegar rápida y eficazmente a una sentencia eficiente, sino de tramitar separadamente –antes, durante, después o simultáneamente con la serie procedimental– otras pretensiones de contenido cautelar, ejecutivo, etcétera, que tendrán vinculación con la pretensión pero que nada tienen que ver con la *eficacia del instar*. Y así, cada una de tales cuestiones tendrá que contar con su propia serie procedimental.

Estas diferencias entre la convergencia y la divergencia permiten y aconsejan denominar con palabras distintas a los fenómenos casuísticos que aparecen en los distintos supuestos.

Y, en tren de respetar la convencionalidad del lenguaje, propongo llamar *incidentes* a todos lo que ocurren dentro de la convergencia del instar y *accidentes* a todos los que acaecen dentro de la divergencia.

3. Los incidentes procesales

También llamados *artículos*, *cuestiones procesales accesorias* y *pequeños juicios*, se forman por el planteo de toda pretensión meramente procesal que tiene *relación directa e inmediata* con el asunto principal y que interfiere de alguna manera (*evitando*, *suspendiendo* o *interrumpiendo*) la estructura lógica del desarrollo normal de la serie procedimental para asegurar que se llegue a su objeto –la sentencia– eficazmente.

Los incidentes pueden estar previstos o contenidos en la ley (así, son *determinados* o *especificados*) o no (así, son *indeterminados* o *no especificados*) y ser de necesaria resolución previa (*artículos de previo y especial pronunciamiento*) o no.

Ejemplos de incidentes determinados son:

a) Con tramitación propia (siempre prevista en la ley y que habitualmente se efectúa dentro del mismo expediente en el cual tramita la pretensión principal o al lado de él, *por cuerda separada* o, excepcionalmente, ante otro juez):

- el de recusación del juez o de los funcionarios actuantes;
- el de planteamiento de la incompetencia del juzgador por la vía inhibitoria (se descarta así que la excepción de incompetencia sea un incidente);
- el de acumulación o separación de procesos o de autos;

- el de alegación de la inadecuada representación de un gestor procesal;
- el de unificación de personería, etcétera.

b) Sin tramitación propia definida previamente en la ley (o incidentes indeterminados):

- el de suspensión de la serie procedimental por cualquier motivo que no sea la argución de una excepción previa;
- el de fijación de viáticos a un testigo para que se desplace hasta la sede del juzgado donde debe declarar;
- el de tacha al valor de la declaración de un testigo;
- el de separación de defensores de oficio;
- todos los de *libertad* y *rehabilitación* en materia penal;
- así como los que interrumpen definitivamente el proceso penal (por ejemplo, *amnistía, muerte del acusado, perdón o consentimiento del ofendido*).

Las características comunes a todos ellos son:

1) valen y se explican sólo dentro del proceso y en función de la sentencia que las partes procuran obtener. En otras palabras: jamás los alcanza el efecto propio del caso juzgado;

2) provienen siempre de una *actividad* (jamás de una *inactividad*) extraña a la bilateralidad del instar principal y constituyen en sí mismos una nueva instancia que, como tal, requiere su *propia necesaria bilateralidad*.

Finalmente, las pretensiones incidentales pueden surgir tanto respecto de la afirmada relación sustancial que ampara a la pretensión como de la relación procesal propiamente dicha.

4. Los accidentes procesales

Al contrario de lo que ocurre en el caso de los *incidentes*, cuando la actividad extraña a la serie procedimental principal se relaciona de alguna forma con ella pero deja intocada la eficacia del instar bilateral –pues no interfiere en su normal desarrollo– parece claro que debe emplearse otra palabra a fin de mencionar el respectivo fenómeno: a ese fin se ha propuesto el nombre de *accidente procesal*.

El ejemplo más simple de esta figura se encuentra en todo lo *cautelar*, que no afecta el desarrollo normal de la serie procedimental.

Para mayor claridad: el levantamiento de un embargo preventivo, por ejemplo, no puede constituir un incidente procesal porque no interfiere con el accionar y sólo se relaciona conexamente con la eficiencia del pretender. Otro tanto puede decirse de cualquier pretensión de un tercerista de intervenir tangencialmente en un proceso pendiente defendiendo la propiedad de una cosa o un mejor derecho a percibir su crédito...

En este orden de ideas, parece evidente que todo accidente procesal debe contar con una tramitación propia que asegure –en algún momento y siempre que la pretensión lo permita– una adecuada bilateralidad de las partes.

Así, por ejemplo, si un embargo preventivo debe ser trabado necesariamente sin audiencia previa (y por eso *la traba de la cautela no es proceso sino mero procedimiento*), su *levantamiento*, por ejemplo, requiere imprescindiblemente la audiencia previa del cautelante (y por eso todo lo relativo a la modificación, suspensión o eliminación de las cautelas constituye siempre *verdadero proceso*).

Esto, que es obvio para muchos lectores, no lo es para todos...

Al igual que en el caso explicado en el número anterior, hay accidentes determinados (aunque generalmente son llamados con el nombre de *incidentes*), como el caso del *arraigo* (en puridad de verdad, no se trata de una excepción), el de todo lo relativo al *ejercicio del poder disciplinario* por el juzgador sobre las partes y los defensores, etcétera.

Del mismo modo, hay accidentes indeterminados: todas las defensas previas contenidas en los códigos de fondo (y que la doctrina denomina siempre como excepciones) tales como el pacto de no pedir, la excusión, el inventario, etcétera.

5. El desplazamiento procesal

Existe *desplazamiento procesal* siempre que una o varias de todas las cuestiones planteadas ante un juez en un proceso principal deben ser resueltas en otro proceso principal y por diferente juez.

Es lo que ocurre en todas las cuestiones prejudiciales explicadas en el Capítulo 23, en las cuales el legislador privilegia la actuación de un fuero sobre la de otro.

En tales casos un proceso corre antes o paralelo de uno cualquiera de ellos. Pero en cualquier caso, la sentencia que se emita en uno –el que radica en el fuero privilegiado– tendrá efecto de caso juzgado en el otro, donde continuará el debate sólo respecto de las cuestiones pendientes.

También existe desplazamiento cuando es menester deducir un proceso en sede judicial para ejecutar un laudo arbitral o arbitratorio, toda vez que al árbitro y al arbitrador –por ser simples particulares– les está prohibido ejercer fuerza sobre personas o cosas.

6. La sucesión procesal

Existe *sucesión procesal* toda vez que:

1) sea menester ejecutar en un proceso o en un procedimiento *ad hoc* una sentencia de contenido declarativo de condena: se abre aquí un debate acerca de alguna cuestión ya litigada con anterioridad y cuya sentencia no fue cumplida espontáneamente por el perdidoso;

2) se pretenda repetir lo indebidamente pagado como consecuencia de una sentencia de carácter ejecutivo (lo que habitualmente se denomina *juicio ordinario posterior*) por no haber podido el perdidoso defenderse antes de ella con suficientes medios de alegación, confirmación e impugnación;

3) se impugne una sentencia que adquirió efectos propios del caso ya juzgado en tanto se afirme que fue emitida írritamente en fraude a alguna de las partes o a tercero afectado.

CAPÍTULO 25

LOS MODOS DE TERMINAR EL CURSO PROCEDIMENTAL

SUMARIO:

1. Terminación del proceso por medios autocompositivos
   1.1. Unilaterales expresos
      1.1.1. Desistimiento de la pretensión
      1.1.2. Allanamiento a la pretensión
   1.2. Unilateral tácito: deserción recursiva
   1.3. Bilaterales expresos
      1.3.1. Transacción
         1.3.1.1. Requisitos
         1.3.1.2. Caracteres
         1.3.1.3. Efectos
      1.3.2. Desistimiento del proceso
   1.4. Bilateral tácito: caducidad de instancia
2. Terminación del proceso por medio de actividad judicial
   2.1. Llamamiento de autos
   2.2. Homologación judicial
   2.3. Sobreseimiento
   2.4. Absolución de la instancia
   2.5. Archivo de la causa
   2.6. Auto de falta de mérito

1. LA TERMINACIÓN DEL PROCESO POR MEDIOS AUTOCOMPOSITIVOS

Ya he sostenido repetidamente en el curso de esta obra que el proceso es, simplemente, un método ideado para que dos sujetos *–natural y esencialmente desiguales–*, que ven alterada su convivencia en el plano de la realidad social por coexistencia de la pretensión de uno y la resistencia del otro acerca de un mismo bien de la vida, puedan discutir

sus diferencias mediante un diálogo argumentativo[1] que efectúan ante un tercero que los *iguala jurídicamente* por medio de su propia imparcialidad[2] y que, llegado el caso, dará la razón a uno o al otro si es menester heterocomponer el litigio por ausencia de autocomposición de los propios contendientes durante el desarrollo de la discusión.

Con tales ideas que, a estas alturas, ya deben estar incorporadas en el lector, recuerdo que en Capítulos anteriores he explicado cómo se inicia el proceso (por demanda o acusación en la *etapa de afirmación*) y cómo se desarrolla en las *etapas de negación*, de *confirmación* y de *evaluación o alegación.*

Toca ahora explicar cómo finaliza el proceso.

La doctrina tradicional explica el tema de manera muy diferente a la utilizada en esta obra, afirmando invariablemente los autores que el *proceso termina con la sentencia* y, reafirmando esa idea, sostienen que ella es el *medio normal de su extinción*, para distinguirla así de aquellos otros que invariablemente denominan desde siempre como medios *anormales de extinción.*

Por mi parte, creo que tal explicación es errónea y que contradice la realidad jurídica de, al menos, los últimos cincuenta años, durante los cuales todo el mundo se ha quejado amarga y recurrentemente de la aún vigente y ya ingobernable *morosidad judicial.*

Para que el lector pueda compartir la crítica deseo que repare en que si el proceso es *método de discusión* argumentativa, que, como tal, sólo puede regirse sistémicamente por los principios propios del sistema acusatorio o dispositivo de enjuiciamiento[3], parece obvia la idea elemental de que finaliza cuando uno cualquiera de los antagonistas deja de discutir[4]. Y mucho más obvia es tal idea cuando son los dos contendientes quienes deponen de común acuerdo su actitud beligerante.

[1] Recordar que en la vida civilizada está prohibido el hacer justicia por mano propia (ver el Capítulo 1).

[2] Concebida como la suma de tres conceptos diferentes: imparcialidad propiamente dicha, impartialidad e independencia del juzgador (ver el Capítulo 9).

[3] Toda vez que el inquisitivo es *método de investigación* y, como tal, no puede lograr jamás la existencia de un verdadero proceso por ausencia permanente de una auténtica imparcialidad en el juzgador.

[4] Un antiguo refrán español enseña que *dos no pelean cuando uno no quiere.*

Y a esto me he referido concretamente en el Capítulo 1, al explicar los medios autocompositivos del conflicto y del litigio. Ya se verá luego que en este Capítulo se reiteran los conceptos allí empleados.

A más de ello, repare también el lector en que la información que surge de estadísticas judiciales serias muestra que los jueces sentencian sólo un promedio de alrededor del quince por ciento de las causas litigiosas incoadas por los litigantes civiles en cada año calendario[5], de donde resulta que el ochenta y cinco por ciento restante forma una masa inaguantable de asuntos que se acumulan año tras año o termina necesariamente por medios autocompositivos, que es lo que ocurre en un enorme número de expedientes[6].

¿Cómo es posible, entonces, sostener con seriedad que el modo *normal* (que es, precisamente, lo que *siempre ocurre* o *debe ocurrir*) aparece en quince de cada cien asuntos justiciables, en tanto que el modo *anormal* (que es lo que *ocurre* o *debe ocurrir a veces, no siempre sino esporádicamente*) se presenta en los demás ochenta y cinco restantes? ¿Cuál es la lógica de todo ello que, además, se enseña a los alumnos de Derecho cual si fuere dogma propio de una Verdad revelada?

Por lo demás, si el proceso es *puro método de debate* y la sentencia es esencialmente una *pura norma*, tal como luego se verá, ¿cómo es que se insiste con la reiterada frase de que *la sentencia termina el proceso*? ¿Y qué pasa cuando los jueces no sentencian, cual ocurre en el 85% de los casos? ¿Es que no terminan? Y si los antagonistas han dejado ya de discutir a la espera de esa sentencia que tarda en llegar o que nunca llega, ¿el proceso como *medio de discusión* sigue vigente? ¿Puede ser reabierto a voluntad de los que discutían en él? No es eso lo que dicen las leyes.

Todas estas incongruencias lógicas que saltan a la vista apenas se medita mínimamente acerca del tema desaparecen si se acepta lo que se explica en esta obra: otra vez, que el proceso es *método* (no meta a lograr) y

[5] Tomo al efecto la noticia periodística aparecida en el diario *La Capital* de Rosario, dando esta información en tapa con letras de título tipo catástrofe: en el año de 2006 se iniciaron doscientas trece mil causas civiles y se sentenciaron tan sólo menos de treinta mil.

[6] Todavía se acepta como verdad absoluta que *más vale un mal arreglo que el mejor de los pleitos.*

que la sentencia es su *objeto* (recordar lo afirmado en el punto 4 del Capítulo 1), a raíz de lo cual no puede integrar lógicamente el concepto de aquél.

De tal modo, si la sentencia no es un acto procesal, pues es pura norma, como ya se dijo *supra*, parece claro que el método como tal termina temporalmente mediante un acto judicial que le otorga ese efecto extintivo y que se repite desde siempre en los diferentes ordenamientos legales con sintagmas que ostentan siempre idéntica significación ("*autos para sentencia*", "*se convoca a las partes para oír la sentencia*", "*pasen a resolver*", "*autos para definitiva*", etcétera) (ver *infra*, el # 2.1).

En esta situación fáctica, a la cual no siempre se llega, el método procesal se considera concluido, no pudiendo hacerse a partir de allí nuevos actos de postulación, salvo muy excepcionales casos.

Reiterando las ideas: resulta claro para esta concepción que el método de debate termina cuando los protagonistas que discuten dejan o deben dejar de hacerlo.

También es claro que, cuando ha finalizado la discusión, el litigio existente debe ser resuelto por decisión de autoridad (juez o árbitro), con lo cual logrará al fin su objeto (obtener la dación de la sentencia) sin que con ello se haya alterado para nada la naturaleza del medio.

Pero si esto no ocurre, habrá que aceptar que el proceso no logró el cumplimiento de su objeto (lo que tampoco altera la naturaleza del medio) y que, a raíz de ello, ha quedado concluido el debate pero pendiente el litigio, que terminará casi seguramente por alguno de los medios autocompositivos que luego se verán en detalle.

Uniendo estos conceptos con los que he brindado en el Capítulo 1, empezaré recordando que el conflicto puede ser concluido con una de las posibles soluciones que son susceptibles de ser imaginadas lógicamente a partir del análisis de una discusión entre dos partes antagónicas:

a) o renuncia el pretendiente al total de su pretensión;

b) o renuncia el resistente al total de su resistencia;

c) o se hacen ambos concesiones recíprocas y parciales.

Estas soluciones, que pueden presentarse en la realidad de la vida social para poner fin al conflicto, pueden ocurrir y ocurren también

en el plano jurídico del proceso. En rigor, nada lo impide y se ven cientos de casos todos los días.

Y así, para autocomponer el litigio, las leyes en general prevén soluciones *unilaterales* (basta la voluntad de uno de los antagonistas) y *bilaterales* (se exige la concurrencia coincidente de la voluntad de ambos contendientes). Y en los dos casos, tales soluciones pueden ser *expresas* o *tácitas*.

Conforme con ello, los medios autocompositivos pueden ser *unilaterales expresos* (son dos) y *unilateral tácito* (es uno) y *bilaterales expresos* (son dos) y *bilateral tácito* (es uno).

Los explico a todos a continuación.

1.1. Los medios unilaterales expresos[7]

Son el desistimiento de la pretensión y el allanamiento a la pretensión.

1.1.1. El desistimiento[8] de la pretensión

Es el medio procesal por el cual el actor renuncia unilateralmente a continuar con la pretensión demandada y, a raíz de ello, abandona el proceso en el cual la dedujo.

De tal forma, y en los términos de la ley civil, constituye una atípica[9] *renuncia del derecho de continuar postulando procesalmente* toda vez que no requiere para su eficacia el consentimiento de aquel a quien favorece la renuncia (por eso es, precisamente, que se presenta como unilateral).

De la misma forma, y aunque la doctrina en general no haya reparado en ello, también puede desistir el demandado de cualquiera excepción al progreso de la pretensión que haya deducido en la etapa procesal de negación. Lo cual, si bien se mira, constituye una pretensión del

[7] La naturaleza jurídica de *renuncia de derechos* que ostentan estos medios exige que no puedan tener lugar tácitamente en el proceso (arg. art. 873 del Cód. Civil argentino).
[8] Castizamente, y referido a una actividad o plan comenzados, significa abandonarlos o dejar de hacerlos.
[9] Tal atipicidad viene de que, en el proceso, el desistimiento de la pretensión no requiere para su eficacia de la aceptación por parte de la persona a favor de quien se hace (arg. art. 875 del Cód. Civil argentino).

propio demandado basada en su afirmación de la existencia de un hecho que condiciona, modifica o extingue los hechos o el derecho enunciados en la demanda por el actor.

Las leyes en general norman sólo el desistimiento desde la óptica del actor y lo denominan *desistimiento de la acción* (utilizando el término *acción* en el exacto sentido que en esta obra le asigno al vocablo *pretensión*) y, también, *desistimiento del derecho pretendido* (lo que es una obviedad, pues si se renuncia al derecho de pretender para siempre un bien de la vida, es claro que también se renuncia a él)[10].

Los *requisitos* para desistir son:

1) tener quien desiste la capacidad procesal suficiente para renunciar a un derecho;

2) en caso de que el desistimiento se haga por medio de apoderado, que éste tenga mandato especial para hacerlo[11];

3) que el litigio no esté aún sentenciado pues, en caso de ser así, la renuncia referirá sólo al derecho ya otorgado judicialmente (lo que constituye una renuncia a un derecho material y no procesal);

4) debe ser aceptado por el juez, haciendo al efecto un juicio de admisibilidad[12] en el cual ha de analizar sólo la existencia de capacidad procesal de la parte y, de ser el caso, de mandato suficiente en su personero.

Una vez lograda la admisión, el desistimiento se torna definitivo y, salvo vicios de la voluntad en el acto de desistir, gana los efectos que se verán luego.

No hay límite temporal alguno para su realización.

Los *efectos* de este tipo de desistimiento son:

1) desde su presentación ante el tribunal donde radica la causa es *irretractable*[13];

[10] Deben quedar a salvo de esta afirmación todos los derechos que son irrenunciables por expresa disposición de la ley.
[11] Código Civil, *art. 1881*: "Son necesarios poderes especiales [...] 4. Para cualquier renuncia gratuita..."
[12] A este efecto, el juez dicta una *sentencia homologatoria* (ver el # 2.2. en este Capítulo).
[13] Argumento que interpreto para el campo del proceso frente al texto de Código Civil, *art. 875*: "La renuncia puede ser retractada mientras que no hubiere sido aceptada

2) desde su admisión judicial se asimila al *caso ya juzgado* (ver luego su tratamiento particular al estudiar la sentencia en el Capítulo 26). A raíz de ello, el derecho renunciado ya no puede ser instado de nuevo útilmente por lo que, si ello ocurre, podrá el demandado oponer la excepción de caso juzgado y el juez suplirla de oficio en homenaje a la vigencia del principio de seguridad jurídica que ya presenté en el Capítulo 11;

3) el juez debe imponer las costas devengadas a raíz de la pretensión desistida al propio resistente. En el Capítulo 27 se verá más en detalle el tema.

Surge de lo hasta aquí expuesto la razón por la cual este tipo de desistimiento es de carácter *definitivo* respecto de la pretensión. Hago esta aclaración pues se verá *infra* otro tipo de desistimiento, *el del proceso*, que no ostenta tal efecto.

1.1.2. El allanamiento[14] a la pretensión

Es el medio por el cual el demandado (y el reconvenido) renuncia unilateralmente a su derecho de oponerse a la pretensión demandada. A raíz de ello, otorga la prestación reclamada o promete hacerlo oportunamente o reconoce el derecho que sostiene el actor como base de su pretensión

De tal forma, constituye una típica *renuncia al ejercicio activo del constitucional derecho de defensa en juicio.*

Las leyes en general lo promueven como forma de evitar la proliferación de litigios, para lo cual otorgan el beneficio de eximición de costas procesales a quien lo realiza en ciertas condiciones que luego explicaré.

Los *requisitos* para que el demandado pueda allanarse útilmente son:

1) tener la capacidad procesal suficiente para renunciar a un derecho;

por la persona en cuyo favor se hace, salvo los derechos adquiridos por terceros, a consecuencia de la renuncia, desde el momento en que ella ha tenido lugar hasta el de su retractación".

[14] En su tercera acepción castellana, y con referencia a una dificultad o exigencia, *allanar* significa superarla, vencerla o solucionarla. Que es, como se verá en el texto, lo que el demandado hace con efecto inmediato frente a la pretensión demandada.

2) en caso de que el allanamiento se haga por medio de apoderado, que éste tenga mandato especial para hacerlo[15];

3) que la ley admita el allanamiento[16] como forma autocompositiva de terminación del proceso. Repárese especialmente en que no está permitido en los litigios acerca de cuestiones de estado civil[17] y, en general, en todo aquel que interese al orden público, que no puede ser alterado por la simple voluntad de las partes litigantes;

4) que el litigio no esté aún sentenciado pues, en caso de ser así, sólo quedará al demandado cumplir el mandato judicial contenido en la sentencia;

5) debe ser aceptado por el pretendiente[18] a efectos de que pueda cuestionar su oportunidad, totalidad y efectividad cuando quien se allana pretende eximirse de costas con su actitud. Nótese bien que si no existe deseo de lograr tal eximición, el actor no puede oponerse al allanamiento. A partir de tal aceptación, y por las razones ya vistas respecto del desistimiento de la pretensión, el allanamiento es irretractable;

6) sin perjuicio de lo expuesto *supra*, también debe ser aceptado por el juez, haciendo al efecto un juicio de admisibilidad en el cual ha de analizar exclusivamente: a) la existencia de capacidad procesal de la parte; b) de ser el caso, la existencia de mandato suficiente en su personero, y c) la aceptación por la ley de la posibilidad de allanarse el demandado en el tipo de litigio en el cual se presentó.

Una vez lograda la admisión, el desistimiento gana los efectos que se verán luego y que difieren en caso de que la ley exija o no el cumplimiento conjunto de la prestación reclamada en las pretensiones de condena.

Sin perjuicio de lo expuesto *supra*, en el punto 4), cuando la ley beneficia a quien se allana con la eximición de las correspondientes costas procesales, exige otros varios requisitos: que el allanamiento sea

a) *oportuno*, es decir que se presente sólo en la fase de negación, *al tiempo de estar vigente el plazo para contestar la demanda.* Surge clara

[15] Ver Código Civil, art. 1881, inc. 3º.

[16] A este efecto, el juez dicta una *sentencia homologatoria* (ver el # 2.2. en este Capítulo).

[17] Ver, por ejemplo, el texto del antiguo art. 66 de la Ley de Matrimonio Civil (Nº 2393).

[18] A este efecto el juez le conferirá un traslado (con la carga legal de expedirse y el correlativo efecto de su silencio en los términos ya vistos en el Capítulo 7).

así una diferencia esencial con la ya vista *supra* respecto del allanamiento en general: para lograr el efecto de eximición de costas tiene un límite temporal;

b) *real*, es decir que surja inequívocamente de la actuación respectiva la voluntad de no litigar;

c) *incondicionado*, es decir que sea puro y simple, no formulado subsidiariamente o con reservas o condiciones;

d) *total*, es decir que comprenda la totalidad de la pretensión actora y no sólo alguna de sus partes, y

e) *efectivo*, es decir que en forma conjunta con la presentación del allanamiento cumpla efectivamente la prestación reclamada cuando el litigio versa sobre pretensión de condena (por ejemplo, pagando de una vez el total de la suma de dinero reclamada).

Cuando todo ello ocurre y el demandado efectúa la prestación del objeto pretendido, el proceso se termina sin más, sin perjuicio de que quede pendiente alguna cuestión sobre costas (por ejemplo, se discute si el allanamiento es apto o no para lograr la eximición del caso) que podrá ser discutida en proceso accidental posterior.

Pero lo que interesa destacar acá es que con el allanamiento oportuno, real, incondicionado, total y efectivo el proceso se termina y no se requiere para ello nada más que la aceptación del actor y la formal admisión del juzgador.

No obstante lo expuesto, hay leyes procedimentales (cual la de Santa Fe en Argentina, por ejemplo) que no exigen el requisito de *efectividad* en la presentación del allanamiento. En otras palabras, no se pide que se realice la prestación reclamada sino que, simplemente, se prometa hacerlo.

Cuando esto ocurre, y ante la falta de controversia acerca de la prestación reclamada, parece claro que se precisa el dictado de una sentencia que ordene su cumplimiento efectivo. A raíz de esto, el allanamiento no puede ser considerado un medio de terminación del proceso pues en verdad no lo finaliza, ya que continúa hasta tanto pueda dictarse la sentencia. Y así, ese proceso cumplirá su objeto de obtener una condena de la prestación reclamada.

1.2. El medio unilateral tácito: la deserción[19] recursiva por carencia de fundamentación

Se entiende por *deserción recursiva* la que hace el apelante de una sentencia al abandonar o incumplir la carga de fundar argumentativamente la discrepancia de su motivación o resultado.

Como se infiere de ello, opera sólo en el supuesto de impugnaciones de doble grado de conocimiento, en las cuales la tarea recursiva se desdobla en dos momentos diferentes y consecutivos:

a) la del mero acto de interposición ante el juzgador cuya decisión se impugna, en el cual el apelante, por ejemplo, se limita a decir escuetamente *que apela*, y

b) la de la presentación de las discrepancias que el impugnante tiene con la decisión apelada, que se efectúa ante su superior mediante lo que técnicamente se denomina *expresión de agravios* (el tema será entendido en su plenitud luego de la lectura del Capítulo 30).

Como se ve, la instancia propia del proceso abierto con motivo de la admisión de la apelación finaliza en este caso por decisión unilateral del propio apelante, quien se dijo perjudicado por la sentencia apelada pero que no explicó el porqué de ello. De tal modo, ahora no tendrá más remedio que acatar su mandato.

Los *efectos* que produce este medio de finalización del proceso son:

1) otorga los propios del *caso ya juzgado* y de *ejecutoria* a la sentencia apelada;

2) genera la carga de imposición de costas de la instancia apelatoria así finalizada al apelante que no fundó su impugnación.

1.3. Los medios bilaterales expresos

Son aquellos en los cuales se exige la voluntad concurrente de ambos contendientes para lograr la finalización del proceso. A este efecto, las dos partes deben ser oídas al respecto.

[19] Castizamente, *deserción* es el abandono de un puesto, de una obligación o de un grupo, especialmente el que hace un soldado del ejército sin autorización. Como se podrá ver en el texto, el uso jurídico del vocablo se hace por extensión analógica, referida ahora al abandono de la instancia de grado superior por incumplimiento de una carga procesal.

Estos medios son: la transacción y el desistimiento del proceso.

Como la transacción es un contrato[20] legislado en el Código Civil, se descarta que siempre exija el acuerdo expreso de voluntades. Es imposible de concebir el tema de otra manera.

En cambio, aunque el desistimiento del proceso también exija la voluntad común, habrá que hacer sobre el punto alguna consideración extra.

Resulta claro que el medio opera expresamente cuando el actor pretende desistir del proceso y el demandado contesta el respectivo traslado conferido con la carga de manifestar su propia voluntad y da su consentimiento al efecto.

Pero no ocurre lo mismo cuando éste no contesta dicho traslado y, sin embargo, el consentimiento se brinda fictamente: esto no es más que la natural consecuencia del carácter dialogal del proceso y el respeto al valor que siempre debe otorgarse al silencio, conforme ya se ha visto en el Capítulo 7. De ahí que desde siempre se lo catalogue de la forma que aquí lo he hecho.

1.3.1. La transacción[21]

Castizamente, *transacción*[22] es "*trato, convenio, negocio*", lo que se repite en el Derecho, donde se la define como a un convenio reflejado en "un acto jurídico bilateral, por el cual las partes, haciéndose concesiones reciprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas" (Código Civil, art. 832).

Doctrinalmente discutida su naturaleza jurídica en la Argentina[23] y sea

[20] Ver luego algunas referencias sobre esta catalogación.

[21] Castizamente, la transacción es un trato, acuerdo o negocio.

[22] Del verbo latino *transigere* que significa ajustar una controversia, terminarla de común acuerdo.

[23] En cuanto a si es o no un contrato. A pesar de que sí lo es en la mayoría de los códigos civiles de América (entre ellos, el de Argentina) a partir del Código Civil francés (arts. 2044 a 2058). Por ejemplo, Colmo, Lafaille, Llerena y Machado afirman que la transacción no es un contrato sino un acto jurídico, una convención liberatoria, pues extingue obligaciones en vez de hacerlas *contraer*, que es, hasta en la palabra, lo propio de un contrato. Por eso alguno señala que la institución no está bien ubicada en nuestro Código, ya que la considera como un medio extintivo de cualquier relación jurídica: se puede transigir tanto sobre derechos crediticios como sobre derechos reales y derechos hereditarios. De ahí que prefiere verla legislada entre los actos jurídicos en general.

o no un contrato a los fines del derecho privado, parece claro que procesalmente es un claro medio bilateral y expreso de extinción de un conflicto (es la obligación *dudosa*) o de un litigio pendiente (es la obligación *litigiosa*).

La ventaja de este tipo de conciliación es evidente y, por ello, se ha convertido en el principal medio extintivo utilizado por quienes están en conflicto (evitan la provocación de un pleito) o en litigio (terminan un litigio existente): cada uno de los dos antagonistas renuncia a una porción de su respectiva pretensión y resistencia en beneficio del otro y, de tal modo, los dos ganan en tranquilidad (desaparece el disenso) y en resultado (reparten el bien).

1.3.1.1. Los requisitos de la transacción

Las condiciones actuales que deben cumplirse para que el respectivo acto logre eficacia pueden ser extrínsecas e intrínsecas.

a) *Los requisitos extrínsecos*:

Aunque, en general, la validez de las transacciones no esté sujeta a la observancia de formalidades extrínsecas (Código Civil, art. 837), procesalmente se exige:

a.1) que ambos transigentes tengan la capacidad procesal suficiente para renunciar a un derecho. En principio y como regla general, la transacción exige la *capacidad de contratar*[24]. A ella se añade la específica para transigir, que es la capacidad para disponer[25];

[24] Código Civil, *art. 833*: "Son aplicables a las transacciones todas las disposiciones sobre los contratos respecto a la capacidad de contratar, al objeto, modo, forma, prueba y nulidad de los contratos, con las excepciones y modificaciones contenidas en este Título".
Código Civil, *art. 1160*: "No pueden contratar los incapaces por incapacidad absoluta, ni los incapaces por incapacidad relativa en los casos en que les es expresamente prohibido, ni los que están excluidos de poder hacerlo con personas determinadas, o respecto de cosas especiales, ni aquellos a quienes les fuesen prohibido en las disposiciones relativas a cada uno de los contratos, ni los religiosos profesos de uno y otro sexo, sino cuando comprasen bienes muebles a dinero de contado, o contratasen con sus conventos; ni los comerciantes fallidos sobre bienes que correspondan a la masa del concurso, si no estipularen concordatos con sus acreedores".

[25] Código Civil, *art. 840*: "No puede transigir el que no puede disponer de los objetos que se abandonan en todo o en parte".

a.2) en caso de que la transacción se haga por medio de apoderado, que éste tenga mandato especial para hacerlo[26];

a.3) que lo acepte el juez de la causa, haciendo al efecto un juicio de admisibilidad del acto. En su resolución le corresponde analizar sólo:

a.3.1) la vigencia de los requisitos extrínsecos: la existencia de capacidad procesal de las partes transigentes y, de ser el caso, de mandato suficiente en su personero;

a.3.2) además, debe corroborar un requisito intrínseco: el relativo a si la transacción ha versado sobre objeto transigible; de ser así, dictará una *sentencia homologatoria* (ver # 2.2. en este mismo Capítulo) que, atención, no añadirá efecto alguno al acto, pero que servirá para ponerle formal fin al proceso y, así, poder archivarlo en su momento.

Insisto particularmente en ello: la transacción, como tal, no necesita ser aprobada ni autorizada ni homologada ulteriormente toda vez que no está sujeta a la observancia de formalidades extrínsecas y surte sus efectos legales desde el día de su presentación ante el juzgado.

Por eso es que, una vez presentada al juez de la causa, la transacción es plenamente eficaz y las partes no pueden desistir de ella, se haya o no homologado por el tribunal.

Contrariamente a lo afirmado en su momento respecto del desistimiento, no interesa si el litigio está o no ya sentenciado al momento de transigir toda vez que, en el último caso, puede ser dudosa la percepción del objeto transigido.

Sin embargo, en el caso de que le parte pida la anulación de la transacción (cuando se hizo respecto de un pleito ya decidido por sentencia pasada en cosa juzgada) sólo es anulable si la peticionante ignoraba al tiempo de transar la existencia de la sentencia que había concluido el pleito[27].

[26] Código Civil, *art. 1881*: "Son necesarios poderes especiales [...] 3. Para transigir, comprometer en árbitros, prorrogar jurisdicciones, renunciar al derecho de apelar, o a prescripciones adquiridas..."

[27] Código Civil, *art. 860*: "Es también rescindible la transacción sobre un pleito que estuviese ya decidido por sentencia pasada en cosa juzgada, en el caso que la parte que pidiese la rescisión de la transacción hubiese ignorado la sentencia que había concluido el pleito. Si la sentencia admitiese algún recurso, no se podrá por ella anular la transacción".

b) *Los requisitos intrínsecos* son:

b.1) que el objeto de la transacción sea de *carácter transigible*, por no afectar el orden público: se trata de intereses meramente patrimoniales. De acuerdo con lo establecido en el Código Civil, artículo 833[28], tal objeto debe reunir las condiciones que la ley prescribe para toda clase de contratos (igual a las establecidas para los actos jurídicos en general)[29].

Lo mismo que el objeto de todo acto jurídico, el propio de la transacción debe ser posible física y jurídicamente, debe versar sobre cosa o derecho que esté en el comercio y no debe oponerse a la libertad de las acciones o de la conciencia ni perjudicar los derechos de terceros[30].

Pero no sólo puede ser transigida una *obligación*, cual surgiría de la literalidad del artículo 832. También puede versar sobre derechos reales, intelectuales y aun de familia, y todos aunque estén subordinados a condición[31].

A su turno, no pueden ser objeto de transacción:

b.1.1) las cosas que están fuera del comercio y los derechos que no son susceptibles de ser materia de una convención[32];

[28] Código Civil, *art. 833*: ver *supra*, nota 24".

[29] Código Civil, *art. 1167*: "Lo dispuesto sobre los objetos de los actos jurídicos y de las obligaciones que se contrajeren, rige respecto a los contratos, y las prestaciones que no pueden ser el objeto de los actos jurídicos, no pueden serlo de los contratos".
Código Civil, *art. 953*: "El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto".

[30] Código Civil, *art. 844*: "Las cosas que están fuera del comercio, y los derechos que no son susceptibles de ser materia de una convención, no pueden ser objeto de las transacciones".
Código Civil, *art. 846*: "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".
Código Civil, *art. 849*: "En todos los demás casos se puede transigir sobre toda clase de derechos, cualquiera que sea su especie y naturaleza, y aunque estuviesen subordinados a una condición".

[31] Código Civil, *art. 849*: ver nota anterior.

[32] Código Civil, *art. 844*: ver nota 30.

b.1.2) toda pretensión punitiva[33];

b.1.3) las contestaciones relativas a la patria potestad[34];

b.1.4) la validez o nulidad del matrimonio, a no ser que la transacción sea a favor del matrimonio[35] y que no se trate de un matrimonio absolutamente nulo, sino de nulidad relativa;

b.1.5) los derechos eventuales a una sucesión, ni los derechos a la sucesión de una persona viva[36]. Esta disposición concuerda con lo establecido por el código al legislar sobre los contratos en general y sobre la aceptación de herencias[37] y se inspira en las mismas consideraciones morales;

b.1.6) la obligación de dar alimentos tampoco puede ser objeto de transacción por la misma razón que no puede ser compensada, ni renunciada, ni embargada[38]. Pero este principio no debe entenderse en forma absoluta: se puede transigir sobre mensualidades ya vencidas de cuotas alimentarias, y la mayoría de la doctrina está de acuerdo en que

[33] Salvo el caso excepcional del *perdón del ofendido*, que paraliza la acción penal en ciertos delitos privados (Código Penal, *art. 69*: "El perdón de la parte ofendida extinguirá la pena impuesta por delito de los enumerados en el artículo 73. Si hubiere varios partícipes, el perdón en favor de uno de ellos aprovechará a los demás". Ídem, *art. 73*. "Son acciones privadas las que nacen de los siguientes delitos: 1. Calumnias e injurias; 2. Violación de secretos, salvo en los casos de los artículos 154 y 157; 3. Concurrencia desleal, prevista en el artículo 159; 4. Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, cuando la víctima fuere el cónyuge". Ídem, *art. 76*: "En los demás casos del artículo 73, se procederá únicamente por querella o denuncia del agraviado o de sus guardadores o representantes legales".

[34] Código Civil, *art. 845*: "No se puede transigir sobre contestaciones relativas a la patria potestad, o a la autoridad del marido, ni sobre el propio estado de familia, ni sobre el derecho a reclamar el estado que corresponda a las personas, sea por filiación natural, sea por filiación legítima".

[35] Código Civil, *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".

[36] Código Civil, *art. 848*: "No puede haber transacción sobre los derechos eventuales a una sucesión, ni sobre la sucesión de una persona viva".

[37] Ver Código Civil, *art. 1175*: "No puede ser objeto de un contrato la herencia futura, aunque se celebre con el consentimiento de la persona de cuya sucesión se trate; ni los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares", y *art. 3311*: "Las herencias futuras no pueden aceptarse ni repudiarse. La aceptación y la renuncia no pueden hacerse sino después de la apertura de la sucesión".

[38] Ver Código Civil, *art. 374*: "La obligación de prestar alimentos no puede ser compensada con obligación alguna, ni ser objeto de transacción...", y *art. 825*: "No son compensables las deudas de alimentos, ni las obligaciones de ejecutar algún hecho".

es lícito transigir cuando la obligación no deriva de la ley sino de una convención o de disposiciones de última voluntad;

b.2) que el acto contenga *concesiones reciprocas*[39], debiendo entenderse por tales el sacrificio que cada uno de los interesados haga de parte de sus derechos o pretensiones, o la prestación que una de ellas realice o se obligue a realizar a favor de la otra (de no haber reciprocidad el acto será *desistimiento* o *allanamiento*, según quién sea el que haga la renuncia).

Conforme a lo dicho *supra* en a.3), el juez de lo civil no puede hacer valoración alguna respecto del valor de cada una de las renuncias[40]. Tampoco el juez de lo penal en un sistema acusatorio en el cual el acusador, público o particular, se maneje con criterios de oportunidad y no de legalidad;

b.3) que las concesiones o sacrificios recíprocos tengan por objeto *extinguir obligaciones litigiosas*[41] *o dudosas*[42].

1.3.1.2. Los caracteres de la transacción

Por su naturaleza contractual, la transacción es una convención *sinalagmática*, a *título oneroso*, *consensual* y *formal* cuando recae sobre derechos ya litigiosos (Código Civil, art. 838)[43] o *no formal* cuando lo hace sobre derechos que no lo son (ídem, art. 837)[44].

[39] Las concesiones recíprocas no necesitan ser de valor igual o equivalente: pueden ser más o menos importantes sin que esto afecte la naturaleza del acto.

[40] Salvo en caso de transacción efectuada en el ámbito del derecho de trabajo, donde el juez tiene que hacer valoración de la equidad de las prestaciones acordadas y de los derechos renunciados.

[41] *Obligación litigiosa* es aquella que se discute en un litigio vigente. En otras palabras, la que está sometida a la decisión de un tribunal judicial.

[42] *Obligación dudosa* es la que, sin ser objeto aún de controversia judicial, produce en las partes incertidumbre respecto de la extensión de sus respectivos derechos. Por eso es que, llegado el caso, la palabra *dudosa* debe interpretarse atendiendo a la subjetividad de quienes han transigido, toda vez que la duda o incertidumbre debe existir en el espíritu de las partes. De ahí que es suficiente que ellas consideren sinceramente que las obligaciones son dudosas, aunque objetivamente no lo sean.

[43] Código Civil, *art. 838*: "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 que las partes se 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".

[44] Código Civil, *art. 837*: "La validez de las transacciones no está sujeta a la observancia

Como medio específico de extinción del proceso, es *indivisible* (Código Civil, art. 834)[45], de *interpretación estricta*[46] (Código Civil, art. 835)[47], *declarativa*[48] y *no traslativa de dominio* (Código Civil, art. 836)[49] y, por efecto de la indivisibilidad, *no se admite la nulidad parcial* de la transacción (ver, como ejemplo, art. 847 del Código Civil)[50].

Cuando versa acerca de derecho ya litigioso su validez se subordina a

de formalidades extrínsecas; pero las pruebas de ellas están subordinadas a las disposiciones sobre las pruebas de los contratos".

[45] Código Civil, *art. 834*: "Las diferentes cláusulas de una transacción son indivisibles, y cualquiera de ellas que fuese nula, o que se anulase, deja sin efecto todo el acto de la transacción".

[46] Cualquiera transacción debe interpretarse como que regula sólo las diferencias respecto de las cuales los contratantes han tenido real intención de transigir, sea que la intención resulte explícitamente de los términos utilizados en el respectivo convenio, sea que se reconozca como una consecuencia necesaria de lo que se ha dicho expresamente.

[47] Es aplicación de ello el que la transacción no aprovecha ni perjudica a los demás interesados que no han intervenido en ella, aunque se trate de obligaciones indivisibles, por lo que no afecta a terceros. Además, tratándose de obligaciones solidarias, la transacción concluida con un codeudor solidario aprovecha a los otros, pero sólo puede serles opuesta por su parte en el crédito (Código Civil, arts. 851 y 853).

[48] Ello significa que, por efecto de la transacción, no hay una necesaria tradición de la cosa litigiosa o dudosa, pues quien debe darla no la renuncia en favor del otro sino que, simplemente, se limita a declarar que lo reconoce como propio de éste. De tal modo, la transacción no modifica los elementos que integran los derechos poseídos ni crea ni transfiere nada. Además, y a consecuencia de dicho carácter, la parte que declara o reconoce derechos no está obligada a garantizarlos ni responde por evicción; y el favorecido no es sucesor de la otra parte, por lo que no puede invocar en su provecho las circunstancias de prescripción (posesión, tiempo, etc.) que correspondería a ésta si se hubiera quedado con la cosa (Código Civil, art. 836).

[49] Código Civil, *art. 836*: "Por la transacción no se transmiten, sino que se declaran o reconocen derechos que hacen el objeto de las diferencias sobre que ella interviene. La declaración o reconocimiento de esos derechos no obliga al que la hace a garantirlos, ni le impone responsabilidad alguna en caso de evicción, ni forma un título propio en que fundar la prescripción".

[50] Sin embargo, existe importante doctrina y jurisprudencia que señalan que este principio no es ni puede ser absoluto, sosteniendo que la aplicación de la norma queda supeditada a la investigación de la voluntad de las partes y a la intención con que consintieron los diversos aspectos del negocio jurídico. Dice el Código Civil en el *art. 847*: "Si la transacción fuese simultánea sobre los intereses pecuniarios y sobre el estado de la persona, será de ningún valor, háyase dado un solo precio, o una sola cosa, o bien un precio y una cosa distinta por la renuncia del estado, y por el abandono de los derechos pecuniarios".

que sea presentada ante el juez ante quien radica el litigio[51]. De donde resulta que es un acto formal y solemne en el cual deben observarse, bajo pena de nulidad, las formalidades que la ley establece en el artículo 838, es decir, presentar las partes al juicio un escrito en el que exponen los términos de su transacción. Y en tanto no se presente al juez carece de todo efecto.

1.3.1.3. Los efectos de la transacción

A los fines propios del proceso, cabe hacer en el tema una importante distinción que no ha sido advertida por la doctrina en general: son diferentes los efectos propios de una transacción que versa sobre *cuestiones dudosas* y aún no litigiosas respecto de los que refieren a otras que ya *son litigiosas* por ventilarse actualmente en sede judicial.

a) Veamos primeramente estos últimos, de los que se ocupan todos los autores.

A partir del momento mismo de su presentación ante el tribunal que conoce del litigio[52], toda transacción tiene los siguientes efectos:

a.1) extingue los derechos y obligaciones renunciados por las partes[53]. Y esto opera de modo definitivo, pues el incumplimiento de las obligaciones transaccionales no hace renacer la pretensión extinguida en el convenio. A raíz de ello, se extingue también la competencia del juez respecto del asunto hasta ese momento litigioso, conservándola al solo efecto de declararla admisible, de proceder conforme a lo transigido y, en su caso, de ejecutarla, de regular honorarios y de ordenar el archivo del respectivo expediente;

a.2) toda vez que con ella ha terminado el proceso, la ley establece que tiene los mismos efectos que los de una sentencia judicial firme:

[51] Código Civil, *art. 838*: "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 que las partes se 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".

[52] Atención: no hay que esperar que recaiga providencia judicial alguna acerca de tal pretensión.

[53] Código Civil, *art. 850*: "La transacción extingue los derechos y obligaciones que las partes hubiesen renunciado, y tiene para con ellas la autoridad de la cosa juzgada".

adquiere ejecutoria (ver el # 3.5 en el Capítulo 26) y la calidad de caso juzgado (ver ídem)[54].

b) Veamos ahora los efectos de la transacción efectuada acerca de *cuestiones dudosas*, aún no judicializadas (y, por ende, *no litigiosas* en la terminología utilizada en toda esta obra):

b.1) al igual que en el caso anterior, extingue los derechos y obligaciones renunciados por las partes;

b.2) pero como no hay juez que intervenga en la relación transigida no cabe presentarla ante tribunal alguno (pues simplemente no lo hay y, precisamente, los interesados quisieron evitarlo: por eso transigieron el conflicto), de donde surge ahora la pregunta sobre a partir de cuándo rige su contenido.

La respuesta parece obvia si se piensa en la naturaleza contractual de la transacción: a partir de cuando lo dispusieron los interesados y, en su defecto, desde la fecha de la concertación.

[54] Código Civil, *art. 850*: ver nota anterior. Para dar mayor fuerza y énfasis a esta idea, el art. 2052 del Código Civil francés prescribe que "las transacciones tienen entre las partes la autoridad de cosa juzgada *en última instancia*". No obstante ello, importante doctrina francesa –Bonnier y Planiol y Ripert, por ejemplo– maguer el texto expreso de la norma transcrita y no obstante la aprobación judicial de la transacción exigida en su art. 467, considera que esta aprobación no origina el efecto de cosa juzgada ni la fuerza ejecutoria, entendiendo que la sentencia que autoriza (homologa) una transacción entre litigantes, tiene sin dudas la autoridad de la convención, puesto que los contratos no son susceptibles de ser atacados del mismo modo y en la misma forma que las sentencias, ya que dejan intacta a los interesados la facultad de hacer valer todos los medios de hecho y de derecho contra la validez de la transacción. Tales actos de jurisdicción graciosa no son, pues, verdaderas sentencias, sino contratos revestidos de formas judiciales. Consecuencia de ello es que la aprobación judicial no altera la naturaleza del contrato celebrado, que es y sigue siendo un simple convenio sujeto a las reglas de interpretación de los contratos, por lo cual no disfruta de fuerza ejecutoria. Esta opinión parece que se ajusta a nuestro régimen legal, ya que el Código Civil no exige la aprobación de la transacción para su validez. De la misma manera, esta formalidad observada en la práctica forense no puede acordarle autoridad del caso juzgado ni fuerza ejecutoria, porque no habiendo contradicción de partes se quiere sólo dar a los actos una mayor solemnidad. De ahí que se haya dicho que el juez ejerce en el caso una suerte de *jurisdicción voluntaria*, sin conocimiento de causa o con sólo conocimiento informativo, para aprobar la transacción con su autoridad *en cuanto ha lugar por derecho*. Lo que es lo mismo que *decir nada*.

A consecuencia de ello creo que no cabe hablar del efecto de *caso juzgado*[55] para justificar su naturaleza. Por lo contrario, pienso que debe remitirse el caso a lo regulado para los principios generales de los contratos: la transacción tiene fuerza de ley entre las partes (Código Civil, art. 1197). Es razonable aceptar, entonces, la lógica de la propia voluntad de las partes que, al decidir poner fin a las cuestiones transigidas, no pueden discutirlas de nuevo.

De la misma forma creo que no cabe hablar de efecto *ejecutorio*, tal como lo hice antes.

La palabra *ejecutorio* significa que el mismo juez que era competente para decidir el litigio transigido ejecutará ahora la transacción por la vía de la ejecución de sentencia o del juicio de apremio. Pero como en el caso no hay juez que intervenga en el asunto, la ejecución tendrá que hacerse ante el juez que resulte competente para ello y por la vía declarativa que corresponda al caso, al igual que lo que ocurre para todo contrato[56].

Por supuesto, este efecto obligatorio propio de cualquier contrato rige no sólo para las partes transigentes sino que también se extiende a sus sucesores universales, con arreglo a los principios generales[57].

1.3.2. El desistimiento del proceso

Es el medio procesal por el cual el actor renuncia a mantener vigente el proceso que inició a consecuencia de la admisión de su demanda, pero manteniendo intacto su derecho de pretender nuevamente mediante la instauración de otro proceso posterior.

[55] Lo que ha provocado serias y recurrentes cavilaciones a la doctrina argentina, renuente a aceptar la idea del codificador.

[56] Ésta es la idea contenida en el art. 1816 del Código Civil español: "La transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada; pero no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial".

[57] Código Civil, *art. 503*: "Las obligaciones no producen efecto sino entre acreedor y deudor, y sus sucesores a quienes se transmitiesen".
Código Civil, *art. 1195*: "Los efectos de los contratos se extienden activa y pasivamente a los herederos y sucesores universales, a no ser que las obligaciones que nacieren de ellos fuesen inherentes a la persona, o que resultase lo contrario de una disposición expresa de la ley, de una cláusula del contrato, o de su naturaleza misma. Los contratos no pueden perjudicar a terceros".

De tal forma, y al igual que el desistimiento de la pretensión, constituye una típica *renuncia del derecho de continuar postulando en este proceso* (y no en otro), por lo cual es de carácter meramente provisorio frente al definitivo que ostenta aquél, en el cual se renuncia también al derecho de pretender lo mismo en el futuro.

Este tipo de desistimiento es intentado estratégicamente por el actor cuando advierte en el curso del proceso que puede llegar a perder su pretensión, entre otros motivos, por:

a) defecto en la afirmación de los hechos relatados en su demanda y puestos de manifiesto por el demandado; o

b) por inadecuada descripción de la imputación jurídica efectuada respecto de aquellos hechos; o

c) por insuficiencia en la actividad confirmatoria que, de hecho, es el más común de los supuestos que explican este tipo de desistimiento.

Entendidos los motivos que pueden generar el desistimiento del proceso, se comprende fácilmente la razón por la cual desde siempre es de carácter *bilateral*: es obvio que si el actor intenta abandonar el proceso es porque colige que, al final, perderá su pleito por sentencia adversa a sus intereses; y su natural consecuencia es la de que el ganador será el demandado.

Y si tal cosa ocurre, éste quedará a salvo para siempre de ser nuevamente demandado gracias a los efectos del caso ya juzgado que tendrá la sentencia que rechazará la pretensión actora por mal deducida o por no probada.

De ahí la exigencia de que este medio sea bilateral. Es decir, que el demandado que puede llegar a beneficiarse con la sentencia que eventualmente se dicte en el proceso sea oído al respecto (cosa que no ocurre en el desistimiento de la pretensión) y que acepte esa solución que puede exponer su paz futura.

De más está decir que, dado el carácter bilateral señalado, si el demandado se opone al desistimiento del proceso, éste debe seguir su curso.

Los *efectos* que produce este medio de finalización del proceso son:

1) termina el proceso;

2) genera la carga de imposición de costas del proceso desistido al actor desistente.

1.4. El medio bilateral tácito: la caducidad de la instancia

También conocido como *perención de la instancia* o *caducidad de la instancia procesal abierta a partir de la admisión de una demanda* o *de un recurso*[58], es el medio que utilizan las partes procesales para lograr, con su propia recíproca inactividad durante un cierto lapso, la finalización del proceso sin que haya desistimiento de la pretensión, ni allanamiento a la pretensión, ni transacción.

En otras palabras: dado que el proceso está constituido por una secuela de actos consecutivos que van cerrando etapas en procura de su objeto (la sentencia), la caducidad opera por mandato de la ley[59] cuando ambos litigantes abandonan la actividad que a cada uno le corresponde realizar, dejando así de producir los actos necesarios para que el proceso avance hacia su objeto. Por supuesto, se descarta en esta afirmación toda actividad oficiosa del juez que produzca un acto impulsor del procedimiento, pues ya se ha mostrado antes de ahora que ello es inconciliable dentro del desarrollo de un sistema acusatorio puro. No obstante, rige en plenitud en todo tipo procedimental que adopte el enjuiciamiento inquisitivo.

El origen autoritario de este medio se ve claro cuando se advierte la intromisión del Estado en la esfera de voluntad de los particulares que litigan, máxime cuando lo hacen a base exclusiva de derechos transigibles[60].

En la experiencia argentina el medio ha sido utilizado como feroz trampa para los actores, pues la tesitura legislativa actual es acortar cada vez más los plazos necesarios para que opere la caducidad (en algunos

[58] Recuerdo que ambos conceptos tienen naturaleza de *acción procesal* y, por ende, siempre son *bilaterales*. En la jerga tribunalicia se utiliza el vocablo en el sentido de *grado de conocimiento judicial: primera instancia, segunda instancia*, etcétera.

[59] Luego se verá cómo.

[60] En este orden de ideas, recuerdo que para Klein, por ejemplo, el proceso era un mal social que había que reducir temporalmente y, además, terminar a toda costa. Ésta es una de las formas de lograr tal ambición de la autoridad. Claro que a riesgo de dejar subsistente *sine die* el conflicto, con los riesgos que ello supone.

casos, tres meses o, peor aún, un mes). El problema se agrava cuando tales plazos se computan por días corridos, sin importar al efecto los feriados o inhábiles y los correspondientes a las ferias judiciales[61].

Una importante corriente jurisprudencial ha sido desde antaño y constantemente contraria a su aplicación, haciendo maravillas interpretativas para sostener que ciertos actos tenían fuerza impulsora del procedimiento (cuando la recta razón advertía lo contrario), con lo cual se suspendían o purgaban plazos de caducidad ya cumplidos[62].

Tan grande ha sido el problema generado que, en los últimos años, muchas leyes procedimentales han dejado de utilizar la caducidad como medio de finalización procesal o lo han sujetado a ciertas condiciones que luego explicaré (por ahora y como ejemplo: operado el plazo de caducidad y, ante el requerimiento del demandado, el actor debe decir si continuará o no el curso procedimental. Y si afirma que lo hará, la caducidad no se tiene por operada).

No obstante ello, han logrado disminuir pero no eliminar la trampa. Y esto ha ocurrido porque, aun en contra de todos los antecedentes legislativos argentinos[63], han hecho recaer en la persona del actor la imposición de todas las costas devengadas en el proceso caduco[64].

[61] El problema es de extrema gravedad. Al ignorar quien habitualmente legisla (nótese que siempre son jueces, académicos que no saben dónde están los tribunales y políticos que ignoran lo que es el litigio, nunca abogados en ejercicio pleno de la profesión de litigar, que quedan siempre al margen de la actividad legislativa y que luego deben sufrir la falta de imaginación y de conocimientos de los otros) los problemas que acarrea fogonear un proceso al mismo tiempo que se está conversando detenida y largamente entre las partes antagónicas para elaborar una difícil solución transaccional, hace correr plazos angustiosos de caducidad que luego utiliza algún abogado pícaro –que siempre los hay– para sorprender con la promoción de la pretensión de caducidad al actor ilusionado por lo que cree un inminente arreglo...

[62] Esto puede ser visto con claridad leyendo la voz *Perención de la instancia* en la *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Su autor, el recordado procesalista Inocencio Rillo Canale, publicó una separata que tuvo gran difusión y que tituló *Interrupción, suspensión y purga de la caducidad de la instancia*, con más de cien páginas de contenido.

[63] Que desde siempre han hecho recaer la imposición de las costas del proceso caduco en primera instancia según el orden causado por las partes litigantes. Ver, por ejemplo, CPC de Santa Fe, en Argentina, *art. 241*: "Las costas del juicio perimido serán en el orden causado si fuese en primera instancia. Si la perención se produjere en segunda, las costas serán a cargo del recurrente".

[64] Es el texto expreso del último párrafo del art. 73 del CPC de la Nación.

Y este obvio demérito para el actor se presenta claro a poco que se repare en que si él no desea continuar con el desarrollo de su pleito por la razón que fuere (por ejemplo, porque piensa que lo perderá en función de no haber probado a satisfacción la pretensión demandada y a este fin la salida de la caducidad es una estrategia válida), queda siempre a merced del demandado que no acepta hacer un acuerdo transaccional: no tiene forma alguna de abandonar indemne el pleito sin pagar las costas devengadas en él.

En efecto: las paga si pierde el pleito. Las paga si desiste de la pretensión. Paga las del incidente de desistimiento del proceso si el demandado no lo acepta, cosa que es muy posible siempre. Las paga, finalmente, si deja que el proceso caduque[65].

De tal modo, la ley ha olvidado que el proceso es *método de discusión* y no *de investigación*, a cuyas resultas (por ejemplo, una sentencia adversa a su interés con efectos propios del caso juzgado) el actor tiene que sucumbir sí o sí, pues no puede evadir el resultado de contingencias probatorias a las cuales muchísimas veces es ajeno.

Finalmente, la *bilateralidad* del medio es obvia a poco que se recuerde que el proceso es un método de debate dialogal entre dos antagonistas

[65] Cuando el legislador no comprende el fenómeno que intenta normar, desbarra permanentemente. Véase algún sinsentido legal: se afirma en todas las leyes que la caducidad es de carácter *indivisible*. Es decir que no importa a quién le incumbe la carga de urgir un determinado acto procesal: si el tiempo para que opere la perención pasa, caduca para ambos litigantes, no para aquel que no realizó el acto impulsor. Véase ahora el grave problema que esto puede ocasionarle a un ejecutante a quien el ejecutado le opuso una excepción (por ejemplo, la de pago). Ya se ha visto en el Capítulo 22 que la carga de la confirmación del hecho del pago pesa íntegramente en cabeza del excepcionante, de modo tal que si logra la confirmación, gana el pleito, perdiéndolo en caso contrario. Imagine ahora el lector que el ejecutado opuso dicha excepción con fines meramente dilatorios y que no insta la apertura o la producción del respectivo medio de confirmación. ¿Debe hacerlo el propio actor excepcionado, a quien puede llegar a jugarle en contra toda la actuación que se cumpla en la etapa abierta al efecto? ¿No es un disparate lógico lo que ocurre?
La solución del caso radica en eliminar el carácter indivisible de la caducidad, dividiendo las cargas que corresponden a cada una de las partes litigantes: actor y demandado, cuando se ha convertido en excepcionante. Esto mismo es lo que ocurre en Paraguay, donde se ha forzado jurisprudencialmente la interpretación de la ley para adecuarla a elementales criterios de justicia que están ausentes en casi todas las leyes argentinas.

en pie de igualdad, por lo cual es a *ambos litigantes* a quienes compete realizar la tarea de instar para hacer avanzar el desarrollo del proceso hacia su objeto final: la sentencia. De donde surge un argumento más para denostar la imposición de costas sólo al actor.

Personalmente, soy contrario al instituto de la caducidad de instancia pues, con los años, he visto el gran daño que se hace con su utilización, máxime cuando algunos jueces desaprensivos en su satrapía la declaran de oficio –inexplicablemente, aunque la ley tolere su actuación– so pretexto de que tienen que *limpiar sus casilleros atiborrados de expedientes*[66], lo que les sirve de inmediato para mejorar estadísticas de asuntos en trámite.

Confieso que en alguna oportunidad intenté sin éxito la eliminación en el texto legal del instituto de la caducidad. Hoy, y maguer su claro origen estatista, me he convencido de la necesidad de mantenerlo para buscar una solución final a casos extremos que, de otra manera, nunca lograrían ser archivados.

Para ello, he pensado en eliminar por completo la declaración oficiosa y aceptar el pedido de *cualquiera* de las partes una vez transcurrido el plazo legal con tres condiciones: a) que tal plazo carezca de efecto preclusivo, de modo que el acuse de caducidad nunca será sorpresivo para la contraria; b) que las costas del proceso principal sean siempre por su orden, y c) que se abandone la exigencia de la indivisibilidad.

De tal manera, conferido el traslado del caso el actor (o el demandado) podrá allanarse a la declaración o, en su caso, manifestar su interés en continuar litigando. En esta hipótesis imagino que el proceso seguirá su curso normal y se requerirá el curso de un nuevo plazo completo para que, ahora sí, opere la caducidad a pedido de parte.

[66] Adviértase que cuando el juez declara una caducidad de oficio traslada el problema tribunalicio de la discusión de las partes entre sí a otro problema mucho más grave: el de la posibilidad de que exista un nuevo pleito por mala praxis profesional entre el abogado y su cliente a quien le caducó el proceso y que, por ello, por ejemplo, prescribió su derecho. He visto las nefastas consecuencias de esto y, además, el alejamiento definitivo de la profesión de abogado de jóvenes brillantes a quienes los jueces les trasladaron el problema de los clientes para tener ellos *menos expedientes en casilleros...*

Sentadas las opiniones personales respecto de la institución, veamos ahora cómo opera en la mayoría de las legislaciones americanas, dentro del claro sistema inquisitorial que rige en todas ellas:

a) *Condiciones de procedencia*:

Inactividad de las partes litigantes (no importa si son incapaces o si es el Estado) durante un plazo establecido en la ley para cada tipo de procedimiento.

b) *Formas de operar*:

Dos sistemas antagónicos se conocen en las leyes americanas:

b.1) uno bien extremo en el que *la caducidad opera de pleno derecho*, con lo cual no se exige el pedido de parte ni declaración judicial alguna. Transcurrió el plazo y caducó el proceso. Y punto.

Por obvias razones lógicas, el sistema no admite la purga del plazo transcurrido por consentimiento de la parte a quien puede beneficiar la declaración;

b.2) uno más razonable, que exige la expresa declaración judicial. Y éste se subdivide en dos subsistemas:

b.2.1.) el que autoriza al juez a pronunciar oficiosamente la declaración cuando el plazo ha transcurrido y

b.2.2.) el que deja librada su declaración a la instancia de una de las partes procesales.

2. La terminación del proceso por medio de actividad judicial

Si el proceso no finaliza por alguno de los medios autocompositivos vistos hasta ahora, es menester que el juzgador le ponga un punto final a efectos de archivar la causa o de permitirle el dictado de la sentencia que constituye su objeto y que se supone heterocompondrá el litigio.

Para cumplir esa finalidad, y en general, el juez puede:

1) llamar autos para sentencia (para lo civil y lo penal);

2) homologar un acuerdo de partes (ídem);

3) sobreseer el enjuiciamiento o la ejecución (ídem);

4) absolver la instancia (para lo civil);

5) ordenar el archivo de la causa (para lo penal), y

6) declarar la existencia de falta de mérito para proseguir el enjuiciamiento (penal).

Los vemos a continuación.

2.1. El llamamiento de autos

Concebido el proceso –cual lo ha sido en toda esta obra– como un método reglado para que dos antagonistas debatan dialogalmente ante un tercero que los dirige al efecto, parece obvio que la discusión termina cuando quienes discuten dejan de hacerlo o, mejor aún, cuando no pueden seguir haciéndolo.

Y ello ocurre cuando finaliza la etapa de alegación y el juzgador da por terminada la actividad de procesar el litigio[67] utilizando al efecto una fórmula de antiquísima data: llama *autos para sentencia*, o *autos para sentenciar*, o *autos para la definitiva* o, simplemente, *autos*.

Por supuesto, la providencia de trámite que ello ordena debe ser notificada a las partes y consentida expresa o tácitamente por ellas[68], a fin de que pueda ganar efecto preclusivo y, así, comenzar a correr el plazo acordado al juez por la ley para emitir su sentencia.

En muchas legislaciones esta providencia tiene un notable efecto saneador: su consentimiento liso y llano impide plantear luego la nulidad de actos de alguna forma viciados y cumplidos durante todo el curso procedimental, con lo cual se elimina la posibilidad de mantener larvados planteos impugnativos a base de ellos para ser luego llevados a la alzada.

2.2. La homologación judicial

Castizamente, *homologación* es la aceptación o aprobación de un acto por parte de la autoridad oficial por estar acorde con las reglas que rigen su validez. En el Derecho, el vocablo se utiliza con el mismo exacto sentido.

[67] Ello ocurre tanto en el enjuiciamiento civil como en el penal, siempre que allí se utilice al efecto un sistema acusatorio puro y no bastardeado, cual ocurre en muchos países de América Latina.

[68] Quienes bien podrían impugnarla por diversas razones (por ejemplo, no haber sido dictada en el momento procesal adecuado o estar pendiente algún acto procedimental de etapas anteriores, etcétera).

Los códigos antiguos no legislaban acerca de esta categoría de sentencia que sólo pone un *fin formal* al proceso pero sin expedirse acerca del litigio, toda vez que, en lo sustancial, han sido las propias partes quienes han decidido terminarlo por algún medio autocompositivo.

En la Argentina, este tipo de sentencia aparece después de que la *homologación* fue usada por el Poder Ejecutivo respecto de lo actuado en el ámbito laboral, donde sí tiene importancia.

Recuérdese que en el # 1.3.1.1. de este Capítulo he señalado que el juez debe *homologar* la transacción en sus aspectos extrínsecos. Y también que el juez laboral debe hacer lo propio respecto de las transacciones habidas entre obreros y patronos, pero expidiéndose también respecto de algún requisito intrínseco del acto para salvaguardar la equidad del trato. Lo cual es réplica de los requisitos de origen.

Pero en materia de derecho privado carece de toda importancia en lo sustancial, ya que si el objeto de toda transacción debe ser necesariamente una *cosa transigible*, el juez no puede interferir en la esfera de libertad de las voluntades de los transigentes.

Lo mismo debe ocurrir en materia penal en los regímenes que aceptan la posibilidad de que acusador y acusado acuerden cualquier cosa respecto de la pretensión punitiva, al igual que de la resarcitoria.

2.3. El sobreseimiento

Se entiende castizamente por *sobreseimiento la acción y el efecto de sobreseer*. A su turno, esta voz significa *desistir de la pretensión o del empeño que se tenía* y, también, *cesar en el cumplimiento de una obligación*, de donde, extensivamente, se utiliza en el Derecho desde antaño con el sentido de *cesar una instrucción sumarial* y *dejar sin curso ulterior un procedimiento cualquiera.*

En este último sentido, se aplicó antiguamente en el juicio ejecutivo de cobranza judicial de deuda en tanto no se encontraban bienes del deudor que fueran suficientes para cubrir, luego de subastados, el total de la acreencia establecida por sentencia. Con lo cual el juez *sobreseía el procedimiento de ejecución* y lo dejaba provisionalmente detenido hasta el momento en el cual aparecieran nuevos bienes sobre los cuales poder continuar la ejecución. Y así sucesivamente hasta tanto el

acreedor percibiese totalmente su acreencia[69], de donde surge claro su carácter *provisorio* (*se sobresee hasta tanto...*).

Cosa similar ocurría a la sazón en el enjuiciamiento penal: cuando en la etapa de investigación sumarial previa[70] al juicio propiamente dicho no había prueba suficiente para lograr la convicción del juez acerca de la imaginada verdad de la existencia de un hecho punible o de la sospechada autoría del imputado por tal hecho, se *sobreseía el procedimiento* a la espera de la aparición de nuevos medios probatorios que permitieran lograr un convencimiento tal de ambas circunstancias que posibilitara la condena[71].

A consecuencia de ello, el sobreseimiento también era siempre *provisorio* pues, insisto, se dictaba en la etapa de la investigación sumarial previa al acto del juzgamiento. Éste era dado posteriormente por el juez en la etapa denominada *plenario* o de *juicio propiamente dicho*, después de que hubiera formal acusación contra el hasta entonces *sospechado* y, desde ahora, *imputado* o *acusado* respecto del delito investigado acerca de cuya existencia ya no tenía dudas el juzgador. Y en tal plenario, haciendo el juez un verdadero acto de juzgamiento acerca de las circunstancias señaladas, *condenaba* o *absolvía*. Con lo cual se terminaba el litigio que había originado el proceso.

De ahí que, con tal sobreseimiento provisorio, se dejaba abierta *sine die* la causa penal, mostrando con ello la existencia de una verdadera espada de Damocles sobre la cabeza del investigado, quien no perdía jamás su condición de tal.

[69] Por supuesto, no había entonces prescripción liberatoria de la *actio judicati*, con lo cual el procedimiento podía estar abierto por siempre, lo que no era ni es bueno para el mantenimiento de la paz social.

[70] Téngase presente que esto ocurre en un sistema inquisitivo en el cual el juez es investigador que debe hacer todo lo posible para encontrar la *verdad real* (*rectius est*, la correspondencia de los hechos investigados con los imaginados por el propio juzgador acerca de ellos: es decir, *su verdad*). Y adviértase también que es lo que ocurre actualmente en casi toda América Latina, al amparo del autoritarismo del mandamás de turno. Que cada día que pasa prolifera más. En todas partes.

[71] Recuérdese todo lo expresado acerca de la *verdad real* en el Capítulo 4 y, también, que en esa época no había *presunción de inocencia*, por lo que el instituto del sobreseimiento era congruente con la necesidad de formar la convicción imprescindible para condenar sin incurrir en pecado el juzgador (que era sacerdote, tanto en la inquisición medieval como en la inquisición española).

Adviértase ahora algo que pudo inferirse de lo recién explicado: cuando era utilizado *sin perjuicio de* o *hasta tanto apareciere...*[72] jamás implicaba *un juzgamiento de conductas* reprochables sino, todo lo contrario, exhibía un claro ejemplo de ausencia de él: precisamente *se sobreseía porque no se podía juzgar*, por diversas razones que se establecieron detalladamente en el Reglamento de Justicia español de 1837, donde la posibilidad de sobreseer se extendió a los siguientes casos que cito textualmente:

"1) cuando principiado el sumario, no resulta la preexistencia del delito; esto es, no se obtiene la comprobación del hecho criminal pues falta entonces el fundamento en que debe estribar todo el proceso;

"2) si bien el delito resulta comprobado, no aparece quién sea el que lo ha cometido;

"3) habiéndose procedido contra alguna persona por haber contra ella sospechas o indicios, se desvanecen aquéllas y éstos de tal modo que se hace patente (¿?) su inocencia;

"4) terminado el sumario, viere el juez que no hay mérito para pasar más adelante, o que el procesado no resulta acreedor sino a alguna pena leve que no pase de reprensión, arresto o multa".

La misma norma establecía sus efectos, que tuvieron que ser necesariamente diferentes en orden a los casos regulados en la norma.

Y, así, eran meramente *provisionales* los casos de los de los incisos 1 y 2, toda vez que el sobreseimiento se dictaba *por ahora y sin perjuicio* (tal cual ha ocurrido en la Argentina hasta hace pocos años).

En cambio, debieron ser *definitivos* los de los incisos 3 (que debía llevar la aclaración de que el proceso no generaba perjuicio alguno en la reputación del imputado) y 4 (en cuanto de hecho contenía una condena).

Posteriormente también fue necesario recurrir al dictado del sobreseimiento aun en la etapa del plenario cuando *no se juzgaba una conducta* sino que *se verificaba un hecho ajeno a la propia voluntad del imputado* y que tenía obvia relevancia para impedir la continuación del juicio.

[72] Nueva prueba o nuevo bien a subastar.

Y, por supuesto, todos ellos debieron adquirir carácter *definitivo*, ya que no era razonable aceptar una simple provisionalidad "*a la espera de...*"

El mejor ejemplo de esto es el de la *muerte del imputado*[73]: como obviamente un muerto no podía ser juzgado y, sin embargo, el procedimiento debía terminar si o si por un acto del juez, éste sobreseía el procedimiento por la simple razón de que no era lógico continuarlo ante la imposibilidad de eventual condena[74].

La historia más reciente siguió ampliando correctamente los supuestos de procedencia del dictado de sobreseimiento: la desaparición del tipo penal imputado, la amnistía, el indulto[75], la prescripción liberatoria, etcétera.

Y hasta aquí parece todo sencillo y fácil de entender.

Sin embargo, en las definiciones autorales propias de finales el siglo XIX y, mucho más, en las presentadas ya en el siglo XX comenzaron a aparecer otros supuestos de sobreseimiento que parecen incoherentes con lo recién explicado.

El primer supuesto fue denominado en la ley con el tecnicismo de *inexistencia del hecho causal*[76]. Y parece claro que el caso puede gene-

[73] Por razones obvias, este sobreseimiento no podía ser provisional, ya que nadie esperaba la resurrección del muerto a fin de continuar con el juzgamiento interrumpido. De ahí que lo que era antes *provisional* pasa ahora coherentemente a ser *definitivo*.
[74] Esta opinión no empece a que no siempre se vieron así las cosas: recuerde el lector los juzgamientos a muertos y a animales hechos por la inquisición medieval, tan bien relatados por Paul Tabori en el precioso libro *Historia de la estupidez humana*, donde detalla con precisión cómo se hacían el juzgamiento, condena y ejecución de la pena a los muertos, tomando diversos ejemplos de los *autos de fe* que organizaba habitualmente la Santa Inquisición.
[75] Creo que el ejemplo no es muy ortodoxo que digamos. Sin embargo, lo incluyo en esta nómina pues ya operó en la Argentina mediante el indulto concedido por un ex presidente de la Nación a quienes no habían sido aún condenados por estar a la sazón bajo proceso. Explicando sus razones para hacerlo, sostuvo en la ocasión que si se aceptaba que tenía facultades constitucionales para perdonar una condena (que es *lo más* a estos efectos) también tenía la posibilidad de hacer *lo menos* (suspender el procedimiento que eventualmente terminaría en una condena que nadie discutía que sí podía indultar).
[76] Adviértase la denominación que se da ahora al supuesto mencionado *supra* al transcribir el inciso 1º ya mentado, pues no son idénticas ambas hipótesis.

rar un sobreseimiento toda vez que, nuevamente, se trata de verificar si un hecho existió o no. Y punto.

De tal modo, parece razonable aceptar que si el juez advierte en la etapa del plenario, y por lo que fuere, que el hecho causal de la pretensión punitiva no existió, el juzgamiento debe ser interrumpido, pues no habrá posibilidad alguna de reprochar conducta por lo no acaecido.

Pero no ocurre lo mismo en el otro supuesto: el de falta de autoría[77], en el cual parece razonable sostener –para decir que el imputado no es el autor del hecho– que el juez debe hacer *un verdadero juzgamiento*[78]. Por ello, la solución técnica de la ley debe ser la de la absolución y no la del sobreseimiento, sin importar en cuál de las etapas del juicio se realiza: si durante la instrucción o en el plenario.

En función de lo expuesto, habrá que ver cómo opera el sobreseimiento en los diferentes códigos, a los que remito desde ya al lector.

Finalmente: todo lo dicho respecto del sobreseimiento por inexistencia del hecho o por falta de autoría desaparece por completo en un sistema acusatorio puro en el cual el acusador público se maneje con criterios de oportunidad y no de legalidad[79].

2.4. La absolución de la instancia

Al igual que lo que se vio respecto del sobreseimiento[80], este medio de terminación judicial se caracteriza porque la respectiva sentencia que lo contiene pone fin al proceso pero deja subsistente el litigio.

[77] Repárese ahora en la nueva denominación que se da al supuesto contenido en el inciso 3º mencionado *supra* que, igual que el caso de la nota anterior, no muestra hipótesis idénticas.
[78] A menos, claro está, de que ello sea a consecuencia de comprobarse la inexistencia del hecho causal de la imputación bajo juzgamiento. Recuerde el lector el sonado caso judicial magnífica y estremecedoramente expuesto en el film español *El crimen de Cuenca*, cuya vista no puede perderse para comprender cabalmente las críticas que expongo en este libro a tanto horror del pasado y que aún perdura para alegría de muchos en el presente.
[79] Desgraciadamente, estamos muy lejos de ello en América Latina, cuyos autores en general pontifican en sentido contrario al postulado en esta obra y que, además, se enojan cuando se los critica. ¡Como si no fuere posible el disenso en la vida de la democracia!
[80] En rigor, es una variante del mismo tema.

En algunas legislaciones recibe la denominación de *sentencia inhibitoria*, con el significado de que, al emitirla, el juez *falla* diciendo que *no puede hacerlo* dictando sentencia sobre el fondo del asunto litigioso, pues alguna razón se lo impide. A raíz de ello, se inhibe de continuar actuando en la causa. Con lo cual es claro que se pone fin al proceso que, a partir de ahora, carece nada menos que de juez que lo sustancie asegurando la igualdad de las partes.

Al igual que el del antiguo sobreseimiento, su efecto siempre es provisional y no alcanza jamás la calidad de *caso juzgado*. Y ello, precisamente y haciendo juego de palabras, porque el *caso no fue juzgado*.

Ejemplos de sentencias que absuelven la instancia se ven a diario: la que declara la incompetencia del juez, la que cierra el proceso porque no están presentes en él todos quienes deben intervenir en el debate de un hecho inescindible y la ley exige la presencia de todos los interesados para que la sentencia a dictar no sea de imposible cumplimiento, la que declara la caducidad de la instancia, la que acepta el desistimiento del proceso por acuerdo de partes, la que acoge una excepción dilatoria, etcétera.

2.5. El archivo de la causa

En los últimos años y siempre operando dentro del sistema inquisitorial, que acepta despreocupadamente denuncias[81] y actuaciones oficiosas[82], para cerrar la etapa sumarial de una investigación que no se ha desarrollado aún en forma suficiente como para sobreseer por alguna de las causales ya vistas de inexistencia del hecho y de falta de autoría, los jueces ponen fin al sumario ordenando sin más su archivo.

Obvio es decir que, por ausencia de juzgamiento, no puede causar efecto de caso juzgado. De donde siempre ostentará carácter provisorio.

2.6. El auto de falta de mérito

Los jueces que prohíjan desde siempre y hasta hoy la vigencia del sistema inquisitorial de investigación y condena anticipada y cautelar de los

[81] Muchas veces no son más que deleznables delaciones.

[82] Que ya se ha visto son inconstitucionales por violar abiertamente el derecho contenido en el sintagma *debido proceso*.

delitos nunca se conformaron con la abolición del *sobreseimiento provisional*, el cual sería visto actualmente con muy buen grado por la justicia mediática que gobierna el sistema.

Esas ansias de lograr una investigación perdurable hicieron que, en algún momento de la codificación argentina y luego de hallarse vigente el sobreseimiento definitivo como indudable conquista de la civilidad frente al poder, se volviera alegremente al pasado, reinstalando la figura bajo la denominación ahora de *auto de falta de mérito*.

Es ésta la resolución que se dicta en la etapa sumarial o de investigación previa cuando el juez carece de convicción acerca de la culpabilidad del imputado y, por ello, no sabe si procesar o sobreseer. Lo notable del caso es que, según pacífica interpretación de la doctrina procesal penal del país, no cabe aplicar acá el brocárdico *in dubio pro reo*, so pretexto de que ello sólo corresponde al juzgamiento propio del plenario[83].

Hay leyes que toleran esto y le ponen un límite: el del plazo acordado para el desarrollo de la investigación. Y ello, frente a lo que luego explicaré, puede derivar en solución aceptable pues, al fin y al cabo, si la investigación dura –por ejemplo– noventa días y al décimo el juez no sabe qué hacer, coloca el proceso en una suerte de *stand by* hasta el final del plazo, a la espera de la aparición de elementos confirmatorios suficientes para formar su convicción.

Pero hay otros códigos que no tienen ese límite y, así, dejan subsistente el proceso durante todo el plazo necesario para que opere la prescripción liberatoria del delito imputado (de la *acción penal*). Con lo cual se ha regresado disimuladamente al ominoso pasado al colocar al imputado bajo una espada pendiente de un hilo sobre su cabeza durante lo que puede ser a veces larguísimo tiempo, en el cual estará siempre sospechado y sujeto al capricho de lo que puede ser perverso ejercicio del poder.

[83] Como es obvio, el argumento es incoherente para cualquiera persona que no navegue por los meandros propios de la literatura procesal y desee solucionar el caso a base de la aplicación de una mínima inteligencia puesta al servicio de imaginar una adecuada solución al problema.

CAPÍTULO 26

LA EFICACIA DE PROCESO

SUMARIO:

1. Eficacia del proceso
2. Efectos del método de discusión
3. Efectos de la sentencia

1. La eficacia del proceso

Se entiende castizamente por *eficacia* la capacidad para obrar o producir el efecto deseado.

Si se tiene en cuenta cuál es la razón de ser del proceso que ya expliqué en el Capítulo 1 y se admite que el proceso no es método de *investigación* ni de *control social* ni de *opresión popular*[1], se concluirá fácilmente en que es un método de *debate pacífico y dialéctico* que, aceptado hoy por la mayoría de las Constituciones modernas como el último bastión de la libertad del hombre, logra su eficacia al mostrar un obvio efecto: el de pacificar a los pueblos al evitar que cada uno haga justicia por mano propia sobre otro.

Desde esta óptica, parece claro que las consecuencias que ello genera se producen durante el desarrollo mismo del debate, y mucho más,

[1] Cual ha sido utilizado por todos los totalitarismos que ha sufrido la humanidad en los últimos quinientos años, so pretexto de que es un método adecuado para lograr la búsqueda y la obtención de la verdad. Ver los detalles históricos en los Capítulos 4 y ss.

por añadidura, cuando se ha logrado culminar en su objeto: la emisión de la sentencia que pone fin al litigio.

Los explico a continuación.

2. Los efectos del método de discusión

Por de pronto, quien incoa un proceso abdica implícitamente de hacer uso de la fuerza ilegítima, prohibida desde siempre en nuestras sociedades.

Y éste es ya, y en sí mismo, un efecto notable que muestra las bondades de este invento de la civilidad, al cual he calificado en el Capítulo 1 como mucho más importante que el de la rueda.

Empero, además de evitar la justicia por mano propia, logra durante su desarrollo una indudable y fácilmente comprobable pacificación de los ánimos.

Cierto es que hay litigios –particularmente los que se desarrollan entre hermanos– que son terribles y, a veces, cuasisangrientos.

Pero el común denominador de los pleitos indica que, mediante su demorado y a veces moroso desarrollo, se aplacan los ánimos inicialmente exacerbados y se pierde interés en el mantenimiento de la lucha (esto es lo único que puede explicar, lógicamente y por ejemplo, la caducidad de la instancia por falta de actividad procesal de las partes).

Además, un pleito prolongado en el tiempo –por las razones que fueren– hace que las partes sean proclives a una solución autocompositiva que, muchas veces, se logra para beneficio de los interesados y de la misma comunidad[2].

A tal punto esto es cierto que estadísticas serias efectuadas en tribunales de mi ciudad revelan que más del setenta por ciento de los pleitos incoados terminan por medios autocompositivos[3].

Más allá de estos efectos que se advierten como consecuencia de la sola existencia de un proceso pendiente, cuando éste logra su objeto

[2] No se crea que, con esto, elogio la morosidad. Sólo marco un dato de la realidad que, aunque no querida, puede tener efectos colaterales positivos.

[3] Hay quienes sostienen seriamente, con estadísticas en la mano, que sólo llega a sentencia un 15% del total de pleitos incoados cada año calendario. Y aseguran que en lo penal el índice es mucho menor.

de que un juzgador emita una sentencia, los efectos se potencian pues, ahora, las repercusiones jurídicas de la solución afectan más profundamente a la relación entre los sujetos litigantes.

Los explico.

3. Los efectos de la sentencia

El tema será desarrollado en el Capítulo 28.

CAPÍTULO 27

EL COSTE DEL PROCESO

Sumario:

1. El problema
2. El coste del servicio
3. El coste de la defensa: criterios
   3.1. Objetivo
   3.2. Subjetivo
4. La condena en costas
   4.1. Conforme con el criterio objetivo
      4.1.1. La regla general: costas por su orden
      4.1.2. Excepciones a la regla: costas al vencido
      4.1.3. Excepciones a la excepción
   4.2. Conforme con el criterio subjetivo
   4.3. Otras situaciones
   4.4. Contenido de las costas
   4.5. Alcances subjetivos de la imposición
   4.6. Naturaleza de la obligación de pagar costas
5. El cobro de las costas

1. El problema

Ya adelanté en el Capítulo 12 que el ideal de gratuidad del servicio de justicia, que se halla entronizado en el mundo moderno, no se corresponde con lo acaecido en épocas pasadas y con lo que ocurre en algunos de los países de Latinoamérica, particularmente en la Argentina: muchas veces se ha encarecido severamente el *acceso al proceso* como forma de disminuir un elevado índice de litigiosidad[1].

[1] Esto no ocurre en lugares en los cuales se respeta la Constitución: en Panamá, por ejemplo, la justicia es realmente gratuita y el coste de su funcionamiento lo absorbe el Estado, al igual que lo hace con los servicios que cuidan la salud o la seguridad de los habitantes.

Tal vez en la Argentina el tema no pase por ese meridiano sino por el del enorme y permanente apetito voraz del Fisco, que siempre encuentra un nuevo filón para alimentar sus arcas, a disposición de los caprichos de los políticos de turno[2].

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[3].

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 brindado por el Estado a la comunidad.

De ahí que el problema que genera el tema en estudio no pasa por determinar la mayor o menor 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).

Para decidir al respecto, bueno es presentar diferenciadamente las dos aristas que se ven con facilidad sobre el tema: el coste del servicio y el de la defensa.

2. El coste del servicio[4]

El mantenimiento del servicio tribunalicio insume una importante erogación del Estado[5], en cuyo presupuesto se prevén anualmente las par-

[2] A esta altura de la vida creo que nunca aparecerá un político serio que, dejando de lado intereses sectoriales, ponga las cosas en su lugar y distribuya de otra manera la carga impositiva. Y, así, hacer realmente gratuito el ingreso al sistema.

[3] Aunque, lamentablemente, todo eso sea sólo una petición de principios reñida con la realidad.

[4] Es conocida la discusión doctrinal existente en torno del tema en cuanto a si es o no *servicio.* Por mi parte creo que tal discusión es bizantina, por lo que admito sin mayores cavilaciones que la pomposa frase *impartición de justicia* se traduce en un claro *servicio tribunalicio* que brinda el Estado a todo justiciable a su solo pedido, de la misma forma que lo hace para todo habitante con los servicios de raigambre administrativa denominados de *seguridad*, de *salud*, etcétera.

[5] No obstante, esto implica partidas sensiblemente inferiores a las que cubren otros

tidas correspondientes a la retribución de los servicios que prestan al efecto los jueces de todas las instancias y los funcionarios y numerosísimos empleados que los secundan en la realización de las tareas de procesar, sentenciar, cautelar y ejecutar lo sentenciado. Además, las previstas para solventar los gastos propios del normal funcionamiento de los tribunales: luz, teléfono, computadoras, máquinas, papel, lápices, etcétera.

Estas tareas y servicios deben ser solventados *sólo* por el Estado[6] que, en tren de cumplir el objetivo constitucional de *afianzar la justicia*, debe contar con presupuesto adecuado al efecto y no entorpecer el ingreso al proceso imponiendo para ello gabelas que resultan ser más altas cada año que pasa.

En este estado de cosas, el coste del ingreso al proceso es carísimo en muchas partes[7]. Y es asaz claro que ello debe ser revertido para no hacer ilusoria la más importante garantía constitucional protectora de la libertad y de los demás derechos otorgados por la Carta magna. Por si ello fuera poco, la norma contenida en el artículo 2 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* impone a los Estados Partes la obligación de adoptar en sus ordenamientos jurídicos internos las normas necesarias para hacer efectivos los derechos y garantías establecidas en

servicios del Estado: por ejemplo, educación, salud y seguridad. Y todos son gratuitos para los habitantes del país.
Pero la realidad demuestra que puede hacerse mucho a partir de muy poco: Costa Rica, por ejemplo, cuenta con Poder Judicial impresionante y modelo de muchas cosas en América (particularmente, de la seriedad y dedicación de sus jueces), que funciona óptimamente con un presupuesto confeccionado a partir de una asignación anual permanente del cinco por ciento del presupuesto nacional, que le ha otorgado la propia Constitución. ¡Y realmente da gusto visitar cualquiera de sus tribunales!

[6] Tal como ocurre con las pretensiones laborales incoadas por obreros o con la asunción de la defensa de quienes no pueden sufragar los gastos propios de un abogado.

[7] Por ejemplo, en Santa Fe, Argentina, donde esto escribo, demandar ejecutivamente cuesta más del 4% del valor de la pretensión en concepto de tasa de justicia, de tasa propia para obtener cautelas y del adicional que debe ser abonado para registrarlas; a eso hay que añadir cifras fijas para solventar la labor del oficial de justicia y del notificador, para ayudar al Colegio de Abogados, a la Caja de Jubilaciones, a la Caja Forense, etcétera. ¿Se comprende el porqué de la crítica que muestra este Capítulo? Y antes de todo esto, cuando las tasas eran sensiblemente más bajas, la cosa se compensaba pagando a tanto la foja de actuación, a tanto cada firma puesta en un expediente, a tanto la carátula, etcétera...

ella[8]: "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" (art. 8 de la Convención).

Dejando de lado esta parte del coste tribunalicio, queda todavía otro muy importante y que es el que insume la defensa de los intereses particulares, máxime cuando el propio Estado exige –con muy pocas excepciones– la representación abogadil para litigar en juicio[9].

3. El coste de la defensa: criterios

Ya se dijo recién que un pleito requiere la presencia de abogados y procuradores que actúan percibiendo honorarios en concepto de retribución de sus servicios.

Y, salvado el coste institucional a cargo del Estado, parece claro que tal retribución debe ser afrontada por el propio particular que busca la mejor defensa para sus intereses en litigio.

En este orden de ideas, y sin perjuicio de lo que luego se dirá, adelanto que se entiende por *costas* la suma de erogaciones que debe afrontar toda parte como consecuencia de intervenir en un proceso judicial o arbitral.

[8] Por cierto, esto no se ha hecho y es altamente posible que no se haga. Al menos, mientras la Argentina se encuentre gobernada por contadores y economistas que se ocupan de situar los derechos de la gente en los arrabales de la Constitución y en pro de la Ley de Presupuesto, única que les interesa...
Pero la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en caso que nos toca muy de cerca (*Cantos*, de fecha 28-11-2002) ha aconsejado a la Argentina que suprima de su ordenamiento jurídico las disposiciones que pudieren *dar lugar de cualquier manera* a la imposición de tasas de justicia... que pueden llegar a impedir el cabal acceso a los tribunales... pues ellas se transforman en obstáculos para hacer efectivos los derechos a las garantías procesales y a la protección judicial consagrados en la Convención Americana. Es lamentable que los abogados litigantes en general no conozcan adecuadamente la importante jurisprudencia de esta Corte, pues ella sirve decididamente para hacer los planteos necesarios ante los tribunales del país a fin de que alguna vez volvamos a la normalidad constitucional de la cual tanto nos alejamos en la olvidable época del ministro Cavallo...

[9] Las normas que ello exigen, de claro contenido corporativista, se explican invocando la mejor defensa de los derechos. ¡Como si ello fuere cierto luego de la plétora abogadil que hemos sabido conseguir en los últimos años, facilismo mediante!

Aunque se discute cuál debe ser el contenido de esas *erogaciones*, habitualmente se incluye en ellas los impuestos y tasas judiciales, los honorarios de los abogados, procuradores y peritos coadyuvantes en la defensa de los intereses en litigio y todas las derivaciones económicas que pueden surgir de la producción de los diferentes elementos de confirmación, etcétera.

El problema que se plantea a partir de este concepto es el de saber si ese conjunto de erogaciones que cada parte debe abonar en pro de su defensa en juicio puede ser repetido de quien originó la necesidad de acceder al proceso, cuando él ha resultado perdedor en la pretensión litigiosa.

En otras palabras: parece claro –y en cuanto a la intervención de los letrados, por ejemplo– que si un abogado actúa como mandatario de la parte que litiga, ésta debe abonar la retribución que cubra adecuadamente el ejercicio del contrato de mandato. A la postre, esto es sólo el cumplimiento de elemental obligación de todo mandante: la de abonar al mandatario lo actuado en virtud del convenio.

Distinto es el caso cuando se trata se establecer si ese pago puede ser repetido de otro litigante, particularmente de quien ha perdido el pleito.

Para ello, es menester *generar en él un obligación civil* que no tiene su origen en el *contrato* sino en otras fuentes de las obligaciones: o la propia *ley* o la *culpa* o el *dolo* (incardinando el tema en fuente que no es el contrato ni la ley: delito o cuasidelito).

Y eso es, precisamente, lo que hace todo juzgador (los jueces de cualquier grado o instancia, los conjueces, los árbitros y los arbitradores) cuando *impone costas*: genera una obligación inexistente hasta ese momento, y que muestra un deudor, un acreedor y una prestación de dar suma de dinero que se establecerá al tiempo de regular los honorarios del caso. Además, y esto es obvio, debe tener una *causa*[10]: y eso es, precisamente, lo que lleva a la consideración del punto que sigue.

Para establecer un *sistema de imposición de costas*, el legislador debe partir de una regla general obvia de toda obviedad: *cada parte procesal*

[10] Conforme con Código Civil, *art. 500*, "Aunque la causa no esté expresada en la obligación, se presume que existe, mientras el deudor no pruebe lo contrario".

debe pagar de su peculio sus propias costas y la cuota proporcional que le corresponde en las comunes[11].

A estos efectos, son *costas propias* las que se producen con motivo de la actuación individual de cada uno de los litigantes y son *costas comunes* las producidas por la actividad conjunta de ellos o del órgano judicial, cuando procede de oficio (por ejemplo, medidas para mejor proveer).

Y, ahora, para que el juez pueda efectuar la correspondiente imposición[12], el legislador normará el tema con criterios diferentes según la posición que muestre frente a la fuente de obligación que elija al efecto: ordenará la aplicación de un criterio que puede ser *objetivo* (la fuente de la obligación es la *ley*) o *subjetivo* (tal fuente es la *culpa* –o el dolo– como generadoras de la responsabilidad que explica el tema) y que, luego se verá, muestran diferentes contenidos y argumentos para sostenerlos.

Pero lo que debe quedar en claro es que, sistémicamente, no pueden juntarse ambos criterios, pues son claramente antagónicos[13].

Veamos seguidamente el tema.

[11] Ya se verá luego en el texto que no es esto lo que ha ocurrido, por ejemplo, en el CPC de la Nación ni en los demás que lo han tenido como norte, en los cuales se establece que la *regla general* es la de que *el vencido paga las costas*. Con lo que el tema queda sin solución cuando, por ejemplo, no hay vencimiento, toda vez que no hay regla anterior a la cual ocurrir.

[12] Que debe hacer sí o sí como claro imperativo legal: las costas se imponen *aunque las partes no lo pidan*, establece un sinnúmero de legislaciones sobre el tema.

[13] Cosa similar he sostenido en el Capítulo 6, al mostrar la imposibilidad de coexistencia de los sistemas acusatorio e inquisitorio, que muchos aceptan con alegría y despreocupación, sin advertir los peligros que ello entraña, y que ya han sido largamente enunciados en dicho Capítulo y en el 22, referido a la confirmación procesal. Y esto es lo que ha ocurrido en el CPC de la Nación, que coloca como *regla general la del vencimiento* y a renglón seguido añade: "*sin embargo...*"

Estas incoherencias internas han pasado a ser moneda corriente en muchas de nuestras leyes y, a mi juicio, se debe a que los respectivos códigos no son obra de una sola persona sino de difusas comisiones integradas muchas veces por quién sabe quién y que, así, jamás muestran unidad de criterios y terminan haciendo sus integrantes inentendibles e inaceptables concesiones recíprocas que luego debe sufrir el justiciable.

El CPC de Paraguay, por ejemplo, es clara muestra de esto en cuanto a la caducidad de instancia: norma al respecto que *opera de pleno derecho* y que se exige *declaración judicial sobre el tema*. ¿Se advierte que una hipótesis excluye a la otra? Y entonces, ¿cómo se actúa?

Otro ejemplo se ve en CPC de España, art. 435, que, luego de suprimir las *medidas para mejor proveer*, las establece con otro nombre pocos artículos después, en clara muestra de puro gatopardismo.

3.1. El criterio objetivo de imposición de costas

Este criterio parte de la idea de *plena reparación* que preside toda indemnización de carácter civil[14] y muestra un exacto y adecuado sentido de justicia: si quien debe litigar judicialmente para lograr la declaración o la constitución de un derecho y, a veces, la obtención de una condena a realizar alguna prestación, ha de hacer frente necesariamente a gastos para lograr el acogimiento de la respectiva pretensión, es razonable que obtenga la devolución de ellos[15]. De otra forma no podría haber reparación *plena* ni se preservaría íntegro el derecho acordado en la sentencia dictada con motivo del proceso.

Pero atención: este principio del derecho civil ostenta en el caso una clara naturaleza procesal, de momento que su imposición se genera en un proceso y como consecuencia de así disponerlo la ley.

Y ello, conforme con antigua enseñanza de Chiovenda: "debe impedirse en lo posible que la necesidad de servirse del proceso para la defensa de un derecho controvertido se convierta en daño para quien se ve constreñido a demandar o a defenderse en juicio para pedir justicia"[16].

Y eso es lo que se logra, precisamente, con la imposición de costas que debe soportar el vencido cual simple consecuencia del vencimiento.

Como se ve, se trata de un criterio puramente objetivo: *el que pierde paga*, no importando al efecto las razones que tuvo para resistir la

[14] Código Civil, *art. 1069*, establece que "El daño comprende no sólo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito, y que en este código se designa por las palabras *pérdidas e intereses*".

[15] En este orden de ideas, el CPC de la Nación, *art. 68*, establece que "*Principio general.* La parte vencida en el juicio deberá pagar todos los gastos de la contraria, aun cuando ésta no lo hubiese solicitado..." Remarco acá la importancia del concepto atinente a la plena reparación: el juez condenará en costas al perdedor no obstante que el ganador no lo solicite.

Pero hay algo más y que será motivo de comentario adverso en el texto: a renglón seguido, la misma norma transcrita establece que "Sin embargo, el juez podrá eximir total o parcialmente de esta responsabilidad al litigante vencido, siempre que encontrare mérito para ello, expresándolo en su pronunciamiento bajo pena de nulidad".

[16] En su trabajo *Sobre la perpetuatio jurisdictionis*, en *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, Ejea, Buenos Aires, t. II, p. 5.

pretensión, pues la regla no sufre ni puede sufrir influencias subjetivas que le harían perder su objetividad[17].

Si bien se mira, es la regla más justa que puede ser imaginada y no deja margen alguno para imponer la arbitrariedad judicial tan en boga actualmente a partir de la actuación al margen de la ley de los jueces decisionistas que pululan por toda América al socaire de los códigos procesales.

Claro está que la regla del vencimiento debe tener excepciones también objetivas que han de ser prolijamente establecidas en la ley a fin de evitar situaciones de injusticia notoria. Y con ello, como luego se verá, se arma un sistema coherente y hermético como el que se halla vigente en un sinnúmero de leyes de América[18].

3.2. El criterio subjetivo de imposición de costas

Este criterio parte de la idea de *sanción* que debe sufrir quien ha perdido un pleito, por el solo hecho de haberlo posibilitado, haciendo que el pretendiente necesitara ocurrir al tribunal para lograr la declaración o la prestación que le era negada en el plano de la realidad social y, también, que el resistente debiera hacer frente al litigio para permanecer con su estado de libertad incólume.

Por eso es que ya no se habla de *reparación* sino de *sanción* a quien ha mostrado dolo o al menos *culpa* en el mantenimiento del proceso, por haber actuado en la emergencia con imprudencia o negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones.

El tema es de antigua raigambre: basta recordar el *juramento de mancuadra*[19] para darse cuenta sin más de que la idea de sanción maneja el tema de costas desde varios siglos atrás.

De gran importancia fue la doctrina francesa del siglo XIX, que puso énfasis en la obligación de responder por los daños y perjuicios en el patrimonio del litigante; conforme con ello, la condena en costas toma

[17] Con lo que quedan de lado la razón plausible para litigar, la novedad del caso, las dificultades probatorias, etcétera. Y también, como es obvio, la mala fe, el ejercicio abusivo de un derecho, el litigio sin razón valedera, etcétera.

[18] Por ejemplo, CPC de Santa Fe, Argentina, cuyo conjunto de reglas se mencionará luego.

[19] Ver nota 40 en el Capítulo 22.

cuerpo como resarcimiento basado en la idea de culpa o, mejor aun, en la presunción de culpa emergente de la pérdida del pleito. Con lo cual, nuevamente, no cabe hablar de *reparación* sino de *sanción*.

Y es el que preside la normación uruguaya, por ejemplo (ver los arts. 58, 59 y 60 de su CPC)[20].

Conforme con este criterio, la índole subjetiva del asunto se utiliza tanto para eximir de costas al litigante vencido como para imponerlas al vencedor.

Fácil es advertir ahora que si la imposición de costas es una sanción que el juez hace a un litigante a base de un criterio puramente subjetivo[21], es posible que –razonando ahora a partir de su propia subjetividad– crea que el perdedor no merezca la sanción[22] y, así, la obvie.

En otras palabras: que *la perdone* y, a consecuencia de ello, no imponga costas al vencido. Con lo cual los respectivos costes habrán de ser soportados por los diferentes interesados en calidad de mandantes y sin poder repetir de la contraparte lo que deban abonar al efecto por haber litigado. Y todo, gracias a ese perdón judicial[23].

[20] *Art. 58:* "*Condena al actor*: cuando resultare de los antecedentes del proceso que el demandado se ha allanado a la demanda dentro del término para contestarla y que no ha dado motivo a su interposición, el actor será condenado a pagar todas las costas y costos del proceso. También podrá condenarse en costas y costos al actor cuando el demandado hubiere efectuado un allanamiento parcial y la sentencia sólo acoja la demanda en parte". *Art. 59:* "*Condena en caso de litisconsorcio*: tratándose de condena al pago de costas y costos del proceso contra litisconsortes, el tribunal, atendidas las circunstancias del caso, determinará si la condena es solidaria o la forma en que habrá de dividirse entre aquéllos". *Art. 60:* "*Responsabilidad del apoderado*: el apoderado podrá ser condenado en costas y costos, solidariamente con su representado, cuando de su actividad procesal surja, en forma manifiesta, que existe mérito para ello". Por lo demás, si se lee con detenimiento la magna obra que gira alrededor del tema gracias a la pluma del grande e indiscutible maestro Couture, se advertirá que no tiene en cuenta a la *ley* como fuente de la obligación de imponer costas.

[21] Doctrinalmente se han elaborado distintas teorías que apuntan al tema: es una pena, una sanción a la temeridad o a la culpa por una conducta o inconducta procesal, etcétera. Por mi parte creo que la adopción sin más del criterio objetivo, antiquísimo por otra parte, elimina toda discusión al respecto.

[22] Puede haber cien de razones para esto. Muchas de ellas están ya especificadas en los códigos que norman a partir de la aceptación de este criterio subjetivo.

[23] Si, castizamente, *perdón es el olvido, por parte de la persona perjudicada, de una ofensa recibida*, es claro que los jueces no pueden perdonar las costas a nadie...

Cabe aclarar ahora que la eximición de costas al vencido sólo alcanza a las que corresponden a las de la parte vencedora, nunca a las propias, que siempre corren a su cargo.

Aunque en el fondo subyace en esta tesitura un criterio de justicia que permite premiar, por ejemplo, la razón probable o plausible para litigar, el resultado adverso por un abrupto cambio jurisprudencial o por inusuales dificultades probatorias, etcétera, no puede ser aceptada desde una óptica puramente sistémica.

Y es que todo lo que se aparta de la pura objetividad que he defendido con tenacidad en el curso de esta obra facilita grandemente el ejercicio de la arbitrariedad[24] que, entronizada desde hace años en la Justicia argentina, nos ha llevado a la caótica y cuasiterminal situación actual.

Por eso es que el abandono del criterio objetivo debe hacerse excepcionalmente, con interpretación altamente *restrictiva* y, en todo caso, explicando adecuadamente el juez la razón por la cual ordena a su arbitrio la eximición de las costas del perdedor a favor del vencedor[25].

Por todo esto es que explicaré seguidamente el tema desde la aceptación del criterio objetivo y a partir de la idea que muestra que no necesariamente en la *culpa* debe buscarse la fuente de la imposición de costas: la *ley* es también una de las *fuentes de las obligaciones* y con sólo mencionarla y adjudicarle esa naturaleza a las costas se obvia toda discusión acerca del tema.

[24] De ella da cuenta el importante inventario de casos que surge de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y que, con tanta eficiencia, sistematizó Carrió.

[25] En la realidad de la vida tribunalicia, esto se ve en muy pocas oportunidades. Es que una vez que el arbitrio –léase capricho– cala profundamente en la actitud de los jueces, esta explicación que exige la ley deja de hacerse. Y entonces, al igual que hacen los jueces piadosos del sistema objetivo, se abstienen de hacer pronunciamiento alguno al momento de tener que imponer las costas del caso. Sólo que cuando a éstos se les presenta la aclaratoria de rigor, no tienen más alternativa que imponerlas de una vez. Y aquéllos, en lugar de hacerlo o de fundamentar el porqué del apartamiento de la ley, dicen, como me ha ocurrido personalmente en importante tribunal de la Capital Federal al deducir tal aclaratoria, que "¡debe saber el solicitante que si el tribunal no impuso costas, quiere decir que deben ser soportadas por su orden!" Por cierto, del acatamiento al texto de la ley y de la fundamentación del caso, nada. Eso mismo es el decisionismo que aquí tanto critico.

4. La condena en costas

Ya expliqué antes que cuando el juez *impone* o *condena en costas* a una de las partes procesales, genera en su cabeza una verdadera obligación del derecho civil[26] cuyo cumplimiento puede llegar a ser constreñido por su acreedor.

Para lograr este efecto debe decirlo expresamente en una sentencia o en resolución dictada a tal fin. Y para esto utiliza diversos sintagmas, diciendo *impongo las costas a...* o, más simplemente, *con costas*[27].

En caso de no decirlo así, no se genera obligación alguna[28] y, a raíz de ello, cada parte debe soportar el pago de sus propias costas, conforme con la aplicación del contrato de mandato.

4.1. La condena en costas conforme con el criterio objetivo

De acuerdo con este criterio, las leyes que lo aplican establecen reglas y excepciones que no siempre han sido bien explicadas como para conformar plenamente al lector. Intentaré hacerlo seguidamente.

4.1.1. La regla general de imposición de costas: por su orden

Lo recién dicho en el número anterior, justifica sin más que la *regla general* deba ser siempre la de que cada parte paga las propias costas y la proporción que le corresponda en las comunes, si las hay.

Para lograr esto basta con que el juez guarde silencio respecto de la imposición de costas al momento de sentenciar o que exprese en la misma oportunidad uno de los siguientes sintagmas: *costas por su orden*[29] o *sin costas*.

[26] Hay dos claras obligaciones civiles que nacen en el proceso: la condena en costas y la que impone el pago de astreintes: ambas pueden ser constreñidas para lograr el cumplimiento.

[27] Sintagma de antiquísimo uso y que todo el mundo comprende cabalmente.

[28] Aunque alguna jurisprudencia piadosa haya sostenido que, si el CPC Nación señala como regla general que el vencido debe pagar las costas, no hace falta mención alguna al respecto en razón de que existe una suerte de automaticidad entre los hechos de perder el pleito y de pagar costas. Por supuesto, y más allá de la buena voluntad de los jueces que esto han sostenido, tal tesis constituye un claro y craso error: no hay obligaciones tácitas (lo que no se expresa o dice formalmente pero que se supone o acepta).

[29] También de muy antiguo uso y comprensión generalizada.

Y esto opera siempre e irrestrictamente a menos que haya una primera y clara excepción: que una de las partes haya sido vencida en el pleito, cosa que explico a continuación.

4.1.2. La excepción a la regla general: el vencimiento de una de las partes en el pleito

En los códigos que aplican el sistema objetivo antes explicado, siempre que una de las partes haya resultado perdedora en cualquier tipo de pleito, el juez debe imponerle las costas como consecuencia directa e inmediata de ostentar la calidad de *vencido*. Y esto como deber judicial de irrestricto cumplimiento, aunque no haya al respecto pedido alguno de la parte interesada[30].

Si así no lo hace se abre –para el ganador interesado en conseguir esa condena a su adversario– la posibilidad de plantear una instancia de *aclaratoria* en razón de haberse omitido resolver el tema en la sentencia de que se trate.

Y atención: si así no lo hace y precluye el plazo concedido para ello, *no hay imposición de costas* y, en consecuencia, se aplicará sin más la regla general que enseña que cada parte paga sus propias costas.

A estos fines, se entiende por *parte vencida* la que ha obtenido un pronunciamiento judicial totalmente adverso a su posición jurídica en el proceso (para el actor, ello opera cuando se rechaza su demanda; para el demandado, cuando se acoge aquélla integralmente). Y para la aplicación del concepto, no cabe tener en cuenta para nada la calidad que inviste la parte perdedora ni la índole de las cuestiones debatidas (no interesa para todo esto si la parte es menor o ausente o el Estado, etcétera).

Finalmente: una aplicación simple de esta regla es la que refiere a los vencimientos recíprocos de las partes en litigio: hay en el caso dos ganadores y dos perdedores. Y cada uno paga las costas del otro en la porción en que perdió.

[30] No siempre es así. Por ejemplo, el CPC de Paraguay, art. 222, exige el pedido expreso de la parte. De donde resulta coherente la frase habitual de *pedir costas en caso de oposición*, la que no se explica en otras leyes.

4.1.3. Las excepciones a la excepción: otra vez costas por su orden

Es posible que, no obstante mostrar una parte procesal la clara *calidad de vencido*, el juez se abstenga de imponerle costas. A raíz de ello, se aplicará nuevamente la regla general ya varias veces aludida: costas por su orden.

El caso especificado en la ley para que ello ocurra es que la parte vencida se allane oportuna[31], real[32], incondicionada[33], total[34] y efectivamente[35] a la pretensión deducida en la demanda, en cuyo caso se aplica la regla general de costas por su orden, a menos que

1) el allanamiento se produzca luego de haberse configurado *la mora del deudor* allanado, en cuyo caso se aplica la regla del vencimiento y el allanado paga las costas no obstante su allanamiento oportuno, etcétera; o

2) el allanado *haya dado lugar a la reclamación* a la cual se allanó, en cuyo caso se aplica la misma regla del vencimiento[36].

Y todo esto es suficiente para que el sistema funcione y bien. Como se verá, nada queda sujeto a la voluntad ni a eventual capricho del juez: la situación especificada en la ley se presenta o no. Y de ello depende que se aplique una regla o la otra. Así de fácil.

4.2. La condena en costas conforme con el criterio subjetivo

Presentado ya el contenido de la condena en costas conforme con el criterio objetivo, único que tolera construir un verdadero sistema al respecto, toca ahora explicar, aunque someramente, lo que ocurre

[31] Es decir que se presente sólo en la fase de negación, *al tiempo de estar vigente el plazo para contestar la demanda.*

[32] Es decir que surja inequívocamente de la actuación respectiva la voluntad de no litigar.

[33] Es decir que sea puro y simple, no formulado subsidiariamente o con reservas o condiciones.

[34] Es decir que comprenda la totalidad de la pretensión actora y no sólo alguna de sus partes.

[35] Es decir que, en forma conjunta con la presentación del allanamiento, cumpla efectivamente la prestación reclamada cuando el litigio versa sobre pretensión de condena (por ejemplo, pagando de una vez el total de la suma de dinero reclamada).

[36] Esto es clara aplicación del sistema subjetivo y no es buena su adopción.

en el mismo tema cuando se aplica el criterio subjetivo que permite la *eximición de costas.*

Para ello se han pergeñado algunos estándares jurídicos que dicen todo y nada dicen[37]. Como de costumbre en estas cosas.

Por ejemplo, se estila desde antaño eximir de costas cuando el juez considera que hubo en el caso:

a) una *razón plausible para litigar*[38];

b) *extrema complejidad en la cuestión jurídica*, o por inexistencia de precedentes adecuados en la jurisprudencia acera de la materia de que se trate, o por la existencia de fallos contradictorios sobre el tema, o por la novedad del caso planteado, o por no estar resuelto expresamente en la ley, etcétera;

c) *cuestiones fácticas complejas* que pueden inducir a error a los litigantes o que son de difícil prueba, o

d) *existencia de una verdadera temeridad* en la conducta de alguna de las partes, por lo cual debe ser sancionada, etcétera.

Si se analiza cada uno de lo supuestos y se piensa en un ejemplo cualquiera alrededor de todos ellos, se encontrará que siempre se halla alguna de tales circunstancias en la casi totalidad de los pleitos que se libran en los tribunales.

De ahí que, una vez más, quepa apartar todo criterio subjetivo de la materia de costas para obviar el caos jurisprudencial que existe en la actualidad y que es imposible desconocer apenas se repare en el contenido de cualquiera colección jurisprudencial.

4.3. Otras situaciones de imposición de costas

Al margen de las reglas ya vistas en 4.1., los códigos que adoptan en general el criterio objetivo para imponer costas, incursionan excepcionalmente en el criterio subjetivo para *sancionar* algunas actitudes procedimentales a raíz de las cuales no hay ni puede haber vencimiento alguno. Por supuesto, las imposiciones alcanzan sólo a ellas: tal el caso del CPC de Santa Fe[39], por ejemplo, que sanciona diversas situaciones tales como las que se insertan en la nota a pie de página.

[37] Como todos los estándares del Derecho, particularmente los que emplea nuestro más alto tribunal tanto para abrir como para cerrar a voluntad la posibilidad de entender en un recurso extraordinario de inconstitucionalidad.

[38] Doctrinalmente se sostiene que la fórmula citada en el texto ostenta la suficiente elasticidad como para que cualquier juez perdone costas cuando crea que hubo una razonable convicción en el litigante para sostener el juicio. Si bien se mira, siempre existe una razonable convicción en el litigante y, en el peor de los casos, fundada en mínimas conveniencias del momento.

[39] Armonizando el sistema de imposición de costas que surge no sólo del título del caso sino también de diversas normas que refieren a ellas y que se encuentran dispersas en el CPC de Santa Fe, pueden formularse las siguientes reglas que considero útil de mostrar al lector:
1ª regla (general): las costas se soportan por su orden (art. 250); salvo
2ª regla: que haya un vencido (art. 251), en cuyo caso las soporta éste; salvo
3ª regla: que el vencido se allane idóneamente (art. 251, 1), en cuyo caso se aplica la 1ª regla; salvo
4ª regla: que el allanamiento sea inidóneo (por extemporáneo), en cuyo caso se aplica la 2ª regla. Sin embargo, el allanamiento extemporáneo puede ser idóneo si se funda *exclusivamente* en documentos presentados tardíamente por el actor (art. 251, 2), en cuyo caso se aplica la 1ª regla; salvo
5ª regla (sólo respecto de la 3ª regla, no de la 4ª): que el allanado estuviera en mora *antes* de la iniciación del proceso o diera lugar a la *reclamación* (art. 251, 1), en cuyo caso se aplica la 2ª regla; salvo
6ª regla: que el allanamiento sea en juicio ejecutivo, donde para ser idóneo requiere ser *efectivo* (pagando lo reclamado) (art. 251, 1), en cuyo supuesto se aplica la 1ª regla.
7ª regla: aun sin ostentar *carácter de vencido* (art. 251) (o, a veces, la calidad de parte procesal) carga con las costas respectivas:
a) el autotitulado gestor que no acredita tempestivamente la existencia del mandato invocado (art. 42);
b) el gestor que asume la representación de parientes ausentes del país y no es ratificado tempestivamente en su gestión (art. 43);
c) el que retira un expediente y no lo devuelve, no obstante el apremio (art. 58);
d) el actor que presenta tardíamente los documentos habilitantes de la demanda (art. 137);
e) el interesado que solicita la apertura de período probatorio con el objeto de demorar la causa (art. 155);
f) el interesado que presenta tardíamente documentos (en segunda instancia), salvo que acredite no haber tenido antes conocimiento de ellos (art. 185);
g) la parte que produce prueba pericial, si la contraria manifestó no tener interés en ella y en definitiva no resulta necesaria para la solución del pleito (art. 198);
h) el actor (o reconviniente) que desiste de su pretensión (art. 229) salvo que se produzca ante la prescripción alegada por el demandado (o reconvenido), siempre que ella sea decisiva en el pleito (art. 251, 3), en cuyo caso se aplica la 1ª regla;
i) el apelante, cuando se opera la perención de la segunda instancia (art. 241);
j) el embargante que deja caducar la medida cautelar por no promover demanda tempestivamente (art. 286); esta norma se aplica supletoriamente para el caso de medida preparatoria caduca;
k) el tercerista de dominio que incoa su demanda extemporáneamente (art. 325);

En este orden de ideas, y yendo más allá en el criterio sancionatorio, hay veces que los mismos códigos disponen la imposición de costas al propio *vencedor.*

l) el postor en remate por cuya culpa no tiene efecto la venta (art. 497);
m) el tercero embargante de fecha anterior que no hace saber tempestivamente su derecho de precedencia (art. 506);
n) el actor en juicio oral, que no concurre sin justificación a la audiencia de vista de causa (art. 559);
o) el impugnante de la cuenta particionaria en juicio sucesorio que no concurre sin justificación a la audiencia convocada para lograr acuerdo sobre la partición (art. 612);
p) el insano, en juicio de declaración y cesación de incapacidad (arts. 684 y 685).
8ª regla: aun ostentando el carácter de *vencedor*, el actor carga con las costas en casos especiales:
a) cuando incurre en pluspetición al demandar (se pide más de lo que corresponde), con la condición precisa de que el contrario se allane a la reclamación hasta el límite establecido en la sentencia (art. 253), salvo que el valor de la condena dependa *legalmente* del arbitrio judicial, de dictamen de peritos, de rendición de cuentas o que la reducción de la pretensión sea inferior a un vigésimo (5%) (art. 253), en cuyo caso se aplica la 2ª regla;
b) cuando repite lo pagado en virtud de sentencia ejecutiva, si incoa la demanda después de cuatro meses de ejecutoriada aquélla (art. 483);
c) cuando el demandado se allana tempestivamente en demanda anticipada de desalojo (art. 518). La norma ha sido extendida al caso de no contestarse la demanda por jurisprudencia plenaria (art. 375) de las Cámaras de paz letradas de la provincia en autos "Wasserman contra Funes", de fecha 7-6-79 (ver *Zeus*, 17-J/148).
9ª regla: caso de *vencimientos recíprocos*, las costas se compensan o se distribuyen proporcionalmente al éxito obtenido (art. 252), salvo que la reducción de una pretensión vencida sea relativamente insignificante (art. 252), en cuyo caso se aplica la 2ª regla.
10ª regla: por no haber *vencimiento objetivo*, las costas se distribuyen por su orden (1ª regla) en:
a) la declaración de perención de la primera instancia (art. 241);
b) el incidente de arraigo, cuando el demandado desiste de su incidencia después de rendida la prueba de la solvencia del actor (art. 331);
c) el incidente de pobreza, cuando el demandado no se opone a la pretensión del actor (art. 333);
d) el juicio oral, cuando ambas partes no concurren sin justificación a la audiencia de vista de causa (art. 559).
11ª regla: en caso de *declaración de nulidad* las costas las carga el sujeto (partes o juez) que la causó (arts. 251, 1, 254 y LOPJ, 66).
12ª regla: el CPC reitera el sistema del vencimiento (1ª regla) especialmente en:
a) el caso de que el condenado a no hacer quebrante su obligación, respecto del coste necesario para reponer las cosas a su estado anterior (art. 262);
b) el caso de que el condenado a hacer o a escriturar no lo haga tempestivamente, respecto del coste necesario para la recepción de la obligación o el otorgamiento de la escritura (art. 265);

Claro es que esto ocurre en excepcionalísimas situaciones, tal como el caso de *pluspetición*, legislado habitualmente en todos los códigos y algunos otros casos muy puntuales que, por no ser corrientes, consignaré luego en el texto.

Incurre el actor en *pluspetición* al demandar el cumplimiento de una prestación de dar cantidades de cosas o de dinero, cuando pretende más de lo que le corresponde percibir conforme con el derecho que alega.

Pero, al menos en doctrina, no basta esta sola circunstancia objetiva para que quepa sin más la condena en costas al actor, aunque gane por la porción a la cual tiene derecho. Por lo contrario, es menester que el demandado –al contestar– se allane al pago de la suma de dinero que, a la postre, coincida con la otorgada al actor mediante la sentencia, salvo que el valor de la condena dependa legalmente del arbitrio[40] judicial (determinación del valor del daño moral, por ejemplo), o de dictamen de peritos, o de rendición de cuentas a hacerse oportunamente o, finalmente, que la reducción por la sentencia de la pretensión deducida sea inferior a un vigésimo de lo reclamado.

No todas las leyes siguen estrictamente con este más que razonable patrón: por ejemplo, el CPC de Paraguay no exige la importantísima circunstancia del allanamiento del demandado y de su correlación con el monto acordado por la sentencia. Y como ello genera numerosas y

c) el caso de acreedores que iniciaron o continuaron el trámite de declaratoria de herederos cuando triunfan en sus pretensiones contra la masa (art. 588).
13ª regla: no obstante la exención de pago de gastos judiciales que tiene todo establecimiento público de beneficencia, personas jurídicas que se dedican a obras de caridad y quienes han obtenido carta de pobreza, deben abonar las costas en caso de ser condenados si tienen *bienes con qué hacerlo* (art. 34). Si el pobre vence en el pleito debe pagar las costas causadas por su defensa hasta la concurrencia de la tercera parte de los valores que reciba (art. 337), al igual que si caduca su calidad (art. 339).
14ª regla: los funcionarios del ministerio público no responden personalmente por las costas causadas por su intervención (art. 259).
15ª regla: aunque el CPC no refiere al tema, tanto la doctrina como la jurisprudencia son uniformes en cuanto a la condena en costas en caso de convalidación del derecho, operada después de la demanda (*jus superveniens*), o de extinción del derecho, en las mismas condiciones (*omnia indicia esse absolutoria*): se imponen conforme con la situación jurídica imperante al momento de demandar.
[40] Atención: más allá de que esta voz refiere a la capacidad de decidir o de tomar una resolución, significa también voluntad o deseo que obedecen al capricho y no a la razón. De donde deriva claramente *arbitrariedad.*

gravísimas injusticias, alguna jurisprudencia ha intentado paliar el problema aunque con relativo éxito, pues se sabe que una golondrina no hace verano.

Cabe hacer final referencia a casos muy puntuales en los cuales invocadas y defendidas razones de justicia hacen que el ganador del pleito deba asumir el pago de las costas. Los supuestos son:

a) iniciación tardía de pretensión de repetición de lo pagado en juicio ejecutivo. Hay códigos como el de Santa Fe, por ejemplo, que contemplan el caso en forma expresa[41];

b) allanamiento del demandado a la demanda *anticipada* de juicio de desalojo sin estar vencido aún el plazo contractual. Hay códigos como el de Santa Fe, por ejemplo, que también lo contemplan[42];

c) el de la defensa del perdedor en juicio de usucapión seguido contra propietario desconocido[43]. La circunstancia apuntada hace menester la

[41] CPC de Santa Fe, *art. 483*: "Cualquiera sea la sentencia, tanto el actor como el demandado tendrán derecho de promover el juicio declarativo que corresponda. En éste, no estará permitido discutir las excepciones procesales relativas al anterior; tampoco, cualquiera defensa o excepción admisible en el mismo sin limitación de pruebas cuando hubiesen sido ventiladas y resueltas en él. Aquél deberá deducirse dentro del término de cuatro meses de ejecutoriada la sentencia de remate y bajo apercibimiento de *imponerse las costas al accionante aunque resultare vencedor*".

[42] CPC de Santa Fe, *art. 518*: "[El juicio de desalojo] puede promoverse antes de vencido el término de la ocupación; pero la sentencia sólo podrá cumplirse al vencimiento de dicho término. Se sustanciará por el procedimiento del juicio sumario con las modificaciones contenidas en este título. Si el demandado se allanare en tiempo, *las costas serán por cuenta el actor*". La norma es de una lógica impecable: si el actor desea asegurarse que su inquilino desocupará sí o sí el inmueble locado al vencimiento del plazo locativo y para ello incoa un juicio al efecto, no se ve la razón por la cual el demandado –que bien puede estar dispuesto a cumplir escrupulosamente con la entrega oportuna de la cosa que ocupa– deba afrontar el pago de sus propios gastos de defensa.

[43] A partir de enseñanzas de Couture e imaginando una solución justa para un caso tan puntual, la sala 3ª de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario sostuvo lo que fue entonces novedosa tesis jurisprudencial que luego plasmó en ley positiva. Las especiales características del caso eran: pretensión dirigida contra demandado fallecido, rebeldía declarada de los eventuales y desconocidos herederos y ardua y extensa tarea defensiva desplegada por el defensor de oficio sorteado al efecto y que no podía tomar contacto con sus representados por desconocimiento de ellos, lo que implicaba no percibir retribución alguna por tan ingente tarea al finalizar el pleito. La ley local establece que el perdedor debe pagar las costas causadas y, entre ellas, las de su propia defensa (CPC, art. 251). Se dijo entonces que toda la actividad procesal cumplida en el proceso por todos sus participantes era en *beneficio directo e inmediato* del accionante

designación de un defensor *ad hoc* del propietario rebelde que, por carecer de toda posibilidad de recibir instrucciones al respecto, debe cumplir el deber legal de negar puntualmente todos los hechos fundantes de la pretensión a fin de provocar el contradictorio y la producción de la prueba que los confirme. Dentro de ese mismo deber, tendrá que recurrir toda resolución adversa a los intereses de su representado, generando así más honorarios[44].

Ello motivó que el maestro Couture se ocupara del tema y generara una categoría diferente de imposición de costas[45]: en razón del *beneficio obtenido con el resultado del proceso.*

Hoy creo que la idea, aunque eventualmente justa, no puede integrar un sistema objetivo cual el del vencimiento. Que el ganador deba adelantar los gastos de la defensa del ausente es cosa diferente a que deba oblarlos exclusivamente y sin más en lugar de éste que, a la postre, ha dado lugar al juicio con su propio desinterés por la cosa usucapida;

d) el del *jus superveniens*: promediando los años '70 se puso de moda en el país una tendencia jurisprudencial con fuerte basamento doctrinario llegado desde Italia[46].

A la sazón, se encontraba vigente la corriente que enseñaba que el contenido de la sentencia no debía apartarse ni un ápice de la *litis*

y, con base en ello, se impusieron al ganador las costas devengadas por el defensor de oficio. Cierto es que la condena era de carácter provisional, dejándose en claro el derecho de repetir una vez que fueren hallados los herederos del caso. Se añadió que así no se afectaba su patrimonio ni se agraviaba su derecho, en razón de la provisoriedad del pago que se le exigía y que es lo que, a la postre, permitía mantener incólume el derecho a retribución de quien hace profesión del abogar, máxime cuando –como en el caso– ha debido afrontar un pleito con su tiempo, esfuerzo y sapiencia, por exigírselo un imperativo legal (ver *Juris*, t. 57, p. 16, autos "Barulich c/Mansilla").

[44] Ver, por ejemplo, LOPJ de Santa Fe, *art. 312*: "Los abogados de la matrícula están obligados a aceptar y ejercer: 1) los nombramientos de oficio para la defensa de [...] pobres o de los que se negaren a nombrar defensor; pero podrán cobrar honorarios una vez concluida la defensa si sus defendidos adquiriesen solvencia, y a la parte contraria condenada en costas". Y *art. 319*: "Será obligación de los procuradores y de las personas comprendidas en los incisos del artículo anterior: 1) ejercer la representación aceptada hasta que haya cesado legalmente en su cargo; 2) interponer los recursos legales de toda sentencia definitiva contraria a las pretensiones de sus representados..."

[45] Que yo mismo he empleado numerosas veces en mi vida judicial.

[46] Ver MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, trad. de S. Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1954, t. 2, p. 326, Nº 5.

contestatio porque precisamente ella formaba la relación sustancial que debía ser objeto del juicio. De tal forma, el debate quedaba conformado en ese momento y las circunstancias fácticas aparecidas posteriormente no podían alterarlo[47].

Esta tesis, que se aplicaba irrestrictamente tanto a la legitimación en la causa como al interés para obrar, perdió vigencia a partir de la aceptación de actuar el juez en la sentencia un *derecho sobreviniente*[48].

Empezó a aceptarse, entonces, la existencia de un *jus superveniens* para indicar que si andando el pleito y por acontecimiento sobrevenido después de la traba de la litis se modificaba una situación de hecho vigente al tiempo de la contestación de la demanda, también quedaba modificada y sin más la correspondiente situación de derecho (por ejemplo, la muerte o incapacidad sobreviniente del sujeto)[49].

Detallándolo concretamente, se decía que "la aplicación rigurosa del principio de que la ley debe actuarse siempre como si fuese en el momento de la demanda llevaría a dos consecuencias prácticas: a) que el juez no debería tener en cuenta los hechos extintivos del derecho, posteriores a la presentación de la demanda, y b) que no debería tener en cuenta los hechos constitutivos del derecho y de la acción posteriores a la demanda. De este rigor en ambas aplicaciones hay huellas en el Derecho Romano clásico. En el Derecho Moderno, tal rigor se encuentra sin embargo amortiguado por el principio de la economía de los juicios. Consecuentemente, el juez falla tanto si: a) absuelve al demandado si el derecho se ha extinguido durante el litigio (era ya la máxima de los sabinianos: *ommia iudicia esse absolutoria*). En este caso, no pudiéndose declarar infundada la demanda, la absolución está motivada por la

[47] Abundado en ello, decían los sostenedores de esta doctrina, entre ellos Hernando Devis Echandía (*Nociones generales de Derecho Procesal Civil*, Aguilar, Madrid, 1966, p. 288) que se trata de un principio general de Derecho Procesal, de múltiples aplicaciones y unánimemente aceptado por cuanto se rompería la igualdad de oportunidades que les corresponde a las partes y la lealtad en el debate si pudiere modificarse la litis por hechos posteriores a su formación. Y ello en razón de que las partes enderezan sus actividades de ataque y defensa, de prueba y de recursos, en presencia de la litis así configurada.

[48] De *sobrevenir*: venir de improviso o de forma repentina o inesperada.

[49] Este concepto que, propiamente, pertenece al Derecho Procesal, se usa también en el Derecho Privado, donde se lo conceptúa con otro significado y relacionándolo con el problema de la retroactividad de la ley (ver, al respecto, MESSINEO, ob. cit., t. 1, p. 91, N° 5 y 5 bis).

extinción de la materia de discusión, y b) acoge la demanda si el hecho se ha verificado durante el litigio (*jus superveniens*). En este caso, es necesario, sin embargo, que no se trate de demanda nueva según los principios de la identificación de las *acciones* (debe leerse *pretensiones* en la terminología de la moderna doctrina procesal): la prohibición, por consiguiente, de cambiar la demanda durante el transcurso del litigio y, por lo tanto, de cambiar la *causa petendi*, no excluye que pueda ser hecha valer una causa *superveniens*, cuando ésta sea o se relacione directamente con el mismo hecho jurídico que fue afirmado existente en la demanda judicial y que en aquel momento no existía todavía; así: en la reivindicación, la posesión del demandado; en la acción hereditaria, la muerte del *de cujus*; la necesidad en la demanda de alimentos y casos semejantes. En todos estos supuestos, las costas del litigio deben recibir una regulación especial"[50].

Aplicando tales conceptos, se acogió jurisprudencialmente la tesis –aun vigente– que enseña que "si una pretensión resulta admisible a causa de un hecho ocurrido con posterioridad a la contestación de la demanda, debe ser acogida, pero las costas han de imponerse de acuerdo con el estado de la litis al momento de su traba"[51].

4.4. El contenido de las costas

No todas las leyes procesales establecen cuál es el posible contenido de la condena en costas[52], con lo cual el tema es nuevamente contingente y librado a la elaboración de la jurisprudencia. Como es obvio, con ello se carece de toda seguridad jurídica en cuanto al tema, que muestra obvia importancia: se trata, nada menos que de saber con precisión qué es lo que debe ser abonado al vencedor en pleito *cuando el vencido debe pagar las costas*.

Algunos códigos diferencian el posible contenido de la condena y lo clasifican en *costas* y *costos*. Por ejemplo, el CPC de Uruguay, artículo 56, establece que "La sentencia definitiva impondrá condenación en costas,

[50] CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, 1ª ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1936, t. 1, p. 195.

[51] Ver, por ejemplo, *Juris*, t. 40, p. 241, autos "Martín c/Quiuan".

[52] Por ejemplo, no lo hacen el CPC de Santa Fe y los cuerpos legislativos de su época.

en costas y costos[53] o declarará no hacer especial condenación, según corresponda, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 688 del Código Civil[54]. Se consideran *costas* todos los tributos, incluido el del pago de la vicésima, así como los honorarios de los peritos, depositarios, tasadores y demás auxiliares del tribunal. Se consideran *costos*, los honorarios de los abogados y de los procuradores"[55].

La verdad es que la distinción no es de antigua data. En 1896, Escriche definía la voz *costas* sin hacer distinción alguna en cuanto a su contenido...[56]

[53] Adviértase que son posibilidades diferentes...

[54] Que dice: "El Juez, en el caso de juzgar contra el demandante, debe de absolver al poseedor; y si juzga contra éste, debe mandar que restituya la cosa que es objeto de reivindicación con sus frutos y accesiones. Puede el Juez no hacer condena especial en costas o imponerla al vencido y aun condenarlo en costas y costos, según estime que aquél litigó con alguna razón o por culpable ligereza o por malicia que merezca la nota de temeridad, sin perjuicio de lo que dispone la ley procesal. Se consideran costas todos los tributos, incluido el del pago de la vicésima, así como los honorarios de los peritos, depositarios, tasadores y demás auxiliares del tribunal. Se consideran costos, los honorarios de los abogados y de los procuradores" (Redacción hecha por ley 16.603 del 19-10-94 para adaptar el texto original al *Código General del Proceso*).

[55] El CPC de Perú sigue relativamente la distinción entre costos y costas, pero haciendo importante innovación, al otorgar un verdadero *bill* de indemnidad procesal a entes estatales. Así, el art. 413 dice: "Están exentos de la condena en costas y costos los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionalmente autónomos, los gobiernos regionales y locales. Están exoneradas de los gastos del proceso las Universidades públicas, quienes obtengan auxilio judicial y la parte demandante en los procesos de alimentos, en los límites establecidos por la ley, pudiendo ser condenados al pago de costos y costas".

Empero, e inexplicablemente, este CPC, que es uno de los *non plus ultra* de la subjetivización, adopta aparentemente la variante objetiva de imposición de costas.

La fuente más reciente de todo ello, como no podía ser de otra manera, es el CPC italiano de 1940, en donde se puede leer: *Art. 88*: "Le parti e i loro defensori hanno il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità..." (ya se verá seguidamente la razón de citar esta norma). *Art. 90*: "Salve le disposizioni relative al gratuito patrocinio, nel corso del processo ciascuna delle parti debe provvedere alle spese delle tai che compie e di quelli che chiede, e debe anticiparle per gli altri atti necessari al processo quando l'anticipazione è posta a suo carico dalla legge o el giudice". *Art. 91*: "Il giudice, con la sentenza che chiude il processo davanti a lui, condanna la parte soccombente al rimborso delle spese a favore dell'altra parte..." *Art. 92*: "Il giudice, nel pronunciare la condanna di cui all'artícolo precedente, può escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice, se le retiene eccessive o superflue; e può, independentemente dalla soccombenza, condannare una parte al rimborso delle spese, anche non ripetibili, che, per trasgressione al dovre di cui all'artícolo 88, essa ha causato all'altra parte..."

[56] Decía entonces que las costas son "los gastos que se hacen por las partes en las causas civiles o criminales. Todas las costas que se causaren en cualquier diligencia

En forma diferente, el CPC de la Nación legisla al respecto en su artículo 77 al expresar: "La condena en costas comprenderá todos los gastos causados u ocasionados por la sustanciación del proceso y los que se hubiesen realizado para evitar el pleito, mediante el cumplimiento de la obligación. Los correspondientes a pedidos desestimados serán a cargo de la parte que los efectuó u originó, aunque la sentencia le fuere favorable en lo principal. No serán objeto de reintegro los gastos superfluos o inútiles. Si los gastos fueren excesivos, el juez podrá reducirlos prudencialmente..."

Más allá de una excesiva subjetivización que la ley hace respecto del tema y de la inédita y constante fuente de nuevos litigios que desde ya genera su contenido, lo cierto es que parece razonable la amplitud de trato que le otorga, aunque con las salvedades que acabo de criticar.

4.5. Los alcances subjetivos de la condena en costas

Parece obvio recalcar que todo lo hasta aquí explicado acerca de la condena en costas alcanza exclusivamente –y así debe ser– a las partes que litigan (no importa si son principales o permanentes y accesorias o transitorias) y no a otras personas que no revisten la exacta calidad de demandante o de demandado: particularmente quienes actúan como representantes legales, abogados, procuradores, defensores de oficio[57] o funcionarios judiciales a quienes les toca una actuación promiscua[58].

que se ejecuta en juicio, son de cuenta de la parte que la pide mientras no se determine en la sentencia cuál es la que debe pagarlas. Por regla general, el litigante que sucumbe, sea actor o reo, es quien debe ser condenado en las costas causadas al vencedor, siempre que resulte haber litigado de mala fe; mas no cuando aparece haber emprendido o seguido el pleito con razón, sin que se le pudiera poner la nota de litigante temerario". Y ello, con cita a la Ley de Partidas. Adviértase la antigüedad de la idea de *culpa* referida en el texto y la correlativa sanción que preside el criterio subjetivo, que se pretende abandonar para objetivar todo lo más posible el resultado de un pleito.

[57] Menciono aquí al abogado de la matrícula que debe asumir la defensa de un rebelde como carga inherente a la profesión. Descarto, por cierto, que él pueda ser condenado en costas, toda vez que lo he incluido en esta nómina. Pero estimo, como natural consecuencia de aceptar la vigencia del sistema objetivo de imposición de costas, que el perdedor, no importa cuál de las partes sea, tiene que asumir el pago de los correspondientes honorarios.

[58] Por ejemplo, defensores generales o integrantes del Ministerio Público de Menores o Ministerio Pupilar velando por los intereses de un menor al lado de su representante legal.

Este concepto de *litigante* alcanza ajustadamente a los integrantes del Ministerio Fiscal cuando actúan como partes principales y no como adjuntas. No hay razón alguna para eximir de costas a un fiscal cuando se rechaza su pretensión punitiva mediante, por ejemplo, la absolución del imputado[59].

Volviendo a las partes procesales: no importa si se utiliza al efecto el criterio de *reparación* o el de *sanción*; siempre es un litigante que repara a otro o uno que es sancionado por el mal que le causó al otro.

No obstante esta obviedad, alguna de las leyes inquisitoriales que nos gobiernan desde antaño, dando una vuelta más de tuerca respecto de la obligación de litigar con buena fe[60], ha extendido la condena en costas a los abogados de las partes[61].

[59] Descarto que las costas ocasionadas por tales funcionarios no serán abonadas por ellos mismos. Pero parece claro que el Estado –su representado– no puede generar un proceso, salir vencido y, no obstante ello, quedar indemne de pagar los gastos ocasionados por su acusación. Elementales razones de injusticia notoria aconsejan no aceptar este criterio que rige en la actualidad de nuestros países, convirtiendo a los fiscales en partes procesales que gozan de inaceptable impunidad. Ni qué decir de los tan sonados casos que se incoan al impulso o la presión mediática de la prensa amarilla...

[60] Recuérdese el diálogo entre un franciscano y un dominico que he relatado en la nota 16 del Capítulo 12, donde sostuve que, aunque suene similar, lo que corresponde es prohibir litigar con mala fe y no obligar a las partes a hacerlo de buena fe. Ello va contra la naturaleza misma de las cosas y quienes esto aconsejan olvidan que el proceso es *lucha*. Dialogal, pero lucha al fin.
Como se vio allí, hay formas y formas de decir, ya que no es lo mismo *rezar fumando* que *fumar rezando*. De donde parece claro que igual ocurre con *obligar a litigar de buena fe* y con *prohibir hacerlo de mala fe*.

[61] Ver *Código General el Proceso* de la República Oriental del Uruguay, *art. 60*: "El apoderado podrá ser condenado en costas y costos, solidariamente con su representado, cuando de su actividad procesal surja en forma manifiesta que existe mérito para ello". Y, para más, añade el *art. 61*: "Cuando la mala fe o la temeridad resulten plenamente acreditadas, la parte podrá ser condenada, además, a los daños y perjuicios en otro proceso o *en el mismo*, si hubiese mediado petición expresa en tal sentido". La diferencia legal entre *costos* y *costas*, aparentemente sin sentido práctico alguno, se explica por sí sola ante la posibilidad del juez de no imponer *costos* y sí sólo *costas*, máxime ante la facultad que le confiere al mismo juez en los arts. 60 y 61 ya citados.
En la Argentina, Códigos de la segunda mitad del siglo XX, en el apogeo de las ideas contenidas en el CPC italiano de 1940: por ejemplo, el art. 161 de La Rioja y el 36, 4º de Mendoza, responsabilizan personalmente por el pago de las costas a los abogados y procuradores que actúan con notorio desconocimiento del derecho u, otra vez, con

Cosa similar ha hecho alguna jurisprudencia[62] que no tendría que repetirse y, en ciertos casos, extendiendo la posibilidad de condena en costas a peritos que han defendido su peritaje ante la impugnación de una de las partes o a un testigo que ha pretendido una reparación de sus gastos de traslado al tribunal al cual debía concurrir para declarar.

4.6. La naturaleza de la obligación de pagar costas

Comienzo el tema recordando que, civilmente y entre otras clasificaciones que no sirve citar a estos efectos, las obligaciones pueden ser *principales* o *accesorias*[63].

Antigua jurisprudencia ha otorgado a la *condena en costas* la misma exacta naturaleza de la *condena al pago de intereses*, con lo cual ha sostenido invariablemente su accesoriedad[64] respecto de la obligación principal de pagar una suma de dinero.

Y no se ha reparado en que, por ejemplo, cuando recae una condena en costas respecto de una pretensión constitutiva o meramente decla-

falta de probidad o lealtad procesal. Claro está que ello puede generar una obligación de resarcir daños y perjuicios. Y está bien que así sea. Pero nunca generar la de pagar costas a la parte contraria, que es lo que aquí se legisla.

[62] Ver *La Ley* del 22-2-2006, donde el tribunal actuante atribuye oficiosamente al abogado de una de las partes una conducta negligente a título de culpa con obligación de reparar. Con lo cual se le extiende la condena en costas y se obliga a reparar como consecuencia de la regla moral que debe presidir el proceso. ¡Demasiado a la luz de la inviolabilidad del derecho de defensa!

[63] Código Civil, *art. 523*: "De dos obligaciones, una es principal y la otra accesoria, cuando la una es la razón de la existencia de la otra". *Art. 524*: "Las obligaciones son principales o accesorias con relación a su objeto o con relación a las personas obligadas. Las obligaciones son accesorias respecto del objeto de ellas, cuando son contraídas para asegurar el cumplimiento de una obligación principal; como son las cláusulas penales. Las obligaciones son accesorias, a las personas obligadas, cuando éstas las contrajeren como garantes o fiadores. Accesorios de la obligación vienen a ser, no sólo todas las obligaciones accesorias, sino también los derechos accesorios del acreedor, como la prenda o hipoteca". *Art. 525*: "Extinguida la obligación principal, queda extinguida la obligación accesoria, pero la extinción de la obligación accesoria no envuelve la de la obligación principal".

[64] Según la corriente, ambas son accesorias respecto del capital condenado, que es la obligación principal.

rativa, no hay obligación alguna a la cual la obligación de costas pueda acceder. Lo que, por sí solo, debe abatir esta tendencia[65] interpretativa[66].

Todo esto no surge de la ley sino de alguna corriente jurisprudencial que se ha convertido en mayoritaria con el correr de los años.

El tema se vincula estrechamente con la posibilidad de apelar una imposición de costas contenida en sentencia que es intrínsecamente inapelable, por así disponerlo la ley[67], pues, de ser las costas accesorias de lo principal, ellas devienen también en inapelables por simple aplicación lógica de los conceptos.

Pero esto es un grave error que, a más de reñir con elemental sentido de justicia, produce daños que muchas veces son definitivos por irreparables: cuando ha mediado error en la condena o se han regulado honorarios excesivos que no hay norma alguna que los autorice, el nuevo deudor a causa de la condena en costas carece de toda oportunidad de que un tribunal controle lo actuado al efecto por el juez inferior. Y, por cierto, contra expresas disposiciones de pactos internacionales que reclaman siempre la posibilidad de tal control en cuanto a los hechos y al derecho.

[65] Utilizo deliberadamente la palabra *tendencia* (propensión o inclinación hacia determinado fin), pues es el origen de *tendencioso* (que presenta o que manifiesta parcialidad, obedeciendo a una tendencia o a una idea).

[66] Esto es propio de los juristas argentinos: cada uno interpreta los hechos, el derecho, y las implicaciones de los unos sobre los otros, de manera voluntarista y diferente, sin admitir jamás discusión seria sobre el tema de que se trate (única forma de llegar a la *verdad* mediante un diálogo adulto, a fin de consensuar conceptos para aceptarlos de ahí en más). Esto se ve con gran claridad en todo congreso de juristas sobre tema cualquiera: cada uno que habla se oye a sí mismo y jamás a los demás. Con lo cual se entroniza una verdadera conversación entre sordos, con las consecuencias que son de imaginar. Y así es cómo todo intento de discusión termina con frase similar a ésta: *ésa es su opinión, no la mía que es tan válida como la suya*. Para colmo, se empieza con invariable introducción: *con todo respeto...* que es lo habitual de oír cuando uno va a irrespetar a otro.
Todo esto, sumado al constante afán de innovar que tienen los juristas en general y casi todos los jueces decisionistas, le ha hecho mucho daño a la juridicidad argentina y será muy difícil que se pueda recuperar la fe en el derecho que desde siempre se tuvo en estos países.

[67] Por ejemplo, la resolución denegatoria de una petición de quiebra, y la que pone fin de la revisión prevista por el art. 38 de la ley 19.551, y la que rechaza una pretensión incidental de declaración de caducidad de instancia, y los autos en general referidos a la materia probatoria en casi todos los CPC, etcétera.

En mi vida judicial me tocó ocuparme del tema y, por supuesto, propicié la apelabilidad de toda suerte de imposición de costas, por no aceptar la posibilidad jurídica de que puedan ser consideradas *accesorias* de nada[68].

[68] Esto se hizo *in re* "Promi SA" (ver *Juris*, t. 49, p. 144) que tramitó ante la sala 3ª de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de la ciudad de Rosario. En ellos, y en fecha 12 de diciembre de 1975: "Deducida tempestivamente esta queja por la apelación denegada, corresponde considerar si la inapelabilidad de la resolución recaída frente a la petición de quiebra, torna también inapelable el régimen de imposición de costas en ella contenido. En otras palabras: se replantea en autos el problema de determinar si *la condena en costas importa una obligación accesoria o principal*. Pues bien: veamos el tema, en primer término, desde una óptica exclusivamente procesal: como viejo axioma jurídico, los jueces mantienen pacíficamente el carácter *accesorio* de tal condena y por tal razón, deniegan invariablemente la apelación a ella referida cuando se encuentra contenida en resolución intrínsecamente inapelable. No obstante la reiteración de tan unánime criterio, se estima que no pasa de ser un preconcepto jurídico que se ha aceptado desde siempre sin efectuar un análisis exhaustivo de su contenido. Para demostrar tal aseveración, se ha de considerar el problema desde diversos puntos de vista, para demostrar cómo –con cualquiera de ellos– la solución jurisprudencial debe girar hacia la admisión del recurso:
"a) Jurídicamente el instituto de la *accesoriedad* se considera dentro del campo del derecho privado, donde existen tan sólo *obligaciones* y *cosas accesorias*. Las primeras se encuentran definidas en el art. 523 del CC, en donde se estatuye que 'de dos obligaciones, una es principal y la otra accesoria, cuando la una es la razón de la existencia de la otra'. Por ello es menester acordar que
"a.1) el proceso no es en sí mismo una obligación (concebida como vínculo jurídico mediante el cual el acreedor puede constreñir al deudor a realizar determinada prestación), por cuya razón no puede aplicarse al caso la noción contenida en la norma pretranscrita;
"a.2) en el proceso, considerado como situación jurídica –y aún como relación jurídica– no existen otras obligaciones con motivo de su existencia que la imposición de costas o de multas –en su caso– por lo que cabe concluir que, a su respecto, la condena en costas implica la existencia de una verdadera obligación principal;
"a.3) si se considera que la obligación de pagar costas es accesoria de la obligación cuyo cumplimiento se demanda en el proceso, la regla no podría variar, toda vez que no siempre es patrimonial el contenido de aquél, maguer lo cual la condena en costas debe integrar cualquier sentencia, por imperativo legal;
"a.4) conforme con lo expuesto hasta aquí, resulta que en el proceso no siempre existe una obligación principal que sea razón de la existencia de la condena en costas. No obstante ello, cabe advertir que el concepto de accesoriedad no sólo se apoya en la idea de la *existencia* (como lo explica la norma civil) sino que posee un doble fundamento ontológico: la existencia y la *subsistencia*. Como lo enseña desde antiguo Hugo Allen, ilustre jurista paraguayo, todas las realidades, salvo Dios, existen porque algo o alguien les dio la existencia; pero eso no autoriza –jurídicamente– a considerar o calificar de accesorio a todo lo que, en su existencia, deriva de algo o alguien pues, por tal vía, se llegaría a absurdos evidentes. Por ejemplo: con tal criterio, la sentencia sería un accesorio

5. EL COBRO DE LAS COSTAS

En el Capítulo 29 se verá que la liquidación de costas puede ser percibida por la vía de apremio o de la de ejecución de sentencia.

de la demanda, pues no puede existir sentencia civil sin demanda que la origine, toda vez que la acción es presupuesto de la jurisdicción. Pero con idéntico fundamento, los hijos serían accesorios de los padres que los procrearon, y así sucesivamente. En realidad, la idea legal de la existencia no resulta suficiente para tipificar el instituto de la accesoriedad, pues su fundamento se encuentra realmente en la idea de la *subsistencia*. Por virtud de ella, se dice que si algo no puede subsistir como tal sin otra realidad que la mantenga subsistente, tal algo es *accesorio* por voluntad del hombre, por la propia naturaleza de las cosas o por voluntad de la ley. Descartada la propia naturaleza –pues ya se ha demostrado que las costas no conforman una obligación accesoria por no existir otra obligación principal dentro del proceso o con motivo de él– y habida cuenta de que la ley no califica como accesoria a la obligación de abonar costas, debe concluirse forzosamente que ella, una vez generada, es subsistente por sí. En otras palabras: es autosuficiente, porque no necesita de ninguna otra realidad que la mantenga subsistente.

"b) Para demostrar tal aseveración, se recurrirá a otro punto de vista, también dentro del derecho privado: el concepto de *cosa accesoria*. Según lo dispone el art. 2328 del CC, son aquellas cuya existencia y naturaleza son determinadas por otra cosa, de la cual dependen o están adheridas. Si pudiéramos aplicar este concepto a la condena en costas, tendríamos que admitir la existencia de una 'cosa principal' a la cual acceda dicha condena. Si lo admitimos por vía de hipótesis, resulta que vinculando la 'cosa' costas al proceso o a la sentencia, tendríamos que ella sería accesoria de la 'cosa' proceso o de la 'cosa' sentencia, cuestión absurda –por cierto– máxime cuando hay condenación en costas –clara obligación válida– sin sentencia y aun sin proceso. Para aclarar esto, basta recordar que si caduca un proceso, ciertos ordenamientos legales establecen que las costas se imponen por su orden (CPC de Santa Fe, art. 241) y allí existe una obligación de abonarlas sin un proceso vigente. Idéntica situación se opera en caso de proceso anulado. Similarmente, cuando una sentencia de primera instancia es anulada por el tribunal de alzada y éste impone costas en ambas instancias, como la nulidad se produce con reenvío de la causa (es decir, el Tribunal Superior no dicta sentencia de mérito), se configura un claro caso –en relación con la sentencia inferior– de costas sin sentencia.

"c) Esta breve relación permite inferir que lo accesorio (en el sentido de dependiente, secundario, aproximado) se extingue cuando lo principal ha perecido, cosa que no ocurre en el campo procesal, donde ya se ha visto que puede existir una obligación válida de abonar costas generadas en un proceso inválido. Finalmente, si se acepta que la nada, ontológicamente, nada puede producir, no se comprende cómo un proceso no válido (idéntico a la nada jurídicamente considerado) puede generar una obligación válida de abonar costas.

"d) Por lo demás, razones de injusticia notoria, terminan por convencer acerca de la necesidad de admitir el recurso en casos como el que motiva este comentario: de aceptarse la tesis de la inapelabilidad, la imposición de costas vendría a constituir un importante rubro respecto del cual no procede reparación alguna y que, por ende, queda librada a la absoluta discrecionalidad de un juez unipersonal, cosa que no permite la ley ni su espíritu".

CAPÍTULO 28

LA SENTENCIA

SUMARIO:

1. El objeto del proceso: la sentencia
1.1. Concepto
1.2. Naturaleza jurídica
1.3. Clasificación
1.4. Presupuestos
1.5. Efectos
1.5.1. Terminación del litigio
1.5.2. Conclusión de la actividad jurisdiccional
1.5.3. Otorgamiento de certeza a las relaciones jurídicas
1.5.4. Efectos temporales
1.5.5. Caso juzgado
1.5.5.1. Concepto
1.5.5.2. Clasificación
1.5.5.3. Límites subjetivos
1.5.5.4. Límites objetivos
1.5.6. Ejecutoriedad de la sentencia
1.5.7. Oportunidad de los efectos
1.6. Prescripción

1. EL OBJETO DEL PROCESO: LA SENTENCIA.

1.1. EL CONCEPTO

La voz *sentencia* encuentra su origen en *sententia*[1] y se usa en Derecho para referir, a un mismo tiempo, a un acto jurídico procesal[2] y

[1] De *sentiens, sentientis*, participio activo de *sentire*, sentir.

[2] Ya se ha visto que, como acto jurídico, no ostenta carácter *procesal*, pues el proceso como método no puede integrar su objeto: la sentencia. Y viceversa.

al documento en el cual éste se consigna[3]; en el primer caso, se usa con dos acepciones:

a) una amplia, para denominar –genéricamente– a toda actividad mediante la cual el juez resuelve las peticiones de las partes o dispone cautelas procesales[4], y

b) otra restringida, destinada a mostrar la misma actividad del juez, cuando –de acuerdo al contenido de la decisión– resuelve una cuestión incidental planteada durante la tramitación del proceso (sentencia *interlocutoria*) o resuelve el litigio presentado a su conocimiento, poniéndole fin (sentencia *definitiva*) (ésta será la óptica a seguir de aquí en más).

En cuanto a su significado, ya he señalado antes que la doctrina general enseña que es *el modo normal de extinción de la relación procesal*[5], reflejado en un acto en el cual el Estado, por medio del Poder Judicial, aplica la ley declarando la protección que ella acuerda a un determinado derecho cuando existen intereses en conflicto actual o potencial[6].

Consecuentes con tal idea, la mayoría de los autores sostiene que son presupuestos necesarios de toda sentencia:

a) su emisión por un órgano jurisdiccional competente[7];

b) existencia de una controversia de intereses planteada en caso concreto[8], y

[3] Esto lo hace notar COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho procesal civil*, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1958, p. 277.

[4] En este caso, la voz sentencia es sinónimo o comprensiva de las ideas contenidas en las palabras: decretos, decretos de trámite, decretos de mero trámite, proveídos, providencias, providencias de trámite, providencias interlocutorias, autos, autos interlocutorios, sentencias interlocutorias y sentencias definitivas: en suma, todas *resoluciones*.

[5] Así, por ejemplo, ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 1965, t. 1, p. 446. A partir de allí se repite lo mismo con leves variantes semánticas en los diferentes autores. Yo también lo he hecho en la voz *Sentencia*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XXV, p. 360.

[6] Quienes así enseñan, refieren con ello a la llamada *acción de jactancia* y, luego, a la *acción mere declarativa* (aunque no son la misma cosa).

[7] Es obvio que esto no es así.

[8] REIMUNDÍN, Ricardo, *Derecho procesal civil*, Viracocha, Buenos Aires, 1957, t. II, p. 69; JOFRÉ, Tomás, *Manual de Procedimientos*, 5ª ed., La Ley, Buenos Aires, 1943, t. IV, p. 52.

c) obligatoriedad de que la controversia sea judicial[9].

Hace ya mucho tiempo que he dejado de sostener doctrinalmente los conceptos antes transcritos, pues considero que contienen error esencial que es menester erradicar definitivamente para que nuestros estudiantes de Derecho[10] puedan comprender finalmente qué es el proceso y cuál su real valor como método de discusión y, por ende, su verdadera importancia en el mundo jurídico[11].

De ahí que propongo variar la óptica de la explicación a partir de considerar, tal como ya lo he adelantado varias veces en el curso de esta obra, que *la sentencia es el objeto del proceso*.

Liminarmente, y en función de lo recién dicho, parece razonable pensar que si el pretendiente desencadena el proceso con la interposición de una demanda judicial (con lo cual genera el *litigio*), es porque no ha conseguido solución autocompositiva alguna del *conflicto* en el plano de la realidad social y desea discutir su pretensión en pie de igualdad con el resistente y ante un tercero imparcial, quien, llegado el caso, emitirá una sentencia otorgando la razón a uno o a otro; con ello, claro está, se evita la fuerza ilegítima exhibida en el hacer justicia por mano propia y se asegura el mantenimiento de la paz social.

Pero el simple hecho de haberse incoado el desarrollo de un proceso no impide la posibilidad de lograr la solución autocompositiva que no se logró en el plano de la realidad social. Y las estadísticas tribunalicias demuestran no sólo que esto es posible, sino que es el desenlace final en casi el 85% de los casos justiciables.

De ahí que no todo proceso cumple formalmente con su objeto[12]. De donde cabe afirmar, nueva y recurrentemente, que la sentencia no es un acto que integra el proceso, considerado como medio de debate, sino que es su objeto (o sea, lo que se espera lograr al finalizar

[9] ALSINA, ob. cit., t. IV, p. 56, donde expresa que, por tal razón, la determinación del precio por un tercero en la compraventa –art. 1349 del Cód. Civil– no constituye una sentencia.

[10] De entre quienes saldrán los jueces del mañana. A buen entendedor...

[11] Mucho mayor que la que le otorgan habitualmente los *jusprivatistas*.

[12] Una vez más, por la misma razón no puede ser la sentencia el modo *normal* de terminación del proceso. Antes bien, ella muestra una clara anormalidad a tenor de las estadísticas que aquí se manejan.

la discusión, aunque de hecho no siempre se logre) (el tema ya ha sido adelantado en el Capítulo 1).

Pero cuando lo alcanza y, así, el juez emite su sentencia[13], lo que cabe ver en ella es otra cosa, que se advertirá en el punto siguiente, al analizar su naturaleza jurídica.

1.2. La naturaleza jurídica de la sentencia

Conforme a lo sostenido precedentemente, la sentencia se presenta en el mundo del derecho como un acto de clara y auténtica *normación*[14] que realiza el juzgador en función de lo pretendido, resistido y regularmente confirmado por las partes litigantes durante el desarrollo del proceso y de la subsunción que de todo ello hace en una norma jurídica *preexistente*, *general* y *abstracta*[15] que, por ser tal, carece de referencia específica a persona alguna.

Pero hay algo más en la sentencia que la muestra como una norma muy especial: debe ser motivada con un razonamiento lógico explicativo de la solución que otorga al litigio. Ello surge del antiguo deber legal de resolver efectivamente todo caso justiciable, sin que pueda el juzgador ampararse para no hacerlo así en el silencio o en la oscuridad de la ley.

Por ello, y en razón de que no siempre el mandato del legislador[16] es claro y completo, pues el ordenamiento jurídico no prevé todas las

[13] Recuérdese que en el Capítulo 9 expliqué las diferentes actividades cumplidas por el juez al tiempo de procesar y al de sentenciar. En la tarea de procesar dirigiendo el debate, el juez actúa como *sujeto pasivo*, recibiendo y conectando las instancias de las partes y, ellas sí, se muestran activas. Cuando el proceso termina, el juez cambia su carácter: de sujeto pasivo pasa a ser *sujeto activo*, pues da o emite la sentencia. En cambio, ocurre exactamente lo contrario con las partes que, de sujetos activos productores de instancias, pasan a ser sujetos pasivos, a la espera de la sentencia. Y dije en tal oportunidad que los términos *dar* y *recibir* no son conciliables, por lo cual no puede decirse que el juez hace *lo mismo* durante toda su actuación y, a más, que la sentencia es un acto propio del proceso.

[14] Neologismo que sustantiva la actividad de normar.

[15] Ésa es la augusta función de todo juzgador: ponerle nombre y apellido a la norma general para que sirva efectivamente en el caso concreto.

[16] Norma de carácter primario contenida en los códigos y leyes de fondo.

conductas posibles de acaecer en la realidad de la vida, es que la praxis diaria enseña al jurista que

1) la ley se aplica sin más y tal como está emitida por el parlamento cuando el juez encuentra en ella la solución que desea[17] aplicar al caso concreto y, además, comprende cabalmente y acepta[18] las palabras del legislador;

2) cuando el juzgador entiende que la norma es oscura para los fines de poder cumplir la actividad de subsunción en ella de los hechos y pruebas aceptados, la *interpreta* en función de ciertas reglas de hermenéutica; y ahora, la aplica[19];

3) cuando al ingresar al plexo legislativo el juzgador advierte que la norma es insuficiente para realizar la subsunción ya antes aludida, debe integrarla a partir de su comparación con otras normas análogas[20];

4) finalmente, si el juzgador no halla la norma que necesita para resolver el caso justiciable, debe *crearla* a partir de aplicar al caso los principios generales del derecho[21] y, recién, subsumirla en ella.

[17] Ésta es la verdadera fuerza de los jueces: elegir los hechos a fallar, darlos por probados y escoger la norma en la cual han de subsumir la pretensión deducida a base de tales hechos y pruebas. ¡Y a partir de allí, hacer lo que se quiere! Notablemente, basta leer cualquiera colección jurisprudencial para descubrir que hay quienes hacen verdaderas maravillas usando estos poderes: no otro es el origen del decisionismo judicial...

[18] Pongo especial énfasis en esta *aceptación:* en los últimos años, y decisionismo mediante, muchos jueces han descubierto tener una irrefrenable vocación de legisladores. Y, a partir de allí, antes de aplicar una norma cualquiera, muchos de ellos hacen un juicio de valor a su respecto: si les gusta, la aplican y la ignoran en el caso contrario. La notable gravedad de lo expuesto radica en que, simplemente, la inaplican sin declararla inconstitucional.

[19] Pero atención: la norma interpretada no es la misma exacta norma que emitió el legislador. Otra actividad que genera decisionismo...

[20] Tan importante es esta actividad y tanto mal puede hacerse con ella, que la ley penal prohíbe expresamente el método que implica la integración por analogía (*nulla pœna sine lege*). Ésa es, precisamente, la fuerza del *tipo penal*. Otro tanto ocurre en el derecho tributario, como conquista de libertad del individuo frente al Estado y al voraz apetito fiscal de algún mandamás de turno.

[21] La obvia dificultad que presenta su clara y precisa determinación ha enfrentado a los juristas de todos los tiempos y hasta el día de hoy: en tanto los *jusnaturalistas* entienden que se trata de los propios del derecho natural, o sea los que derivan de la naturaleza misma de las cosas y, por ende, inmutables, los *juspositivistas* sostienen que son los que se infieren del cúmulo normativo vigente en cada lugar, con lo cual son contingentes. Creo que el tema es de la mayor importancia y, particularmente en la

En síntesis y recurrentemente, para que quede claro: el juez aplica la norma si, a su juicio, ella existe y la entiende tal como la emitió el legislador. Pero si la ve oscura y ello impide su cabal comprensión, debe *interpretarla* para aplicarla a partir de allí. Si la norma es *insuficiente* a su juicio, la integra para su aplicación y, finalmente, si entiende que no hay norma alguna que regule el caso y que no existe otra parecida que pueda ser aplicada por el régimen de la analogía, la crea y la aplica para solucionar el litigio[22].

En otras palabras: el juez *siempre norma*: ora aplicando en concreto la ley abstracta, con o sin interpretación de su texto; ora integrando la norma abstracta mediante la emisión de una norma concreta; ora creando la norma concreta en caso de inexistencia de norma abstracta.

Ésta es la razón por la cual creo que el proceso, como método, no termina ni puede finalizar en una sentencia; por eso es que ya sostuve que el debate finaliza cuando el juez llama los *autos para sentenciar*, impidiendo a partir de allí la continuidad de la discusión del litigio.

Argentina, pues el propio Alberdi, proyectista primario de la Constitución, sostuvo en su *Fragmento preliminar al estudio el derecho*: "Yo ensayaba una exposición elemental de nuestra legislación civil [...] y no podía dar un paso sin sentir la necesidad de una concepción neta de la naturaleza filosófica del Derecho, de los hechos morales que debían sostenerle [...] Me fue preciso interrumpir aquel primer estudio para entregarme por entero a este último". Por mi parte he tenido presente tal pensamiento durante todo el desarrollo de esta obra y creo que ello se nota en la concepción del proceso como medio de debate y garantía de los derechos constitucionales. Si bien se mira, todo el problema puede ser reducido al irrestricto respeto de las antiquísimas reglas expuestas por Justiniano en el Libro I, Título I, Ley X, de las *Pandectas*: *Ius præcepta sunt hæc: honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere*: "Los principios del Derecho son: vivir honestamente, no dañar a otro, dar a cada uno lo suyo".

[22] Como se ve, la tarea que el juzgador cumple al sentenciar es extraordinariamente subjetiva y tolera que el juez opere a voluntad en muchísimos casos. Durante mi vida profesional tuve oportunidad de dirigir durante muchos años un diario jurídico: *Juris*, de Rosario. Cumpliendo tal tarea en tan dilatado lapso, creo haber leído no menos de diez mil sentencias para elegir las publicables, a las cuales tuve que hacerles el correspondiente sumario (*abstract*) para llamar la atención del lector acerca de los puntos importantes contenidos en ellas. Y de allí sale la afirmación hecha en el párrafo precedente: he podido comprobar en casi una infinidad de veces cómo opera lo que siempre llamé *jurisprudencia de amigos*, mediante la cual se bastardea la ley al fallar en contra de su texto expreso. Actualmente, no otra cosa es el decisionismo judicial que tanto vitupero en esta obra.

Claro está, la norma ínsita en la sentencia es formalmente distinta a la norma contenida en la ley: aquélla siempre es *concreta* (le pone nombre y apellido a la ley abstracta)[23], siempre es *posterior* a los hechos que exigen su emisión y *particular* para el caso que se resuelve mediante ella.

Pero hay algo más: es una norma *razonada*, con fundamentos que se exponen con un método no exactamente igual al que usa el legislador para hacer la explicación de los motivos que lo llevaron, precisamente, a legislar como lo hizo.

Y en ese razonamiento, el juzgador debe señalar a los litigantes por qué juzga como lo hace[24] al igual que el porqué de su decisión en un sentido y no en otro, y la aclaración de si aplica directamente la ley primaria o si la interpreta o si la integra (en ambos casos, la modifica) o la crea.

Ya se verá *infra* nuevamente el tema, al explicar el contenido de la sentencia.

No es el método propio de esta obra el exponer otras opiniones autorales[25] ni hacer mención de toda la temática habitual en las explicaciones generales del derecho procesal. Sin embargo, en este Capítulo debo apartarme de la tónica autoimpuesta, pues son tantas las diferencias de este texto respecto del texto de los demás autores, que creo menester hacer referencias hasta ahora deliberadamente soslayadas[26].

[23] Si la ley de fondo establece que el comprador tiene la obligación de abonar el precio de la cosa adquirida y no lo paga, el acreedor puede demandar su pago. Como la norma civil que impone tal conducta no menciona los nombres de vendedor y comprador, es al juez a quien le toca decir que... porque se probó que Juan compró una cosa a Pedro, que la recibió de éste y que no la pagó, condena ahora a Juan a abonarle a Pedro el precio pactado, imponiéndole un plazo al efecto.

[24] El tema es de fundamental importancia para mantener la perpetua paz social. Adviértase que el juez resuelve *litigios* pero, para posibilitar esa paz, debe resolver también y en forma efectiva, los *conflictos* que los originaron. En otras palabras, debe convencer a las partes y, muy especialmente al perdedor, de la legitimidad y de la justicia que lo llevaron a fallar en un sentido y no en otro, a fin de lograr el aquietamiento final de las pasiones encontradas.

[25] Ya habrá advertido el lector que, salvo caso excepcional, no hay en este libro citas a otras obras sino, a lo sumo, comentarios particulares inspirados en la sociología tribunalicia más que en la interpretación de los institutos de la asignatura.

[26] Es que a partir de sostener que la sentencia *no es un acto procesal*, remo decididamente

Por eso es que muestro aquí los carriles de otra discusión doctrinal en cuanto a la naturaleza normativa de la sentencia: teniendo en cuenta su enorme trascendencia jurídica, ya que además de obligar a las partes en el proceso puede extenderse en ciertos casos a terceros, ¿constituye una norma *nueva*, distinta de la contenida en la ley o sólo *es un efecto de la norma legal*?

Sin perjuicio de que pueda alegarse exitosamente la bizantinización de la discusión señalada, la doctrina tradicional imperante hasta fines del siglo XIX fue la de que la sentencia no es sino *la ley del caso concreto*, mediando entre ambos extremos sólo una diferencia de extensión pero no de contenido, por lo que la sentencia que pone fin a un juicio no crea ninguna norma jurídica sino que se limita a declarar la vigencia de la norma legal aplicable en la especie decidida; posteriormente, comienza a considerarse que entre *ley* y *sentencia* existen diferencias de carácter y de contenido intrínseco derivadas de la distinta función de una y otra[27].

Actualmente, a pesar de existir acuerdo definitivo en cuanto a que la sentencia aplica una ley preexistente, se discute también si aquélla se limita sólo a declarar la aplicación de dicha ley o si, por el contrario o además, crea derechos.

El estado actual de la doctrina muestra el caos interpretativo que se advierte en los contenidos de todo el Derecho y lleva a aceptar que no existen ya términos absolutos y que, con sentido práctico antes que meramente teórico, debe estudiarse cada tipo de sentencia en concreto para determinar su verdadera naturaleza, pues no todas las sentencias se concretan a declarar el derecho preexistente y no todas las sentencias crean derechos inexistentes antes de su aparición.

Resta agregar ahora que la corriente interpretativa aceptada generalmente por la doctrina americana tradicional que explica el tema no ve en la sentencia una *norma*, sino un simple razonamiento que exhibe

contra la corriente y no puedo obviar, entonces, el tratamiento de algunos temas que son habituales y recurrentes en todas las demás obras de la asignatura.

[27] Escapando a los fines de este trabajo el estudio detallado de las diversas corrientes que modificaron paulatinamente el pensamiento tradicional –por no corresponder tal tarea a la economía general de la obra– recomiendo ver la abundante bibliografía anotada por ALSINA, *Tratado...* cit., t. IV, ps. 65-72.

la estructura propia de un *silogismo*[28] constituido por una *premisa mayor* (la norma jurídica abstracta), una *premisa menor* (la situación de hecho objeto de la controversia) y una *conclusión* (parte dispositiva de la sentencia)[29], que contiene la declaración del resultado jurídico que deriva de subsumir o someter el hecho a la regla jurídica correspondiente, debiéndose distinguir este juicio de todos los demás juicios lógicos en cuanto a su contenido jurídico[30].

Parte de la doctrina contemporánea, criticando a la concepción silogística tradicional de la sentencia, sostiene que ésta no se agota en una operación lógica sino que, además del proceso intelectual necesario para llegar a la decisión, existe otro proceso paralelo y conjunto de carácter volitivo, que se pone de manifiesto en la elección hecha por el juez de la premisa mayor, en la valoración de la prueba (a la que muestran como una serie ininterrumpida de silogismos) y en el sentido de justicia que posee el juzgador[31]; en este orden de ideas, la sentencia no concluye con un juicio lógico sino que culmina –necesariamente– en un acto de voluntad del juzgador; en otras palabras, y tal como lo prefería Alsina, la sentencia contiene la expresión de la convicción formada en la mente del juez por la comparación entre la pretensión de la parte y la norma jurídica o de derecho objetivo.

Resta ahora explicar algo más: la naturaleza jurídica de la *sentencia sujeta a recurso*.

Ya se verá en el Capítulo 30 que la norma *sentencia* está sujeta a la aceptación de su contenido por ambos interesados en él (*quien gana*

[28] En lógica, se entiende por *silogismo* (del griego *syllogismós*: razonamiento) el argumento que consta de tres proposiciones, la última de las cuales se deduce de las otras dos: en rigor, se compone de dos premisas y de una conclusión. Por ejemplo, *premisa mayor*: todos los animales mueren; *premisa menor*: el perro es un animal; *conclusión*: el perro muere.

[29] Ver, por ejemplo, CHIOVENDA, *Ensayos de Derecho procesal civil*, trad. de S. Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1949, t. III, p. 197; ROCCO, Alfredo, *La sentencia civil*, p. 44; ROCCO, Ugo, *Derecho procesal civil*, trad. de F. J. Tena, México, 1939, p. 279; PRIETO CASTRO, Leonardo, *Exposición del Derecho procesal civil de España*, Zaragoza, 1944, t. I, ps. 305, etcétera. Yo mismo he explicado similarmente el tema en la voz *Sentencia*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XXV, p. 360.

[30] Confieso que jamás he visto una sentencia que desarrolle su motivación a base de estas enseñanzas.

[31] Si bien se mira, es casi lo mismo que he señalado en el texto.

y *quien pierde* el pleito), y que en caso de no estarlo alguno de ellos, pueden procurar que se haga un control por otro juzgador acerca de su contenido tanto en lo que hace a su legitimidad (o ilegitimidad) como a su justicia (o injusticia).

Parece claro que hasta tanto adquiera la sentencia los efectos que le son propios y que se verán luego, por estar sujeta a una impugnación que se concede con diferentes efectos (ver el Capítulo 30), no alcanza a lograr *todavía* su carácter de *norma* sino tan sólo el de *acto en tránsito a ella.*

De tal modo debe verse allí un acto jurídico que, para llegar a ser propiamente norma, está sometido durante la etapa de control a la condición legal suspensiva de *si no llega a pronunciarse una nueva sentencia diferente*[32] *por el tribunal* ad quem *correspondiente*[33]; y que, como expresión auténtica de la función judicial, mientras esa condición no se cumpla, es un simple elemento de la verdadera y propia sentencia.

1.3. La clasificación de las sentencias

Aunque el tema no interesa a un verdadero sistema procesal, pues no hace a la esencia de su calidad de norma jurídica, creo que merece ser desarrollado escuetamente en esta obra con un declarado fin puramente didáctico y para que el lector pueda apreciar cómo se conjugan con este tópico los distintos institutos ya expuestos en Capítulos anteriores.

a) Una primera pauta clasificatoria surge del numeral anterior, donde se apuntó que las sentencias, en sentido restringido, pueden ser *definitivas* o *interlocutorias*, usando como criterio de orientación el de su eficacia con relación al litigio o al desarrollo del proceso.

a.1) Es *definitiva* la sentencia que resuelve efectivamente el litigio, acogiendo o rechazando la pretensión deducida en la demanda o acusación.

[32] Que anule o revoque.

[33] En el supuesto de haber sido concedido con *efecto suspensivo*. Adviértase que no menciono al *efecto no suspensivo*, pues en tal caso la esencia normativa de la sentencia ya operó. Sin embargo y de cualquier forma, si después de ello tal sentencia se revoca y deben reponerse las cosas a su estado anterior al de la ejecución de la sentencia revocada, parece claro que ésta es un acto jurídico sujeto a la condición legal resolutoria del caso.

Atendiendo al tipo de litigio al cual la sentencia pone fin, se clasifican según que *admitan* o *rechacen* la pretensión demandada, denominándose, respectivamente, estimatorias, desestimatorias o absolutorias del derecho pretendido, mixtas y absolutorias de la instancia procesal.

a.1.1) Es sentencia *estimatoria* la que pone fin al litigio acogiendo totalmente la pretensión demandada (el concepto incluye todo lo referente a lo penal) (aquí gana el pretendiente y pierde el resistente).

A su turno, la sentencia estimatoria se clasifica de acuerdo a la naturaleza de la pretensión deducida en la demanda en *declarativas, condenatorias, constitutivas* y *cautelares.*

El tema debe ser tratado cuando se estudia la pretensión procesal y así se ha hecho en esta obra (ver el Capítulo 8, por lo que cabe hacer allí la remisión del caso), pues no es que la sentencia sea en sí misma *declarativa* sino que, al acoger una pretensión de tal índole, se concreta a hacer la pura declaración. Y nada más.

Por eso creo que se genera confusión cuando se afirma por la doctrina lo que aquí critico.

No obstante ello, como simple recurso docente, recordaré seguidamente lo que ya debe saber el lector después de leer el ya mentado Capítulo 8:

a.1.1.1) son pretensiones *declarativas* aquellas que tienen por objeto obtener la declaración de la existencia de un derecho.

Claro está que, desde este punto de vista, todas las sentencias que resuelven cualquiera pretensión revisten ese carácter, ya que tanto las sentencias que versan acerca de pretensiones de carácter constitutivo como las que resuelven pretensiones de condena, contienen siempre una declaración del derecho como antecedente lógico de las otras dos decisiones restantes.

Dicha declaración puede ser positiva o negativa; es *positiva* cuando afirma la existencia de determinado efecto jurídico a favor del actor; es *negativa* cuando afirma, tanto a favor del actor como del demandado, la inexistencia de un determinado efecto jurídico contra ellos pretendido por la contraparte.

Pero hay sentencias que, coherentes con la respectiva pretensión sentenciada, se concretan pura y exclusivamente a efectuar una declaración, y se agotan con la misma; tales, las que desestiman la pretensión

jurídica sustentada judicialmente, o las que declaran la falsedad de un documento, etcétera.

A estas pretensiones y, por ende, a las sentencias que las acogen, se las nombra con la denominación de *simplemente declarativas* o *de mera declaración* o *mere declarativas*[34-35];

a.1.1.2) son pretensiones *condenatorias* aquellas que, luego de declarar la existencia del derecho pretendido, imponen al demandado el cumplimiento de una prestación *positiva* (dar, hacer) o *negativa* (no hacer). Ejemplos de ellas los encontramos en las dictadas en casos de pretensiones de percibir una suma de dinero por incumplimiento contractual, etcétera;

a.1.1.3) son pretensiones *constitutivas* aquellas que, luego de declarar la existencia del derecho pretendido, y sin establecer condena al cumplimiento de prestación alguna, crean, modifican o extinguen un estado jurídico. Ejemplos de ellas los encontramos en las dictadas en casos de pretensiones de nulidad de matrimonio[36], de divorcio[37], de imposición de costas (con lo que se constituye el estado de acreedor de una parte litigante y de deudor de la otra), de resolución de un contrato de arrendamiento antes del vencimiento del plazo contractual, etcétera;

[34] Ejemplos de sentencias meramente declarativas se encuentran en la sentencia absolutoria que desestima la demanda, en la sentencia obtenida mediante el ejercicio de la pretensión mere declarativa, etcétera; ejemplos de sentencias que, además de declarar la existencia del derecho, innovan respecto del estado anterior de cosas, se advierten en las sentencias determinativas del *quantum* alimentario de indemnizaciones y de honorarios, de régimen de guarda y visita de los menores, etcétera.

[35] Se entiende por algunos autores que este tipo de sentencia ha venido a reemplazar a la antiquísima *acción* (*rectius est*: pretensión) *de jactancia* y parece claro que no es así apenas se estudia mínimamente el tema. Castizamente, *jactancia* significa la *alabanza propia, desordenada y presuntuosa*, de donde surge que *jactancioso* es quien se alaba excesiva y presuntuosamente. En términos parecidos, el mismo vocablo tiene jurídicamente otro alcance: refiere a quien, en dicha tónica, se dice acreedor de alguien o propietario de algo que se reconoce bajo el dominio de otro. Para evitarlo, la Ley 46 del Título 2 de la Partida 3 autorizó al agraviado con ello a pedir al juez que obligara al jactancioso a demandarlo para probar en juicio sus manifestaciones o a desdecirse de ellas o a darle satisfacción suficiente. Todo bajo apercibimiento de imponerle el juez perpetuo silencio y de desechar en lo sucesivo cualquier demanda que él u otro en su nombre intentare sobre el asunto, debiendo también castigarlo de modo tal que sirviera de escarmiento si repetía el agravio o jactancia. Comparando esto con la simple declaración de que alguien no es deudor de otro, por ejemplo, se notan de inmediato las diferencias antes señaladas.

[36] Declarada la existencia de la causal anulatoria del matrimonio, quien tenía hasta entonces el estado civil de *casado* se constituye ahora en el estado civil de *soltero*.

[37] Ídem que el caso de la nota anterior, sólo que ahora quien estaba *casado* pasa a revistar como *divorciado*.

a.1.1.4) son pretensiones *mixtas* aquellas que, luego de obtener la declaración de la existencia del derecho pretendido, aspiran a que se constituya a raíz de ello un nuevo estado jurídico y, consecuentemente, que se condene al demandado al cumplimiento de una prestación *positiva* (dar, hacer). Ejemplo claro de ellas lo encontramos en las sentencias dictadas en casos de pretensiones indemnizatorias por responsabilidad civil por hecho ilícito (responsabilidad aquiliana) cometido por el demandado en un accidente de tránsito: aquí el juez debe declarar la existencia del hecho alegado en la demanda, la culpa del demandado si ése fue el fundamento de la imputación jurídica a base de ese hecho, la existencia del daño causado en tal hecho y la relación de causalidad entre ambos (hecho y daño) y, finalmente, declarar concretamente cuáles son los daños que deben ser resarcidos. Al finalizar todo este análisis y luego de hacer el juez tales declaraciones acerca de la responsabilidad del demandado, lo *constituye* a raíz de ello en deudor del actor (repárese en que no lo era antes) y, consecuentemente, lo *condena* a pagarle la suma de dinero reclamada y probada en autos[38];

a.1.1.5) son pretensiones *cautelares* aquellas que, sin declarar la existencia de derecho alguno y en procedimiento sumarísimo unilateral (atención: no en un *proceso*), se dictan *inaudita altera pars* (sin previa bilateralización) a simple petición del interesado para proteger a una persona o para asegurar la eventual realización de un bien o la producción de un medio probatorio.

El tema será desarrollado integralmente en el Capítulo 31.

a.1.2) Es sentencia *desestimatoria de la pretensión* la que pone fin al litigio rechazando íntegramente la pretensión demandada (aquí gana el demandado y pierde el actor), pues el resistente es absuelto.

a.1.3) Es sentencia *mixta* la que pone fin al litigio acogiendo parcialmente la pretensión reclamada y acogiendo parcialmente una defensa

[38] Como se ve, a raíz de la *declaración*, hay una *constitución* y, a consecuencia de ella, una *condena*. En la conjunción de los tres tipos de pretensiones aparece la que he llamado *mixta*.

del demandado (aquí gana y pierde en parte el pretendiente y pierde y gana en parte el resistente).

a.1.4) Es sentencia *desestimatoria de la instancia* la que termina el proceso dejando subsistente el conflicto; de tal modo, el pretendiente a quien se le rechaza hoy la demanda por razones que no hacen al fondo del asunto litigioso puede pretender mañana, nueva y útilmente en otro proceso. Se conoce también en América con las denominaciones de *absolución de la instancia*, de *sentencia inhibitoria* y de *sobreseimiento* (ver el Capítulo 25).

a.2) Son *interlocutorias* las decisiones que resuelven cuestiones incidentales o accidentales (ver el Capítulo 24) durante la tramitación del proceso.

Atendiendo a su contenido, admiten la siguiente clasificación:

a.2.1) *interlocutorias que tienen fuerza de sentencia definitiva:* por ejemplo, las que resuelven excepciones dilatorias ordenando el archivo de la causa[39], la admisión de la recusación entablada contra un juez, el rechazo de medios de prueba que eventualmente no pueden ser producidos luego, las que imponen medidas disciplinarias, las que deciden acerca de accidentes procesales[40], etcétera;

a.2.2) *interlocutorias simples*[41]: en general, todas las que deciden exclusivamente acerca de incidentes relativos al desarrollo del debate procesal[42], y no sobre el derecho pretendido en la demanda o en la excepción.

[39] Esto es claro: si el juez se declara incompetente, por ejemplo, la causa no puede continuar ante él, quien ordenará su archivo o la derivará a otro juez, cambiando con ello el lugar exacto de radicación del pleito y la persona que habrá de dirigirlo y eventualmente juzgarlo. El caso contrario es diferente, ya que el posterior desarrollo del proceso puede derivar a una sentencia que pondrá fin al litigio. Y ésta es la *definitiva* a los efectos explicados en el texto.

[40] Por ejemplo, sentencia que ordena el levantamiento de un embargo, o la que lo sustituye con claro perjuicio para el embargante, etcétera.

[41] Que en algunas legislaciones admiten una doble división: que *causan un gravamen irreparable*, pues la cuestión no puede ser modificada en la definitiva (tal como, en algunos códigos, el auto que deniega la producción de una prueba) y *que no causan gravamen irreparable* (las que sólo tienen por objeto la marcha del proceso, tales como la resolución que abre a prueba la causa, la que designa audiencia para declaraciones, etcétera).

[42] Por ejemplo, la que termina un debate de las partes acerca de una providencia de trámite que confiere un traslado, o establece un plazo judicial, o admite la intervención de un tercero, o acumula autos, etcétera.

b) Una segunda pauta clasificatoria se logra en función de la jerarquía y tipo del tribunal que las emite. Y así, pueden ser dictadas por: 1) tribunales unipersonales de primera instancia; 2) tribunales colegiados de segunda instancia, y 3) tribunales colegiados de primera instancia o de instancia única. Y el criterio es útil, pues todas responden a formalidades diferentes, tal como se verá más adelante.

1.4. Los presupuestos de la sentencia de fondo que resuelve útilmente el litigio

Para que pueda ser entendido este tema en todas sus implicaciones, es menester recordar previamente las ya explicadas diferencias existentes entre la *actividad que cumple el juzgador para resolver el litigio*[43] (a lo cual llamo *acto*) y el *documento en el cual consta y con el que se acredita el cumplimiento de tal actividad* (a lo que denomino *acta*, precisamente, para poder diferenciarla del *acto*)[44].

Me referiré entonces en este punto a las condiciones propias del *acta* y a las que se corresponden con el *acto*.

Pero antes, vuelvo a recordar que en el Capítulo 11 ya expliqué el contenido del vocablo *presupuesto* y que en el Capítulo 7 hice referencia a los presupuestos de la acción procesal. En ambos casos hablé de *supuestos* (*precedente* y *consecuente*, ambos de contenido puramente lógico y, por tanto, invariables salvo excepciones establecidas en la ley para pocos y ciertos casos), y de *requisitos actuales de realización del acto* con *eficacia* y *eficiencia*, de contenidos puramente legales y, por tanto, variables de legislación a legislación.

Veamos ahora estos presupuestos en cuanto al tema en tratamiento.

[43] Precisamente el análisis de la actividad cumplida en cada caso por cada uno de los sujetos procesales es el método que se utiliza en esta obra para mostrar un adecuado *sistema*.

[44] Es manifiesta la importancia de esta distinción que hace innovadora e inteligentemente Mario Antonio Zinny, pues es factible que el *acto sea válido* en tanto que *nula el acta* o, a la inversa, que sea *válida el acta* y *nulo el acto*, con lo cual se minimizan los efectos anulatorios que se pretenden por alguna parte procesal respecto de requisitos de eficacia. Aplicando este concepto a la sentencia que carece de firma del juzgador, por ejemplo, resulta obvia la imposibilidad de alegar la *inexistencia* de tal acto (ver el Capítulo 4) si puede acreditarse que el juez emitió efectivamente la sentencia no firmada en el acta que documentó tal actividad.

1) El *supuesto precedente* de toda sentencia que pone fin al pleito haciendo mérito de lo pretendido y resistido por las partes en función de lo regularmente confirmado por ellas al respecto[45] es la existencia de un proceso legítimamente llevado por el juez y por las partes conforme a los principios que gobiernan su esencia y a tenor de las reglas de procedimiento establecidas al efecto en la ley o en el acuerdo de los propios interesados[46].

Tan importante es la enunciación de este supuesto precedente que sólo si se lo respeta acabadamente en el caso concreto es que la sentencia que se dicte para resolverlo alcanzará sus efectos y no en el caso contrario[47], en el cual sólo puede decirse que ha habido en la especie una simple *apariencia de proceso* (o sea, un *simple procedimiento* en el cual no existió bilateralidad con igualdad de instancias de las partes garantizada por la propia imparcialidad del juzgador)[48], abatible por medio de otro proceso[49].

De lo recién afirmado se desprende de inmediato el motivo por el cual debe *emitirse la sentencia*: a) cuando es dictada por un juez *oficial* (no *particular*, caso del árbitro, por ejemplo), su *porqué* se encuentra en la simple razón de que el Estado ha expropiado desde antaño el uso de la fuerza por parte de todos los habitantes[50] al prohibirles hacer justicia por mano propia. En compensación de ello, les brinda la garantía de

[45] Toda la explicación del tema la haré mirando sólo a la sentencia definitiva y no a la interlocutoria, pues aquélla es la que realmente interesa a los fines sistémicos de esta obra.

[46] En el caso de arbitraje o de arbitramento.

[47] El tema será comprendido totalmente luego de leer el Capítulo 26.

[48] Éste fue, precisamente, el argumento que utilizó la Suprema Corte de Justicia de la Argentina en el conocido *leading case* "Campbell Davidson c/Provincia de Buenos Aires" (verlo en *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, vol. 279, p. 59. También en la revista jurídica *El Derecho*, t. 36, p. 290. También en la Biblioteca Virtual ubicada en www.academiadederecho.org).

[49] Ya se verá en el Capítulo 26 que el efecto de caso juzgado emergente de una sentencia puede ser anulado por medio de otra sentencia, si ha habido fraude o colusión en la emisión de aquélla. Ampliando este concepto inicial, manejado en la década de los '60 (precisamente en el fallo señalado en la nota anterior), hoy se habla de sentencia o de caso juzgado *írrito* (del latín *irritus*, inválido, nulo, sin fuerza ni obligación). En el Capítulo 30 criticaré esta ampliación.

[50] Recuérdese que el uso de la fuerza por los particulares siempre es *ilegítima*, salvo casos de legitimación excepcionalmente otorgada por la ley (ver el Capítulo 1).

resolución efectiva de todos los conflictos sociales[51] que se procesen ante su Poder Judicial y, además, de ejecutar lo sentenciado a favor de uno en perjuicio de otro; b) cuando es emitida por un particular (árbitro o arbitrador), su *porqué* es el cumplimiento por el juzgador del contrato de arbitraje o de arbitramento que, en calidad de tercero ajeno al litigio, ha convenido con los interesados en resolverlo por alguna de esas vías y al margen de la actividad estatal, que no se afecta para nada con ello, pues el medio utilizado al efecto sirve igual para evitar el hacer justicia por mano propia.

2) Los *supuestos consecuentes* (presupuestos *futuros* o *inminentes*) de toda sentencia que pone fin al pleito haciendo mérito del litigio luego de un proceso legítimamente llevado por el juez, son los que refieren a lo que las partes obtendrán (*objeto*) con la eficacia y la eficiencia del acto *sentencia* (hacen al *para qué* de ella).

Si se ha cumplido acabadamente con tales requisitos, ese *para qué* se concretará en el momento mismo en el cual la sentencia ha sido consentida por las partes litigantes o ha quedado definitivamente firme por haber agotado los interesados en hacerlo toda la cadena impugnativa que tolere o admita el respectivo pronunciamiento.

A consecuencia de ello, la sentencia *podrá ser ejecutada* mediante el uso de la fuerza legítima propia del juez[52], con lo cual el pretendiente ganador tendrá al fin la declaración judicial que lo beneficia u ostentará un nuevo estado jurídico o ejecutará la condena procurada a partir del momento mismo de demandar.

Además, podrá repeler todo replanteo posterior del tema (excepción de caso juzgado).

Ello será explicado más adelante.

3) Los presupuestos *actuales* o *coincidentes con el momento de realización* de la emisión de la sentencia son los *requisitos*, que se relacionan tanto con su *eficacia* como con su *eficiencia*. Los vemos a continuación.

[51] Aunque de hecho muchas veces no sea así.

[52] Con lo cual se ve clara la importancia del proceso y la consecución de su objeto, pues con ello se impide el uso de la fuerza particular, que siempre es ilegítima (recordar lo ya visto en la Capítulo 1), y se entroniza el estado de paz en la realidad social, uno de los fines primordiales del método de discusión estudiado en esta obra.

3.1) Los *requisitos de eficacia* son de carácter *extrínseco*[53] y se presentan siempre en el momento de dictar la sentencia.

Liminarmente, aclaro que en este tema se estudian las condiciones que son necesarias de cumplir por el juzgador para que el documento que emite tenga eventualmente *validez* como norma jurídica que resuelva, al menos aparentemente, el litigio acerca del cual recae.

Estos requisitos pueden ser[54] externos e internos:

A) *externos*: se vinculan con la legitimidad constitucional y legal del acto y no con las formalidades que debe contener el documento (el acta).

Sin conocer acabadamente estos requisitos y a los que referiré en el punto siguiente, es imposible la exacta comprensión del tema.

Luego de ello, ya resultará sencillo comprender que los presupuestos de la sentencia *son propios de ella* y no pueden ser considerados jamás como *presupuestos del proceso.*

Véanse ahora las preguntas que pueden formularse para definir cuáles son los *requisitos extrínsecos externos* de la sentencia: 1) ¿quién debe dictarla?; 2) ¿qué se resuelve en ella?; 3) ¿cuándo hay que emitirla?; 4) ¿dónde se hace y se guarda?, y 5) ¿para qué se hace?

Vamos ahora a las respuestas a ellas.

A.1) *¿Quién debe sentenciar?*

La sentencia debe ser emitida por el juzgador que se encuentra a cargo del tribunal creado con anterioridad al hecho que motivó el proceso[55] y que ha sido aceptado como tal por ambas partes en litigio[56].

[53] Es *extrínseca* la cualidad o circunstancia que no pertenece a la cosa por su propia naturaleza sino que es adquirida o superpuesta a ella. Claro ejemplo de esto es que no interesa a la esencia de una sentencia si es dictada verbalmente o por escrito: en cualquier supuesto sigue siendo sentencia.

[54] Y así deben ser presentados al lector para que advierta cómo toda la explicación cierra lógicamente.

[55] La vigencia de la garantía constitucional denominada *juez natural* refiere a que el tribunal que debe juzgar el hecho litigioso no haya sido designado *ad hoc* y *ex post facto*, precisamente para fallarlo. Pero nótese bien, la exigencia refiere a *la creación del tribunal*, no a *la designación de la persona que se encuentra a su cargo*, pues tal circunstancia no empece a la vigencia de la garantía. Es más: si así fuere, no podría haber suplencias ni subrogaciones judiciales.

[56] La *aceptación de la persona del juzgador* significa que ambas partes han conocido tempestivamente y han aceptado su intervención en el pleito y, por supuesto, que

Cuando la emite un subrogante legal (por vacancia del cargo o por ausencia o licencia del juzgador ya aceptado como tal por ambos litigantes, quienes consintieron expresa o tácitamente su actuación), debe someterse quien subroga a nueva aceptación de las partes, que siempre conservan la potestad de recusarlo (ver el Capítulo 10).

Lógicamente, nada exige que quien sentencia la pretensión sea la misma exacta persona física que procesó la discusión[57], aunque todo el mundo acepte tal afirmación como una verdad sabida y obvia[58] luego de sostener ilusamente tal cosa la doctrina que postula que la inmediación procesal es la única forma de hacer verdadera justicia[59].

Finalmente: habrá advertido el lector que no he mencionado la habitual y reiterada frase relativa a que el juez *tenga jurisdicción y adecuada competencia.*

Y es que ya expliqué en el Capítulo 9 que la jurisdicción es *algo que se hace y no cosa que se tiene*, lo cual hace obvia esta falta de referencia al tema.

En cuanto a la señalada *competencia*, remarco que en los últimos años (primero a partir de la doctrina inteligente y, luego, desde la propia

ninguna de ellas lo ha recusado (con o sin causa, ver el Capítulo 10). Adviértase que la emisión de una sentencia por juez legalmente recusado genera la nulidad de su propio juzgamiento en casi todas las leyes procedimentales de América.

[57] Esta regla de rigurosa actualidad en todos los códigos de América es el *non plus ultra* de los autores actuales. Sin embargo, nada impide que una persona instruya el proceso y otra juzgue la pretensión ya procesada. Eso es lo que pasa, precisamente, en el fuero penal para delitos mayores, en todos los tribunales colegiados (que encomiendan a sus presidentes el control de la producción de la prueba producida ante ellos) y en todos los tribunales de apelación. Y nunca nadie se rasgó las vestiduras. Por lo demás, ante la imposibilidad material de ejercer adecuadamente la inmediación (nunca asumida por el legislador), la enorme mayoría de los jueces la obvian so pretexto de que ¡los propios interesados se conforman con ello! Por mi parte, tengo un proyecto de código en el cual la instrucción de la causa civil la hace un secretario con la designación de *director del procedimiento*, quien lleva adelante el litigio con recurso ante el juez que, de esa manera, se dedica a fallar los pleitos y no a tomar juramentos, rehacer preguntas, involucrarse en el pleito, etcétera. Y esto es, precisamente, y salvo alguna excepción aislada que confirma la regla, lo que ocurre todos los días en todos los tribunales de toda América Latina, preñados de insoportable morosidad.

[58] Pocos son quienes se animan a contradecir la idea.

[59] Que ven en ello el máximo respeto a la vigencia de la regla de la inmediación procesal, que tanto defienden y que, por mi parte, he criticado largamente en nota anterior, recordando una antigua leyenda japonesa.

ley) ha dejado de ser considerada con una naturaleza gobernada por la idea de *orden público*, de donde surge que la incompetencia del juzgador no determina por sí la validez de una sentencia dictada por él.

Esta afirmación se aceptará sin más a poco que se recuerde que, si bien los jueces deben velar por el mantenimiento de su competencia (y, a raíz de ello, deben rechazar oficiosa y liminarmente cualquier demanda que escapa a los límites materiales, funcionales, cuantitativos, etcétera, previstos por la ley al efecto), la tónica actual no tolera una declaración posterior a la admisión de la demanda a menos que sea hecha exclusivamente a petición del propio demandado (repasar el tema en el Capítulo 10).

De ahí que es posible que el actor pretenda ante juez incompetente que éste no advierta su incompetencia y que, por ello, admita la demanda y confiera traslado al demandado. Y es también posible que éste no deduzca la vía adecuada para lograr la declaración de su incompetencia. En tales condiciones, las leyes actuales impiden a tal juez declarar su incompetencia luego de haber sido consentida tácitamente por el demandado, con lo cual parece obvio que ha sido dejada de lado toda idea de orden público en cuanto al tema ya que, de hecho, no hay más incompetencias auténticamente improrrogables. Y eso está bien, pues ayuda a mejorar la imagen del Poder Judicial[60].

A.2) *¿Qué se resuelve en la sentencia?*

Ya expliqué reiteradamente que en la sentencia debe ser resuelto el *litigio*, es decir, el conflicto afirmado en la demanda como existente en la realidad de la vida social, en tanto ha sido negado y discutido por el demandado en su contestación. Y, por supuesto, haciendo mérito al efecto de los medios de confirmación regularmente traídos al proceso por las partes[61] para convencer al juez de la existencia de los hechos alegados, en tanto son relevantes para sostener una pretensión o una defensa.

[60] ¡Cuántas veces se ha visto una trasnochada declaración de incompetencia en segunda o tercera instancia y, además, en el quinto o sexto cuerpo del expediente, después de largos años de litigio! Y lo dramático de ello es que las partes nunca podrán comprender por qué deben empezar otra vez el largo y costoso periplo procesal, pero ante *el juez de al lado*, ¡tan juez como el que atendía la causa hasta ayer!

[61] Lo que excluye obviamente toda prueba ordenada de oficio.

Por tanto, y conforme ya lo adelanté en el Capítulo 22, escapan a la consideración del juez al sentenciar todo lo relativo a hechos no alegados (aunque sean del conocimiento personal del juzgador), los hechos admitidos por demandado, etcétera.

Lo mismo ocurre en el campo de lo penal: la pretensión punitiva en un sistema acusatorio en serio[62] se deduce, discute y prueba en forma similar a la de lo civil, con una importante variante: el reo penal goza siempre del constitucional estado de inocencia[63] y, por tanto, ninguna carga confirmatoria puede pesar sobre él.

A.3) *¿Cuándo se emite una sentencia?*

Debe ser dictada luego de que las partes hayan consentido el decreto de *llamamiento de autos* (o su sucedáneo, cuando no está previsto en la norma)[64] y dentro del plazo que todas las leyes acuerdan al efecto para cada tipo de procedimiento, establecidos por el legislador en orden a las dificultades que presuntamente presentan las distintas pretensiones litigiosas.

El requisito es importante: sabido es por todos que muchos jueces no dictan sus sentencias dentro del plazo legal, ante la vista y paciencia de los litigantes que muchas veces no se animan a plantear las quejas del caso.

Algunas leyes intentaron resolver el problema estableciendo la pérdida automática de la facultad de fallar luego de vencido el plazo respectivo. Con el agregado de que constituía falta profesional grave el incurrir reiteradamente en un número escaso de supuestos similares. Como era de esperar, la buena solución ideada no dio el resultado esperado, pues

[62] Y no como ocurre en la mayoría de los países de América que dicen que lo han instrumentado legalmente, en los cuales se tolera y, más aún, se prohíja que los jueces actúen activísimamente en el campo probatorio, supliendo así la desidia del acusador (fiscal, en los más de los casos). Cuando esto ocurre es obvio que se pierde la imparcialidad y, con ella, la igualdad de las partes litigantes.

[63] Cosa que no ocurre en lo civil, donde la discusión se maneja con reglas que establecen claramente quién debe realizar la confirmación de la afirmación negada, siendo valor entendido que perderá el pleito quien no lo haga.

[64] Hasta ese momento, las partes litigan y producen instancias que serán conectadas recíprocamente por el juzgador para asegurar la bilateralidad de la audiencia. Luego de haber sido dictado el decreto de *autos* y consentido por las partes, ya no pueden instar sino a base de hechos nuevos o en procura de la obtención de la sentencia.

muchos tribunales superiores la declararon inconstitucional y los inferiores imaginaron y aplicaron "técnicas" procedimentales para obviar el problema[65].

A.4) *¿Dónde se hace y guarda una sentencia?*

Las legislaciones que regulan los procedimientos judiciales establecen en general que todas las pretensiones (presentadas tanto por vía de *demanda* como de *acusación*) deben ser hechas por escrito. Y cuando algunas en particular admiten la presentación verbal, se deja nota sucinta del contenido pretensional en algún documento, legajo, expediente, *dossier*, etcétera. Y ello, como garantía de libertad, para poder luego hacerse el control de la congruencia entre lo pretendido y sentenciado.

De tal modo, la sentencia debe hacerse en el Tribunal encargado de dictarla y guardada en copia auténtica junto al documento, legajo, expediente, etcétera, que le dio origen.

Sin perjuicio de ello, el original firmado de puño y letra del juzgador debe ser incorporado cronológicamente a un protocolo especialmente llevado al efecto por el funcionario fedatario del caso, allí rubricado y foliado y guardado por el tiempo que establezca la ley[66]. De allí es de donde puede extraerse –en caso necesario– testimonio de ella.

A.5) *¿Para qué se sentencia?*

Ya se ha dicho varias veces en el curso de esta obra que el objeto del proceso (lo que se busca con él) es la sentencia y el de ésta es generar la norma específica que regirá el caso concreto.

Obtenido tal objeto, existe otro emergente de él: disponer en su momento el pretendiente de los efectos de la sentencia que se verán luego

[65] La "técnica" para no incurrir en mora es dilatar el dictado del llamamiento de autos hasta tanto esté hecha la sentencia y en condiciones de ser incorporada de inmediato a los autos. Esto, por cierto, ha generado un cúmulo insospechado de problemas. De la misma manera, es costumbre inveterada de muchos jueces dictar medidas para mejor proveer que, en rigor, son para *mejor dilatar el dictado de la sentencia...*

[66] En general, se guardan *sine die*, pues los protocolos de sentencias no siguen el destino de los expedientes que, una vez archivados, deben ser destruidos con el paso de los años. Los plazos legales dependen de la importancia del pleito: por ejemplo, no se destruyen los que declaran derechos reales ni los expedientes sucesorios; los que versan acerca de derechos puramente personales deben desaparecer a los diez o veinte años, etcétera.

y que le permitirán ejecutar lo sentenciado, si ello es susceptible de ejecución y repeler cualquier ataque del perdedor pudiendo sostener para ello que el caso ya ha sido juzgado (salvo, claro está, que se ataque la sentencia misma en proceso posterior por ser ella fraudulenta o colusiva, como se dijo antes de ahora).

B) Los *requisitos extrínsecos* de la sentencia también son *internos* y refieren a los aspectos puramente formales que debe contener el documento (el *acta del acto*), que acredita por sí mismo la existencia de la actividad cumplida por el juzgador al sentenciar. Contestan a la pregunta *¿cómo se hace?*

Respondo a ello.

B.1) *¿Cómo se hace el acta* sentencia *para que sea formalmente válida?*

Los requisitos extrínsecos señalan las formas que debe contener la sentencia en orden a tener validez en el mundo jurídico y, en general, son los comunes a toda actuación judicial, pues, siendo la sentencia un documento público[67] en la Argentina, es menester que, para su validez, eficacia y fuerza probatoria, se cumplimenten en lo pertinente los requisitos exigidos genéricamente en los artículos 980[68] y siguientes del Código Civil, especificados en detalle en los diversos Códigos de procedimientos.

Conforme a lo establecido en la mayoría de dichos códigos, y en general, ellos son:

B.1.1) debe documentarse por escrito en todo tipo de juicio (inclusive en el oral, a fin de posibilitar su eventual control por el superior), y redactado en idioma nacional,

B.1.2) sin contener claros sin cerrar ni abreviaturas; sin raspaduras, testaduras, enmiendas o interlineados sin salvar en el propio escrito con la misma máquina o de puño y letra del juzgador,

[67] Código Civil, *art. 979, inc. 2º*: "Son instrumentos públicos respecto de los actos jurídicos [...] 2º) cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieren determinado..."

[68] "Para la validez del acto, como instrumento público, es necesario que el oficial público obre en los límites de sus atribuciones, respecto a la naturaleza del acto, y que éste se extienda dentro del territorio que se la ha asignado para el ejercicio de sus funciones".

B.1.3) con cantidades escritas siempre en letras (y no en números);

B.1.4) y debe expresar con claridad y exactitud el lugar y la fecha en los cuales se emite, con aclaración del día, mes y año en que se hace, pues la indicación completa de ella permite establecer si fue pronunciada en día hábil o inhábil[69] y si lo fue dentro del plazo fijado por la ley al juez a tal efecto[70]. Además,

B.1.5) debe tener la firma entera del juzgador y, en su caso, la de un funcionario fedatario cuando la ley lo exige al efecto.

3.2) Los *requisitos de eficiencia* son siempre de carácter *intrínseco*[71] y apuntan a la *utilidad* de la sentencia como norma jurídica individual para terminar el *litigio* con legitimidad y justicia (particularmente, con relación al *conflicto*).

Para ello, el contenido intrínseco de toda sentencia debe responder a cánones lógicos más o menos uniformes que, establecidos generalmente en las constituciones y en las leyes de procedimiento, enseñan cómo debe ser cumplida por el juzgador la tarea de juzgar un caso concreto.

En otras palabras e insistentemente: estos requisitos no se vinculan con el acta (como los anteriores) sino con el acto, del cual se muestran como una suerte de modelo patrón para ser repetido *ad infinitum* por los jueces.

La regulación de estos requisitos es mucho más importante que la de los referidos *supra* y necesaria de existir para lograr un funcionamiento lo más objetivo posible del servicio judicial[72].

[69] Recuérdese que todas las actuaciones procesales deben efectuarse en día hábil, bajo pena de nulidad.

[70] El dato no es menor si se piensa ya no en el plazo legal sino en otro judicial y *ad hoc* concedido al juez por su superior después de vencido el plazo legal, pues ello puede llevar a la pérdida definitiva de la competencia del juez moroso.

[71] Por oposición a *extrínseco*, la voz *intrínseco* se aplica a la cualidad o al valor que es propio de la cosa por sí misma y no le viene de fuera; que lo tiene en toda circunstancia y no depende de éstas.

[72] Aquí se trata de establecer un patrón que prive sobre el puro subjetivismo de los jueces y al que ya me he referido varias veces en el curso de esta obra, a fin de posibilitar el control por sus respectivos superiores de lo actuado en cada sentencia. Lamentablemente, el problema de la invasión de la subjetividad del juez al texto de la ley y a la voluntad del legislador no puede ser erradicado, pues carece de toda posibilidad de control el último tribunal del sistema. De donde resulta válida la pregunta *¿quid custodiet custodies?*

Para realizar el acto de juzgamiento, el juez debe comenzar por conocer y comprender cabalmente cuál es la pretensión demandada que es, precisamente, lo que el pretendiente espera obtener mediante la sentencia.

Sabido ello, también debe conocer y comprender cabalmente cuál es el tenor de la resistencia a esa pretensión, pues ella señala qué es lo que el demandado aspira lograr con dicha sentencia.

Para acreditar ese conocimiento y esa comprensión, el juez inserta inicialmente en su sentencia una suerte de preámbulo que recibe el nombre de *resultando*[73], pues relata en él todo lo que *resulta* de los autos.

Es añeja costumbre judicial convertir este introito en una especie de inventario de todo lo que el actor dijo en la demanda, de todo lo que el demandado expuso en su contestación, del detalle de todos los medios de confirmación ofrecidos y producidos y de lo que ambos alegaron acerca del mérito de ellos[74].

Pero lo correcto es establecer sucinta y concretamente en qué consiste el litigio, mencionando los hechos afirmados y aceptados (en tanto sean relevantes para la solución del caso), separándolos de los afirmados y negados, pues acerca de ellos debe versar la confirmación procesal.

De ahí que ahora se trate de determinar:

a) cuáles son las circunstancias fácticas causales de la pretensión que el juzgador debe considerar (y no puede dejar de hacerlo) para emitir la sentencia;

b) cuáles son los medios de confirmación de los hechos litigiosos que el juzgador debe considerar para poder expedirse acerca de la pretensión deducida o de una defensa que impide estimarla;

c) cómo debe subsumir los hechos que considera regularmente confirmados en la normativa general y abstracta preexistente;

d) cuál debe ser la consecuencia de tal subsunción en orden a lo pretendido y resistido en autos;

[73] El uso de este vocablo es consecuencia de la inveterada costumbre tribunalicia de redactar los escritos y las sentencias judiciales en *gerundio* (forma no personal del verbo que presenta la acción en su curso de desarrollo y que generalmente tiene una función adverbial), lo que muchas veces hace que todo ello sea incomprensible.

[74] Con lo cual se pierde un tiempo tremendo escribiendo cosas sin destino alguno y que no sirven para nada. Claro es que estas malas costumbres judiciales generan mora y que deben ser erradicadas de toda praxis tribunalicia.

e) cómo debe redactarse la norma concreta e individual;

f) cuáles son las menciones totales que debe realizar para que la sentencia definitiva sea tal.

A partir de ahora el juez comienza a argumentar acerca de los hechos alegados y del derecho invocado por las partes como base de sus respectivas pretensiones. Para ello, efectúa consideraciones (son los *considerandos* de toda sentencia) razonadas que, como se verá luego, tienen muy poco de contenido silogístico.

Véanse ahora estos requisitos, que responden a las siguientes preguntas:

3.2.1) *¿Cuáles son las circunstancias fácticas causales de la pretensión que el juzgador debe considerar (y no puede dejar de hacerlo) para emitir la sentencia?*

En primer lugar, todos los hechos conducentes a la obtención de la pretensión del actor argüidos en la demanda y los extintivos e impeditivos presentados por el demandado en su contestación para sostener alguna defensa, en cuanto éstos sean pertinentes para desestimar la pretensión del actor. Además, la consideración debe incluir también a los hechos nuevos incorporados regularmente al proceso en tanto hayan sido oportuna y adecuadamente bilateralizados.

Y ningún hecho que encuadre en las categorías recién señaladas puede escapar a la necesaria consideración del juzgador, pues tal carencia puede generar el vicio de incongruencia en su sentencia y, con ello, su invalidez.

Pero atención: *los hechos que nunca puede considerar* ni tener en cuenta el juez son los que emanan de su propio conocimiento personal, los que surgen de elementos de confirmación producidos oficiosamente ni los que emanan de cualquier medio de confirmación que no haya ingresado regularmente al proceso, con plena bilateralidad y control de su producción[75].

3.2.2) *¿Cuáles son los medios de confirmación de los hechos litigiosos que el juzgador debe considerar para poder expedirse acerca de la pretensión deducida o de una defensa que impide estimarla?*

Son todos los medios *procedentes* (ver su significado en el Capítulo 22) cuya producción ha sido regularmente incorporada a los autos

[75] Ver sobre el tema todo lo explicado al respecto en el Capítulo 22.

(con lo cual se descartan los medios *improcedentes* declarados razonadamente como tales).

Advertirá el lector que no menciono a los hechos y medios *pertinentes* o *conducentes* (ver ídem) para la estimación de la pretensión, pues los que aparentemente lucen como *impertinentes* o *inconducentes* deben ser igualmente *considerados* y, llegado el caso, dejados fundadamente de lado por el juzgador.

Insisto: no es que el juez no deba tenerlos en cuenta: al contrario, lo hará y rechazará por inconducente aquél que así le parezca, pero argumentando al respecto. Es evidente la importancia de rechazarlo diciendo expresamente por qué se lo hace, en vez de utilizar el simple recurso de ignorar un hecho cualquiera, pues sólo así se posibilita el adecuado examen de control por el perdedor respecto de la sentencia que lo agravia.

En esto no coincide la jurisprudencia mayoritaria que se ha formado sobre el tema a partir de conceder las leyes procesales omnímodas e inconstitucionales facultades inquisitoriales a los jueces, a raíz de lo cual el sistema vigente tolera que se dejen sin considerar medios confirmatorios regularmente allegados por las partes al proceso, so capa de que sería una tarea ingente el considerar circunstancias que no se requieren[76] para formar la convicción necesaria para sentenciar[77].

Todos los argumentos dados por la jurisprudencia para sostener lo *supra* mencionado pueden brindarse impunemente dentro de un sistema de enjuiciamiento que ve en el proceso un método de investigación

[76] El problema está en considerar *a juicio de quién* un argumento o medio confirmatorio puede ser dejado silenciosamente de lado, mediante el simple hecho de ignorarlo. Por supuesto, jamás desde la óptica de aquél que sostiene que el hecho o el medio no tratado lo beneficia.

[77] Téngase en cuenta que esta referencia a *formar convicción* en el juez *es un sofisma del sistema inquisitivo*. Y esto debe ser dejado de lado para no caer en incoherencias sistémicas ya que: 1) en lo penal, rige el constitucional estado de inocencia. Por tanto, ninguna convicción debe procurar el juez ya que, si tiene dudas, debe absolver, y punto; 2) igual ocurre en lo civil donde, si bien no existe la presunción de inocencia, la discusión se maneja con reglas confirmatorias precisas que imponen a alguna de las partes el llamado *onus probandi*. De tal manera que, con o sin convicción, si quien debió confirmar no lo hizo, perderá el pleito. Y, otra vez, punto. ¿Tan difícil de entender es todo esto que la doctrina discute circularmente desde hace años el tema?

(cual ocurre actualmente en todos los códigos de procedimientos civiles vigentes en América) y no como es en el sistema acusatorio, simple método de discusión en el cual cada uno de los contendientes tiene obvio derecho a que el juez le considere *todos* sus argumentos. Para admitirlos o rechazarlos, pero consideración al fin[78].

3.2.3) *¿Cómo debe subsumir los hechos que considera regularmente confirmados en la normativa general y abstracta preexistente?*

A partir del convencimiento de la existencia de los hechos causales alegados en la demanda o en la excepción, logrado aquél con el análisis de los medios de confirmación producidos en autos, el juez debe subsumir la pretensión presentada a base de ellos en una norma general, abstracta y preexistente a fin de lograr una adecuada correspondencia entre *lo pretendido* y *lo normado* al respecto.

Para ello debe:

a) buscar en el plexo jurídico en general si tal pretensión tiene amparo, primero, en el sistema legal vigente y, si así es, determinar luego si éste encuadra en el orden constitucional del cual la ley debe ser consecuencia;

b) constatar de inmediato que el caso jurídico que se encuentra ya a fallo es *justiciable* (ver el Capítulo 7) y que su solución depende de actividad judicial, por no estar sujeta la solución pretendida a lo que debe brindar la competencia exclusiva de otro Poder del Estado;

c) elegir, luego de constatado lo *supra* mencionado, la norma que aplicará para la solución que considera legítima y justa para el litigio. En su caso, deberá interpretarla usando para ello alguno de los métodos utilizados por la hermenéutica o, en su defecto, integrarla conforme al método de la analogía o, en su caso y finalmente, crearla para el litigio sometido a juzgamiento.

[78] Hay en el fondo de esto algo que no se dice: considerar todos los argumentos confirmatorios brindados por las partes litigantes conlleva mayor esfuerzo, tiempo y trabajo; lo que, sin duda, puede ser atendible. Y de hecho así ha sido, pues la corriente jurisprudencial que critico lleva entronizada muchos, muchos años. Pero, a riesgo de molestar a alguien, cosa que no deseo ni es mi intención hacer, creo que la situación actual debe ser revertida en homenaje a la consecución de la paz social y para honrar por fin el hasta ahora desconocido pero obvio *derecho humano* de todo litigante de saber exactamente por qué ha perdido su litigio. Cosa que hoy es imposible en infinidad de casos, gracias a los cuales algunos jueces trabajan menos...

Pero en los últimos supuestos (interpretación, integración y creación) debe decir expresamente por qué y cómo lo hace, otra vez a fin de posibilitar el control por parte del superior a pedido del perdedor agraviado por ello.

Pero adviértase que el juez nunca se convierte en legislador primario[79] (sólo lo es el Poder Legislativo, único democráticamente legitimado para decir con carácter general qué es lo que hay que hacer en la vida de la sociedad), cual parece ser la tónica actual incesantemente sostenida por muchos magistrados[80], que muestran así no sentirse vinculados a norma alguna sino a difusos y relativos principios generales y máximas de convivencia;

d) a partir de la elección de la norma a aplicar, debe ahora determinar si el pretendiente que se beneficiará con ello ostenta la legitimación jurídica necesaria para pretender a base de su aplicación[81].

Pero, nótese bien, esto puede y debe hacerlo el juez aun de oficio cuando se trata de resolver acerca de materia *no transigible*, indisponible por el mero acuerdo de voluntades de las partes litigantes.

Por lo contrario, siempre que se litigue a base de simples derechos patrimoniales que pueden ser objeto de transacción, el juez *no debe ni puede ir más allá de los intereses de las propias partes* y, por ende, repeler oficiosamente una legitimación que no sólo no ha sido negada sino, más aún, aceptada por el contradictor[82].

Resta decir –insistentemente– que todo lo relativo a: 1) la *legitimación sustancial* para obrar como se hace en función de los hechos invocados,

[79] Ni siquiera cuando crea la ley por ausencia de ella en el plexo normativo, pues cuando así lo hace cumple tal tarea por mandato del legislador primario y aplicando para ello pautas que éste le brinda en la ley.

[80] Que políticamente carecen de legitimación democrática para cumplir sus funciones, a menos que hayan sido elegidos por votación popular. Cual ocurre en los Estados Unidos de América y con los integrantes de los Poderes Ejecutivo y Legislativo en el resto de los países del continente.

[81] Por ejemplo, quien pretende percibir judicialmente el precio de una compraventa impaga debe ser el vendedor en la relación contractual base de lo pretendido y no otra persona, a menos que actúe representando a aquél.

[82] Esta afirmación no es habitual entre los autores y, mucho menos, entre los jueces, que, viendo en el proceso un método de investigación y no de simple discusión, salen muchas veces por peteneras negando oficiosamente la estimación de pretensiones no discutidas procesalmente por los propios interesados.

y 2) a la *imputación causal* efectuada a base de ellos por el actor, *jamás puede ser desconocida ni variada por el juzgador* cuando se litiga sobre objeto transigible[83].

De tal manera, queda desvirtuada y deber ser dejada de lado la añeja costumbre de los jueces que, utilizando el proceso como *método de investigación* y no de *discusión*, cambian oficiosamente la imputación jurídica realizada por el actor o el acusador penal al presentar sus respectivas pretensiones.

Cuando tal cosa hacen, utilizan al efecto un antiguo y conocido brocárdico que han convertido, con la praxis recurrente, en regla procesal generalmente aceptada como tal: *jura novit curiæ*[84]. Y la aplican sin más y a voluntad cuando les parece que los hechos invocados como *causa pretensional* no se adecuan con la norma elegida por el pretendiente para efectuar la correspondiente *imputación jurídica* a base de tales hechos (recordar lo ya visto en el Capítulo 8), lo que llevaría sin más al rechazo liso y llano de tal pretensión.

Pero muchas veces los inquisidores son piadosos[85] y, haciendo gala de eso, deciden aceptar al sentenciar la pretensión que deben rechazar conforme a derecho. Y para ello, so pretexto de *jura novit curiæ*, reconducen la pretensión por los caminos legales que, a juicio de ellos, debieron ser citados por el actor o por el acusador penal para enmarcar los hechos, sin

[83] Recuérdese que ya he sostenido en el texto que la legitimación de las partes sólo puede ser variada oficiosamente cuando el tema litigioso interesa al orden público. Y no en caso contrario.

[84] "Dame los hechos, que el juez conoce y te dará el derecho". Ya se ha visto antes de ahora que ello era posible en Roma pero no hoy, cuando se presume el conocimiento del derecho sin admitir prueba en contrario. De donde resulta que el actor o el demandado conocen o deben conocer el mismo derecho que el juzgador.

[85] Igual que en el pasado inquisitorial, cuando algunos sacerdotes que actuaban como tales antes que como jueces investigadores perdonaban ciertos tormentos o rebajaban el número de azotes en piadosa consideración al interrogado que no confesaba lo que querían oír... Y en lo penal ello puede ser virtud y de muy buena aplicación, ya que la *piedad* es la inclinación afectiva, con pena, hacia una persona desgraciada o que padece. Pero en lo civil deja de ser virtud para convertirse en *favoritismo*: ya no se trata de perdonar cárcel o azotes a alguien, sino de hacerle cobrar dinero a quien carece de derecho para hacerlo; y lo notable del caso es que no ha de pagarlo el propio juez piadoso sino un tercero que no es o que puede no ser deudor. Con lo cual la piedad se convierte en beneficencia, pero con dineros ajenos. ¡De extrema gravedad en orden a lograr el mantenimiento de la paz social!

preocuparse de que el demandado, por ejemplo, no haya contradicho el tema, de que se haya defendido de otra imputación y de que, siendo el litigio de objeto transigible, la voluntad de las partes es soberana[86].

Esto no debe ocurrir en un sistema procesal que considere al proceso como medio de discusión, tal como ocurre en el acusatorio.

En resumen: hasta ahora y ya en la tarea de fallar, el juez conoció los hechos, los aceptó como tales porque lo convenció al efecto algún medio confirmatorio regularmente allegado a la causa, aceptó como justiciable el litigio, encontró en el orden jurídico la norma que entiende puede ser aplicable para resolver el caso, la encontró congruente con la Constitución, aceptó sin más la legitimación sustancial invocada por las partes o la investigó sólo en los supuestos de estar comprometido el orden público con ello. Ahora debe emitir su propia decisión, subsumiendo los hechos en la norma.

Eso se verá seguidamente.

[86] En lo penal es de extrema gravedad. Vuelvo a caso ya expuesto en esta obra: a) si el acusador penal, por ejemplo, imputa al reo la comisión de *hurto* y, a base de ello, solicita condena de un año de prisión; b) si el reo se defiende sosteniendo que no hubo delito y, eventualmente, que debe ser penado con seis meses de prisión, a tenor de las circunstancias del caso; c) si el juez *a quo* actuante acepta la existencia del hurto y condena a la pena de un año de prisión; d) si el acusador consiente expresamente la sentencia; e) si la apela sólo el reo, agraviándose en cuanto al monto de la pena, que solicita sea reducida a los seis meses antes señalados; f) si, en estas circunstancias fácticas, el tribunal *ad quem* interpreta que los hechos no fueron bien calificados por el acusador ni por el juez *a quo* y, a raíz de ello y *jura novit curiæ*, termina recalificando legalmente el delito so pretexto de que el hecho fue mal imputado como *hurto* y no como *robo*, que es lo que correspondía por adecuación de tales hechos con el tipo legal del caso, a raíz de lo cual eleva la pena a tres años de prisión, parece claro y obvio que tal actividad del superior produce un dislate groseramente inconstitucional. Y esto no es ejemplo de gabinete: es cosa de todos los días en la justicia penal de todos los países de América Latina. Y lo notable del tema es que, con alegría y desparpajo, quienes así actúan sostienen que *no han tocado los hechos* sino que se han concretado a *calificarlos correctamente*. Claro es que con ello hicieron añicos el derecho de defensa de quien rechazó una concreta imputación penal, fue condenado por ella mediante pronunciamiento consentido por el acusador y sólo se quejó ante el superior porque la condena era excesiva. En otras palabras: ¡fue por lana y salió trasquilado! De donde resulta que, tal cual lo he señalado antes, la regla *jura novit curiæ* se utiliza en la justicia penal para soslayar la verdadera regla de juzgamiento de alzada que indica que *no reformatio in peius* (no puede resolverse en la alzada en perjuicio del único apelante, yendo más allá de sus propios agravios).

3.2.4) *¿Cuál debe ser la consecuencia de tal subsunción en orden a lo pretendido y resistido en autos?*

Puesto en tal tarea, el juez debe formular siempre una declaración[87] mediante la cual acoge o rechaza la pretensión deducida, total o parcialmente[88]. Tal resultado puramente declarativo quedará sólo en eso o posibilitará la constitución de un nuevo estado jurídico o servirá de base para hacer una condena a cumplir una prestación por el demandado, según haya sido la pretensión demandada (que es lo que origina, precisamente, la correspondiente sentencia que es congruente).

Y uniendo razonadamente los hechos con la norma (pasos ya vistos en este Capítulo) para expedir la solución elegida para el caso, tal declaración se convertirá en una norma jurídica que deberán acatar los litigantes luego de consentirla o, eventualmente, después de pasar por una etapa de control por parte de un superior jerárquico, si éste la ha confirmado.

Es en este momento en el cual el juez exhibe el verdadero poder de la función, que muchas veces se muestra como cuasi omnipotente. Piénsese en una sentencia penal de condena por homicidio, que es el ejemplo que mejor permite señalar lo que aquí apunto: convencido de la existencia de los hechos, el juzgador encuentra que la norma respectiva del código penal lo autoriza a fijar una condena cuya duración puede variar entre ocho y veinticinco años de prisión[89]. Y aquí el juez, conforme a las circunstancias del caso que él mismo ha aceptado y valorado, elige a su voluntad una cantidad: ocho, nueve, diez, once... veinticuatro o veinticinco años de prisión[90]. ¿Se advierte cuánto *puede* el juez, en lo que significa *tener y usar* poder?[91]

[87] Recuérdese que ya señalé en el texto que, desde esta óptica, todas las sentencias son de carácter declarativo.

[88] Éste es el destino final de todo pleito: se gana o se pierde, en todo o en parte. Cuando se da este último supuesto, ambas partes ganan y pierden alguna porción de la pretensión o de la defensa. Esto lleva a afirmar que jamás hay empate en la solución de un litigio.

[89] Ver Código Penal argentino, *art. 79*: "Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro, siempre que en este código no se estableciere otra pena".

[90] Parece obvio que no es lo mismo una prisión de ocho años que otra de veinticinco.

[91] En el castizo sentido de "con referencia a personas, fuerza para dominar a otros o

Cosa similar ocurre en lo civil cuando se determina el *quantum* de una indemnización compensadora de un daño, particularmente cuando tal daño es *moral*. ¿Cómo se valora ese daño? Sabido es que los jueces son reacios a tener pautas limitativas para ello diferentes de lo que llaman su *propia prudencia*[92]. Con lo cual se ha generado absoluta imprevisibilidad en la materia, según se puede ver en cualquier colección jurisprudencial, haciendo con ello cada vez más difícil el ejercicio abogadil serio.

3.2.5) *¿Cómo debe redactarse la norma concreta e individual?*

Este tramo de la sentencia contiene la *decisión* concreta del juzgador acerca del litigio, mediante la cual absuelve o no al o a los demandados de la pretensión resistida en el proceso. Para ello, debe exponer el exacto sentido de su declaración de manera clara, simple, expresa, concreta y asertiva y, cuando se trata de pretensión de condena, debe establecerla a favor del actor o de los actores de la misma manera, expresando cuál es la prestación o prestaciones a cumplir, cuál el plazo para hacerlo y, además, qué le ocurrirá al deudor o deudores si no cumplen la prestación en el tiempo acordado al efecto[93].

dominio o influencia sobre otros". Y esto es claro para cualquier abogado que entienda cómo funciona el litigio: una sentencia le cambia la vida mucha gente y, muchas veces, para mal.

[92] El criterio es absolutamente subjetivo, ya que se entiende por *prudencia* la moderación en el comportamiento para acomodarlo a lo que es sensato, discreto o exento de peligro. ¿Y quién dice en un caso, por ejemplo, que diez es mucho o poco? ¿Con cuáles argumentos sino con la simple mención de la propia valoración?

[93] Hay casos en los cuales, según ha sido la concreta pretensión deducida, las leyes prevén la incorporación de ciertas *reglas especiales* a la parte resolutiva del pronunciamiento judicial. Por ejemplo, casi todas las leyes procesales establecen que cuando la sentencia contiene condenación al pago de frutos, intereses, daños y perjuicios, saldos de rendición de cuentas y otros análogos, debe expresar concretamente cuáles deben satisfacerse, fijando su importe en cantidad líquida o estableciendo las bases sobre las que haya de hacerse la liquidación y, al mismo tiempo, en la imposibilidad de determinarlas, disponiendo el nombramiento de árbitros. En algunas legislaciones se establece que la sentencia debe deferir al juramento estimatorio del actor la fijación del importe del crédito o perjuicios reclamados, siempre que su existencia estuviere legalmente comprobada y no resultare acreditado su importe; en otras, en las cuales se ha suprimido el juramento estimatorio, se establece para el juez la alternativa de disponer en la sentencia el nombramiento de árbitros o establecer prudencialmente el monto de la condena, siempre que, en ambos casos, estuviere probada la existencia de daños, perjuicios, etcétera. Por último, otras legislaciones estatuyen que si resulta imposible

Todo ello respetando absolutamente la vigencia de la regla de *congruencia procesal*. De tal forma, la sentencia no puede apartarse de lo pretendido, resistido y regularmente confirmado en cuanto a los hechos invocados, so capa de ser ilegítima por exhibir vicio de incongruencia.

Algo más cabe referir en el punto, en orden a las exigencias que las leyes en general imponen a las sentencias de los diferentes grados de conocimiento judicial.

a) *Las sentencias de tribunales unipersonales de primera instancia* están sujetas a los requisitos enunciados por extenso *supra*, al detallar las formalidades extrínsecas e intrínsecas de la sentencia definitiva, por lo cual remito a lo allí asentado.

b) *Las sentencias de tribunales colegiados de segunda o ulterior instancia*, si bien participan de ciertos requisitos de las antes mencionadas, se encuentran sometidas a exigencias propias estatuidas contingentemente en las normas procesales[94]. Tal contingencia hace que deba remitir al lector a la ley respectiva.

fijar el importe de la condena en cantidad líquida o establecer –por lo menos– las bases sobre las que haya de hacerse la liquidación, debe condenarse con reserva de fijar su importancia y de hacerla efectiva en la ejecución de la sentencia.

[94] A título de simple ejemplo, recuerdo que algunos códigos establecen que, concluida la causa para definitiva, con o sin informe *in voce*, cada vocal integrante del tribunal colegiado cuenta con un plazo fijado por la ley o por el presidente del mismo para instruirse privadamente de los autos, en forma previa al acuerdo que se señalará para el dictado de la sentencia. En dicho acuerdo, que se realiza privadamente, el tribunal establece las cuestiones que debe decidir y sus integrantes, en el mismo orden en que realizaron el estudio de los autos o en el que se fija por sorteo en el mismo acto –si el estudio fue simultáneo– deben fundar sus votos respecto de cada una de aquéllas, siendo válido el voto de adhesión que se remite a los fundamentos de un juez preopinante, sin reproducirlos, o la remisión a los fundamentos expuestos por el juez *a quo*. La sentencia debe ser dictada por todos los miembros que componen el tribunal y si no se puede obtener mayoría de votos sobre todos o alguno de los puntos principales o accesorios –en cuyo caso no hay sentencia– debe remitirse el pleito a mayor número de jueces, integrándose el tribunal en la forma prescrita en las leyes respectivas, con dos jueces dirimentes si ha sido impar el número de discrepantes y con uno solo si dicho número ha sido par, limitándose los dirimentes en el juzgamiento a aquellos puntos en que no hubo mayoría. Una vez concluido el acuerdo –que debe asentarse en el libro correspondiente– se pronuncia la sentencia, redactándose en los autos y precedida de copia íntegra del acuerdo, insertándose una copia íntegra de la sentencia a continuación de aquél en el libro respectivo.

c) Finalmente, las *sentencias de los tribunales colegiados de primera instancia o de instancia única* se encuentran –en general– sujetas a las mismas prescripciones que las correspondientes a tribunales colegiados de segunda instancia; sin embargo, en el caso en estudio, estos tribunales pueden prescindir de las formas establecidas para el acuerdo cuando así lo consideren conveniente y exista unanimidad entre sus miembros; en otras legislaciones, la sentencia es redactada por el presidente del tribunal, en forma impersonal, a menos que éste se encuentre en desacuerdo con la mayoría, en cuyo caso la redacción la efectúa otro magistrado, consignando aquél su disidencia fuera del texto de la sentencia, a continuación de la parte resolutiva.

3.2.6) *¿Cuáles son las menciones totales que debe realizar para que la sentencia definitiva sea tal?*

Además de las declaraciones y condenas mencionadas en el número anterior, el juez debe: a) expedirse acerca de las pretensiones sucesivas cuando la pretensión principal ha sido acogida; b) ídem acerca de las pretensiones eventuales cuando la pretensión principal ha sido rechazada; c) imponer el pago de las costas causadas en el proceso (ver el Capítulo 27); d) además, y cuando las leyes así lo exigen, debe regular los honorarios correspondientes a todos quienes han actuado profesionalmente durante el curso del proceso.

1.5. Los efectos jurídicos de la sentencia

Ya se sabe que la sentencia constituye el *objeto*[95] del proceso y que, como acto jurídico que es, tiene naturaleza claramente normativa: en rigor, en ella el juez pone nombre y apellido a la norma general, previa y abstracta contenida en la ley, para convertirla en norma particular, actual y concreta que sirve sólo para heterocomponer *este litigio* en el cual se emite (ver el Capítulo 28).

Sabido es también que los jueces resuelven *litigios* y no *conflictos*[96] y, de tal manera, otorgan certeza a las relaciones jurídicas que han sido objeto de contestación. Pero no siempre logran con ello establecer un estado de paz entre los contrincantes.

[95] Tomada la palabra en su cuarta acepción castellana: término o fin de los actos.

[96] Ver el Capítulo 2.

Esto se ve innegable cuando, por ejemplo, se declara una caducidad de instancia o una incompetencia o se emite sentencia absolutoria de la instancia o se declara desierto un recurso: el litigio se termina. Sí. Pero el conflicto sigue subsistente, con todo lo que ello entraña para el mantenimiento de la paz social.

Por eso es que el ideal de justicia aconseja que, al resolver los litigios, los jueces deban procurar dejar definitivamente solucionados los conflictos existentes en la realidad[97]. Con lo cual se gana en certeza y se gana en paz, metas finales a conseguir por todos los jueces.

Para esto es que sirve a la postre la distinción que hice en el Capítulo 2, al señalar las variaciones que pueden hacerse a partir de distinguir los conceptos de *litigio* y de *conflicto*.

Con estas ideas expuestas, veamos ahora cuáles son los efectos propios de la sentencia en cuanto a la relación litigiosa.

Pero antes debo aclarar qué se quiere decir con la voz *efecto*[98], ya que importante doctrina niega el uso del vocablo prefiriendo el de *calidad*[99], en el sentido de *inherencia*[100], en razón de ver el caso juzgado como una forma de autoridad. A mi juicio, el ya tradicional uso de la voz *efecto* denota con gran propiedad lo que sucede: la sentencia judicial (al igual que la transacción presentada a juicio) que guarda ciertas condiciones que se han visto en el Capítulo 26, genera o causa otra (su efecto): la autoridad del caso juzgado.

Refiero ahora a los *efectos* que, a mi juicio, son cinco: 1) la terminación del litigio: 2) la conclusión de la actividad jurisdiccional; 3) la obtención de certeza de las relaciones jurídicas hasta entonces discutidas y la posibilidad de que ciertos efectos se retrotraigan en el tiempo; 4) la existencia del fenómeno político denominado *cosa juzgada* o, dicho

[97] Caso de no existir, el juez tendría que rechazar la demanda y, con ello, la paz permanecería incólume.
[98] La palabra *efecto*, cuando se refiere a una cosa, define a otra causada por ella: el adelgazamiento es (un) efecto de la enfermedad. En este sentido, la sentencia causa el fenómeno del caso juzgado, con las consecuencias de su correcta conceptuación.
[99] En sentido amplio, *calidad* equivale a *cualidad*. Y, a su turno, ésta es "cada modo de ser una cosa, por la cual es lo que es y como es".
[100] Es la cualidad de *inherente*. Y ésta refiere a una cosa que va siempre con otra de manera propia e inseparable.

con mayor propiedad, *caso ya juzgado*, y 5) la ejecutoriedad de la decisión, cuando es susceptible de ejecución.

Los explico.

1.5.1. El efecto de la terminación del litigio

El primer efecto de la sentencia firme es terminar el litigio, lo que se logra con la emisión de un acto de autoridad competente[101] para el caso. Tal actor debe exhibir dos calidades: legitimidad y justicia.

Interesa grandemente que la sentencia sea *legítima*[102] pero no ocurre lo mismo si no es *justa*. Aunque es obvio que todo juez debe aspirar a que sus pronunciamientos exhiban siempre el valor *justicia*, pues hace a la esencia de la función que así lo sea, es posible que no lo consiga en algún caso concreto.

Pero esto no rompe ni deteriora el sistema, pues, en caso de no lograrse dicha justicia, será a la postre un fin no querido del Derecho necesario de sufrir por unos pocos en favor de la seguridad y paz de todos.

Precisamente esa terminación es lo que generará los demás efectos que trataré casi de inmediato, cada uno con todas las implicaciones que se verán oportunamente.

1.5.2. El efecto de la conclusión de la actividad jurisdiccional

Se dice desde antiguo que una vez que ha sido pronunciada y notificada la sentencia de que se trate, *concluye la jurisdicción del juez* respecto del pleito[103].

Como ya sabemos que la jurisdicción *no es cosa que se tiene* (calidad o propiedad) sino que *es algo que se hace*[104] (acto), ello significa que

[101] Tener presente que la competencia puede ser consentida. Así que aquí se habla de *competente para el caso*.
[102] Ya se verá oportunamente que, cuando la sentencia no es legítima, puede caer hasta el efecto de caso juzgado.
[103] En forma casi textual repiten la frase todos los códigos con raíz hispana: ver, por ejemplo, CPC de Santa Fe, *art. 248*: "Pronunciada y notificada la sentencia, concluye la jurisdicción del juez respecto del pleito, con excepción de los incidentes seguidos en pieza separada. Pero podrá..."
[104] Recordar todo lo explicado acerca del tema en el Capítulo 9.

cesa de ahí en más toda posible actividad jurisdiccional del juez sobre el tema litigioso.

Pero atención: la cesación no va más allá de la cuestión decidida y siempre queda al juez, aun luego de notificada su sentencia, el deber de resolver impugnaciones de aclaratoria; de aceptar pretensiones cautelares y todas las variantes que pueden presentarse alrededor de ellas (levantamiento, sustitución, ampliación, reducción); de proveer recursos de alzada, concediéndolos o denegándolos y, en el primer caso, de establecer el modo y el efecto con el cual los concede; de ejecutar la sentencia si es susceptible de ello; de declarar rebeldías posteriores a la emisión de la sentencia (por ejemplo, caso de muerte de una de las partes), etcétera.

1.5.3. El efecto de la declaración de certeza del derecho aplicable a la relación jurídica litigiosa

Ya se ha visto en los Capítulos 8[105] y 28[106] que, en general, todas las sentencias ostentan carácter *declarativo* en razón de que, para otorgar el juez certeza a las relaciones jurídicas discutidas en litigio, es menester que

1) acepte la existencia de los hechos controvertidos;

2) determine luego la norma jurídica general y previa que los rige;

3) considere después la razonabilidad de aplicar ésta a aquéllos, y

4) decida si cabe acoger o rechazar la pretensión deducida en juicio por el actor, todo a tenor de lo que acabo de expresar.

Y estas actividades son puras *declaraciones* respecto de los hechos, del derecho y de lo pretendido, resistido y debidamente confirmado a base de ambos.

Eso es, precisamente, lo que determina la naturaleza *sustitutiva* que individualiza inconfundiblemente a la actividad jurisdiccional, según se ha visto en el Capítulo 9: en este caso se trata de una sustitución de carácter *intelectivo*.

Y esa declaración, considerada ahora genéricamente, es lo que otorga certeza definitiva a la relación jurídica discutida que, desde ahora y

[105] Al explicar la clasificación de las posibles pretensiones deducibles en juicio.
[106] Al tratar la clasificación de las sentencias.

gracias al siguiente efecto de *caso juzgado*, no podrá ser discutido útilmente más adelante.

Finalmente: un tema que ha preocupado mucho tiempo a la doctrina es el de si la declaración contenida en la sentencia de condena[107] constituye una *novación*[108] respecto del derecho obligacional afirmado en la demanda.

Y ello porque, entre otras cosas, a partir de la sentencia nace un nuevo plazo de prescripción, no ya del derecho pretendido sino del sentenciado, que será siempre de diez años sin importar para nada cuál era el plazo de aquél[109].

La importancia del tema radica en que, a partir de la respuesta que se le dé, se dirá que el juez crea o no derecho, cosa que todavía divide al pensamiento filosófico.

Por mi parte, estimo que la cuestión debe plantearse de otra manera. Para ello, debe tenerse en cuenta: por un lado, que es obvio que el juez muchas veces crea el derecho (por ejemplo, cada vez que no encuentra norma en la legislación positiva que regule el caso a sentenciar y, por expreso mandato de la ley, debe crear la que regule el caso, pero a partir de los principios generales del derecho)[110]. Por el otro lado, que nuestro sistema continental romanista parte del presupuesto de la existencia y vigencia de una ley previa y escrita por el legislador, que los jueces deben respetar: no se trata de que hagan lo que quieran al margen de la normativa que los vincula sino de aplicarla a base de ciertas reglas: las de Código Civil, artículo 16.

Por eso es que creo que lo que aquí se exhibe no es una novación sino la declaración de la existencia de un derecho anterior, sólo que expre-

[107] Es el único supuesto que posibilita discusión, toda vez que la sentencia mere declarativa y la constitutiva de derechos no son ejecutables mediante constricción.
[108] Código Civil, *art. 801*: "La novación es la transformación de una obligación en otra".
[109] La sentencia de condena al pago de una indemnización por daño causado por culpa prescribe a los diez años (Código Civil, art. 4023) en tanto que el plazo de prescripción para reclamar esa condena es de dos años (art. 4037).
[110] Texto expreso de Código Civil, *art. 16*: "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".

sada en una norma jurídica individual y concreta –por eso es *nueva*–, en razón de que fue desconocida o discutida por los interesados la norma previa, general y abstracta.

Y eso lo hace el juzgador en su obvia calidad de *normador secundario*, haciendo uso de las facultades que le confirió al efecto el normador primario: el legislador.

De tal modo, cuando la sentencia declara en el presente lo que ocurrió en el pasado y le da certeza, genera una nueva norma –que no es ni puede ser novación– que ordena qué debe hacerse en el futuro, pero con una fuerza mayor que la de la propia ley, en razón de que ahora contiene órdenes con nombre y apellido[111]. Y es esta norma en concreto la que no puede volver a ser discutida y, por ello, la que puede ser ejecutada. Y ahora con nueva prescripción.

1.5.4. El efecto temporal de las diversas clases de sentencia

Ya se ha visto que la sentencia declarativa[112] puede ser:

1) de mera o simple declaración de derecho hasta ahora incierto[113];

2) de condena al pago de una prestación determinada[114], que se presenta como la más utilizada en la función judicial (tanto, que durante muchísimos años toda la doctrina referida a la *sentencia* se hizo a base de ella, con olvido de los demás vistas precedentemente);

[111] Si el Código Civil, 1323 dice que el comprador debe pagar el precio de la cosa adquirida y recibida de manos del vendedor, la nueva norma contenida en la sentencia ha de decir: porque Pedro compró a Juan, recibió de sus manos la cosa comprada y no le pagó el precio acordado, debe ahora pagarle la suma de tantos pesos en el plazo de... Y ésta es la importancia de la sentencia: ha individualizado el mandato genérico de la ley...

[112] Recuérdese que *todas* las sentencias son declarativas: también las constitutivas y las de condena.

[113] Integra este elenco de sentencias la que rechaza la demanda civil o absuelve al reo penal, ya que, en definitiva, ella declara la inexistencia de los hechos o del derecho alegado por el respectivo pretendiente.

[114] Téngase presente que este tipo de sentencia siempre declara la existencia de un derecho; y que, a veces, constituye un nuevo estado jurídico (el del acreedor de daños y perjuicios, por ejemplo) y, además, condena al cumplimiento de una prestación positiva (dar o hacer) o negativa (no hacer, abstenerse).

3) de constitución de derechos o de nuevos estados jurídicos[115] y de determinación de derechos[116];

Por obvias razones, los disímiles contenidos de lo diferentes tipos de sentencias hacen que sus respectivos efectos corran sólo hacia el futuro (*ex nunc*)[117] o se retrotraigan al pasado (*ex tunc*)[118].

Como se ve, el problema es ajeno e independiente del que genera el fenómeno del *caso ya juzgado*: aquí se trata de establecer cuándo una sentencia puede tener efectos retroactivos respecto de la fecha de su emisión.

Veamos ahora el tema desde la óptica de cada tipo de sentencia.

1) *declarativas en general*: retrotraen sus efectos hacia el pasado y más allá de la fecha de la demanda judicial. Y ello en razón de que se concretan a declarar la existencia o inexistencia de un derecho haciendo cierto lo que era incierto. Como se ve, poseen una naturaleza de carácter puramente *documental*[119-120];

[115] Son las que, además de declarar la existencia de un derecho, crean o modifican o sustituyen o extinguen un estado jurídico. A este tipo de sentencia pertenece la que se dicta en el juicio de divorcio, de nulidad de matrimonio, de separación de cuerpos, de separación de bienes (adviértase que nada de esto se puede lograr sin demandar judicialmente al efecto), etcétera. Y también para resolver un contrato de locación antes de su vencimiento por incumplimiento del locatario de alguna de sus obligaciones, etcétera.

[116] De no muy antigua data, la doctrina incluye en este tipo de sentencia a las que denomina *determinativas* o *especificativas*, mediante las cuales se establecen condiciones para el ejercicio de un derecho o de una actividad (por ejemplo, cómo debe actuar el administrador de una herencia, cómo debe efectuarse un régimen de guarda compartida de menores o de visita), cómo deben distribuirse ciertos bienes (fondos hereditarios, cómo cumplir un legado, etcétera).

[117] En latín, *ex* significa, entre otras varias acepciones, *punto de partida* o *desde* o *momento inicial*; y *nunc*, es adverbio que quiere decir *ahora*. De donde el sintagma significa *desde ahora*.

[118] *Tunc* significa *entonces, en aquel momento*. Dada la significación de la preposición *ex* dada en la nota anterior, este sintagma quiere decir *desde entonces, desde aquel momento*.

[119] Si bien se mira, la esencia del derecho sentenciado queda tal cual era antes de la sentencia.

[120] La mayoría de la doctrina enrola a la sentencia que declara la usucapión dentro de este tipo de pura declaración. Yo creo que eso es un error, pues, si bien la sentencia declara que hubo *posesión* por el lapso fijado en la ley –tenencia acompañada de *animus domini*– (para eso es el juicio), la propiedad no se adquiere sin más sino porque el

2) de *condena*: retrotraen sus efectos sólo hasta la fecha de la demanda judicial o arbitral. El tema ha producido graves cavilaciones a la doctrina, discurriendo los autores acerca de que es de estricta justicia que este tipo de sentencia tenga el mismo exacto efecto de las sentencias declarativas en razón, precisamente, de que es una de sus subespecies. Y el ejemplo que se pone desde siempre para ello es el del que recae ante una pretensión de reparación de daños por responsabilidad aquiliana[121]. Sin embargo, creo que desde la lógica se impone el criterio expuesto en el texto: al fin y al cabo, si el interesado no demanda sino hasta cuasi vencer el plazo de la prescripción, por ejemplo, la eventual pérdida de curso de intereses se deberá a su propia incuria. Y eso es lo que acepta la teoría de los propios actos, plenamente aplicable al caso;

3) *constitutivas*: no tienen efecto retroactivo, por lo que sólo se proyectan hacia el futuro. Y ello es de toda obviedad, habida cuenta de que el nuevo estado jurídico nace recién a partir de la sentencia firme, por lo que sus efectos deben correr necesariamente desde allí en adelante (piénsese en el caso de la constitución del estado de *divorciado* o de *insano*: ¿no es de toda razonabilidad sostener que se es tal a partir de la sentencia y no antes?).

Pero las cosas no son tan sencillas cuando una misma sentencia ostenta los tres caracteres ya vistos, cual ocurre con la que recae en cualquiera pretensión de reparación de daño causado por culpa (responsabilidad aquiliana): es *declarativa* en cuanto da certeza a la circunstancia de haber acaecido en la realidad un hecho productor de daño y aceptar su relación de causalidad con el daño producido; es *constitutiva* en cuanto, al aceptar como buena la imputación jurídica efectuada por la víctima frente a su victimario, lo constituye en deudor de una in-

juez *constituye* al poseedor en calidad de propietario, aunque no lo diga expresamente. Y lo será frente al anterior dueño a partir de la sentencia firme que así lo declare, y no antes (esto es obvio: si la cosa se adquiere, por ejemplo por avulsión, se pierde para el dueño original). Y frente a terceros, desde que la sentencia se inscriba en el respectivo Registro de la Propiedad Inmueble.

[121] Y, así, se dice que si la sentencia carece de efecto retroactivo al día del hecho dañoso, por ejemplo, en un proceso que dura muchos años, el deudor puede llegar a pagar sólo con los intereses devengados desde tal fecha y con anterioridad a la de la demanda, con lo cual el transcurso del tiempo juega en contra de la víctima a quien le asiste la razón.

demnización que, nótese bien, no debía antes de ser declarado como tal; finalmente, al establecer el *quantum* del daño, lo *condena* a pagar al *recién ahora* acreedor. Tanto es así esto que, por ejemplo, una víctima de un accidente de automóvil que no ha obtenido sentencia aún, carece de todo derecho a pedir la quiebra de su afirmado deudor: precisamente, porque ambos son acreedor y deudor en simple expectativa.

Ante este problema, toca al juez decidir cuál de los tipos de sentencia ya reseñados es el que debe prevalecer en la especie para, por ejemplo, establecer el comienzo del curso de los intereses.

Repárese en que si la sentencia que condena a pagar una indemnización es preferentemente *declarativa* que *constitutiva*, el curso de los intereses podrá correr desde la fecha de promoción de la demanda, o, más aún para muchos autores, desde la fecha misma del hecho causante del daño; en cambio, si es preferentemente *constitutiva* que *declarativa*, el curso de los intereses habrá de correr desde la fecha de la sentencia en adelante[122].

1.5.5. El efecto del caso ya juzgado

1.5.5.1. El concepto

En el Capítulo 12 computé, como uno de los posibles *principios procesales*, el que nombré como de *transitoriedad del proceso*.

Y lo expuse como tal porque, aunque éste no es un mal en sí mismo que a toda costa deba ser evitado[123] sino un remedio para erradicarlo,

[122] Esta explicación escandaliza a la gente que, acostumbrada desde hace años a ver cómo los jueces hacen correr los intereses correspondientes al daño moral, a partir de la fecha del hecho causante del daño; el de los daños materiales emergentes, a partir de la fecha en la cual cada daño se produjo (por ejemplo, la del día del pago al mecánico por la retribución por su trabajo de reparar el automóvil); el de los correspondientes al de lucro cesante, a partir desde que cada lucro se produjo. Como es sencillo de comprender, liquidar intereses con fórmulas tan dispares y que, a su turno, pueden ser de fechas muy diferentes dentro de cada grupo, no es tarea fácil y, por ende, susceptible de generar más litigios. De ahí que haya afirmado antes de ahora que debe prevalecer el carácter constitutivo antes que el declarativo y, así, establecer sólo *un* curso de intereses. El problema relativo a la eventual injusticia que ello puede ocasionar al acreedor se arregla fácilmente estableciendo en cantidad mayor la tasa a la cual se calcularán.

[123] Cual lo enseñaba Klein.

parece claro que no puede abusarse de él como tal y tolerar, por ejemplo, una discusión circular que mucha gente haría desaprensivamente durante toda una vida para satisfacer un difuso *ánimus querulandi*[124], tan en boga en muchos de nuestros países.

Por eso es que la ley admite la existencia de un grado judicial de control ordinario (acerca de hechos y de derecho) y, a veces, otro de carácter extraordinario (acerca de la constitucionalidad de la sentencia impugnada). Pero en algún momento –y grado más o grado menos– hay que ponerle un punto final a la discusión e impedir que renazca en lo sucesivo[125].

Y ese final se logra con:

1) la sentencia de cualquier grado de conocimiento judicial consentida por los interesados;

2) la sentencia que no admite recurso alguno que pueda permitir el control de su contenido (generalmente, es la que emite el último tribunal de la cadena de competencias judiciales de alzada);

3) la transacción[126] de bienes litigiosos[127], una vez presentada al juicio[128].

[124] Conozco varios casos judiciales en los cuales sus protagonistas litigaron durante casi toda su vida. Hablo, por cierto, de pleitos de más de treinta años... Que no es poco.

[125] Ya apunté en el Capítulo 18, punto 3 que "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 ni sistemática, se advierte que todo ordenamiento positivo debe partir de algunas premisas básicas: 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 tuvieren 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..."

[126] Según Código Civil, *art. 832*, "La transacción es un acto jurídico bilateral, por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas".

[127] Recuérdese que la transacción es una de las formas que presenta la conciliación (ver el Capítulo 1) y que es alternativa del proceso como medio de solución de conflictos.

[128] Conforme con Código Civil, *art. 850*, "La transacción extingue los derechos y obligaciones que las partes hubiesen renunciado, y tiene para con ellas la autoridad de la cosa juzgada".

En suma: todo ello es lo que logra ese efecto del *caso ya juzgado* que la doctrina menciona desde siempre como de *cosa juzgada*[129], sin reparar en que se juzgan *casos* y no *cosas*.

Conforme con estas ideas, ya puede decirse que el efecto del caso juzgado implica dos cosas:

1) que no pueda discutirse nuevamente acerca de un *mismo* hecho y de la *misma* imputación jurídica que el actor hizo a base de él (*causa obligacional*) entre las *mismas* personas que ya lo discutieron en un proceso terminado por sentencia.

Si bien se mira, este efecto no consiste en que no pueda ser demandada la misma pretensión ya sentenciada[130] –cual lo dice erróneamente abundante jurisprudencia– sino el de que no se abra una nueva discusión a los mismos fines, ni en el mismo proceso ya terminado ni en otro que se intente en el futuro.

De ahí que no haya posibilidad de revisión de lo juzgado cuando se quiera ejecutar la condena contenida en el pronunciamiento judicial[131];

2) que la parte que ha logrado la declaración judicial de su derecho puede obrarlo sin que sea lícito a juez alguno el rehusarse a aceptarlo, pues no le está permitido desconocer esa decisión.

A tal punto esto es cierto, que los códigos conocidos establecen el *deber* de todo juez de "declarar la existencia de cosa juzgada" (y de litispendencia por identidad), aun sin pedido de parte[132] y con sólo conocer tangencialmente el tema[133].

[129] El sintagma da plena idea de que un objeto cualquiera ha sido materia de un *acto de juicio* o de *juzgamiento*. Pero jurídicamente es algo más: una forma de ejercer la autoridad con eficacia. A tal punto es así, que en latín se decía *res judicata*: lo ya decidido. En alemán, la idea se expresa con los vocablos *recht* (derecho) y *kraft* (fuerza): fuerza legal o fuerza del derecho o de la ley.

[130] Cosa que obviamente hará el actor tantas veces como quiera y que el demandado parará con la mera interposición de la *excepción de caso juzgado*.

[131] Esto se conoce en doctrina con el nombre de *efecto negativo*.

[132] Por ejemplo, CPC de Santa Fe, *art. 141*: "La cosa juzgada y la litispendencia pueden ser alegadas por las partes en cualquier estado y grado del proceso. Deben también ser suplidas de oficio..."

[133] Si bien se mira, ésta es una forma de hacer valer un saber personal del juez, respecto del cual he postulado en el Capítulo 22 la prohibición de su aplicación en juicio. Pero aquí no se trata de suplir una prueba de parte sino de evitar un litigio que, de continuar, puede producir caos jurídico.

Por otra parte, ya se ha dicho repetidamente en esta obra que el importantísimo principio que se conoce con el nombre de *seguridad jurídica* enseña que no pueden subsistir dos pretensiones basadas en el mismo hecho causal, no importa al efecto si ellas son antagónicas o concurrentes, toda vez que ambas podrían generar pronunciamientos judiciales contradictorios, con todo el caos que esto puede ocasionar.

Y cuando ello ocurre *contemporáneamente*, surge la posibilidad de hacer dicha eliminación por la vía de la declaración de litispendencia (por identidad) (ver el Capítulo 21). Cuando aparece *sucesivamente* (una discusión luego de estar sentenciada la anterior), se da la posibilidad de declarar la existencia del *caso ya juzgado*.

En ambos supuestos, una de las pretensiones debe caer a fin de dejar subsistente sólo una, sentenciada o no. Pero sólo una.

Ya puede decirse, entonces, que el *caso juzgado* es el efecto que genera una sentencia al otorgarle autoridad y eficacia a lo decidido en ella, siempre que no exista posibilidad fáctica de modificarla por medio de alguna vía útil de impugnación.

Históricamente se ha tratado de justificar la vigencia de este efecto viéndolo desde la óptica del derecho civil y del derecho procesal, con diferentes teorías que tratan de explicarlo.

Y a estos fines se ha dicho que es una

- ficción de verdad, y
- una presunción de verdad[134], y
- una declaración auténtica de derechos subjetivos, y

[134] La idea de *presunción* ha sido tomada por varias leyes (por ejemplo, Códigos Civiles de Italia, art. 1351 y de España, art. 1251), y en todos los casos no admite prueba en contrario por estar legislada como *jure et de jure*. Si es así –y así debe ser en orden al mantenimiento de la paz– la presunción no puede ser discutida en proceso posterior, precisamente por no admitir prueba en contrario. Sin embargo, desde antaño se permite esa posibilidad mediante lo que se conoce como *recurso de revisión*, admitido tanto en lo penal como en lo civil. Claro está que en muy puntuales y extremos casos, como los que se exponen en el Capítulo 30 y a los que me referiré luego.
Sin perjuicio de todo ello, destaco que ésta constituye la doctrina dominante en el pensamiento procesal, pero no creo que por la posibilidad de ser sostenida con absoluta lógica sino por su añeja subsistencia en los textos legales y en las obras que explican el tema.

- una derivación del llamado contrato judicial, y
- una efectiva tutela de los derechos privados, y
- una posesión aparente del derecho, etcétera.

Por mi parte, creo que nada de esto resulta de utilidad, pues es manifiesto que una sentencia que nada tiene que ver con la verdad[135] puede alcanzar también este efecto.

La explicación debe hacerse, entonces, a partir de aceptar el fenómeno del caso juzgado como una consecuencia lógica de una necesidad de contar con la plena certeza de las relaciones jurídicas en algún momento inciertas o discutidas y, por supuesto, de la mayor necesidad de mantener una perpetua paz social.

Así vista la cosa, resulta clara la naturaleza *política* y no jurídica de este efecto. Sus fundamentos así lo indican incontrovertiblemente y tanto que, en rigor, el tema tendría que ser estudiado en otra asignatura (Derecho Constitucional o Derecho Político, que son los que regulan la convivencia) y no en la Procesal, donde sólo corresponde tratar sus aplicaciones prácticas, que se reducen a eliminar a uno de los litigios cuando hay dos acerca del mismo hecho[136].

Con esta concepción creo que pierde vigencia toda justificación en otra consideraciones como las ya vistas *supra*.

1.5.5.2. La clasificación del caso juzgado

Se dice habitualmente que el efecto propio del caso juzgado puede ser material o meramente formal.

1) El efecto *material* refiere a la imposibilidad de reabrir la discusión en *nuevo expediente* incoado a tal fin: precisamente a este concepto es que se aplica todo lo antes apuntado.

[135] Y creo haber demostrado ya en el Capítulo 22 que el valor *verdad* no es preponderante para el Derecho. Pero la insistencia del sistema inquisitorial respecto del tema es lo que creo ha generado la discusión que subsiste hasta hoy. Y recuérdese que se dice desde antaño que "la cosa juzgada hace de lo blanco, negro: origina y crea las cosas; transforma lo cuadrado en redondo; altera los lazos de sangre y cambia lo falso en verdadero". Y todo esto realmente puede ocurrir. Pero, como se dirá luego en el texto, será un fin no querido del derecho.
[136] No otra cosa es la excepción de caso juzgado.

Por eso es que la *materialidad* está siempre ligada al contenido de la sentencia en función de su congruencia con el litigio decidido en ella.

Y dado este concepto, sus caracteres son dos: la *inmutabilidad*[137] (o la definitividad[138], o indiscutibilidad[139], o intangibilidad[140]) de lo sentenciado y la *ejecutoriedad*[141] (o coercibilidad[142]) mediante constricción en las personas o cosas de la condena contenida en la sentencia que ostenta tal efecto.

La *inmutabilidad* (o sus sinónimos) significa, tal como lo adelanté en el párrafo anterior, que no puede ser revisada mediante nueva y recurrente discusión. Ya algo he adelantado acerca del tema: la sentencia puede ser injusta en cuanto la decisión contenida en ella se aparta, por ejemplo, de la regla general de justicia que debe regir el juzgamiento de las pretensiones sentenciadas. Pero así y todo, se considerará justa a los efectos de la imposibilidad de ser reabierto su debate.

Pero adviértase que este carácter de inmutable es rigurosamente exacto sólo en tanto una de las partes del proceso quiera sostenerlo frente a la otra, ya que nada impide que *ambas partes* que litigaron acerca de materia transigible y que obtuvieron una sentencia con este efecto dispongan de común acuerdo dejarlo de lado y hacer cosa diferente a la ordenada en la dicha sentencia[143].

La *ejecutoriedad* será explicada *infra*.

[137] El sustantivo *inmutabilidad* significa, precisamente, lo ya apuntado en el texto: imposibilidad de cualquier cambio o alteración.
[138] Que es inamovible.
[139] Que no se puede discutir, por ser evidente.
[140] Inconveniencia de ser modificado o atacado. Tal vez ésta sea la palabra que mejor revela la esencia del fenómeno: es *inconveniente* para la paz social el que la sentencia firme pueda ser modificada.
[141] La voz *ejecutoriada* refiere a la sentencia inferior que ha sido confirmada por un tribunal superior. Pero también a la que es susceptible de ejecutoria o de ejecución. Es en este sentido que aquí se menciona este efecto desde antaño: tanto que la sentencia es un título *ejecutorio* para diferenciarlo del título *ejecutivo* (el que también puede ser ejecutado, pero sin ser sentencia).
[142] Que puede ser coercido u objeto de coerción: acción de reprimir por la fuerza.
[143] Aquí es donde se ve, a mi criterio, todo lo relativo de las discusiones efectuadas acerca de la naturaleza del fenómeno del caso juzgado: tanta autoridad no puede serle adjudicada ya que es fácilmente desconocida por la simple voluntad acorde de *ambos* litigantes.

2) El efecto *formal* refiere siempre a la imposibilidad de reabrir la discusión en el *mismo expediente* en el cual se produjo, pero permitiendo hacerlo en uno posterior.

Se trata, a la postre, de una suerte de gran *preclusión*[144] que rige sólo dentro del proceso y abarca todas las decisiones interlocutorias en general y las sentencias que pueden ser ejecutadas aun estando pendiente algún recurso de alzada.

Además, esta calidad de *formal* la gana el efecto de caso juzgado emergente de toda sentencia dictada en juicio ejecutivo, por ejemplo, que tolera pleito posterior acerca de lo que no pudo ser materia de discusión en él y no de lo que, estando permitido, no fue discutido (ver el Capítulo 29).

1.5.5.3. Los límites subjetivos del caso ya juzgado

El tema enseña quiénes son las personas respecto de las cuales se extiende la autoridad y los efectos propios del caso juzgado. En otras palabras; se trata aquí de establecer quiénes son las personas que no pueden discutir nuevamente lo sentenciado luego de generado este efecto.

Por de pronto, es obvio que alcanza a todas las partes intervinientes en el proceso y respecto de las cuales fue dictada la sentencia[145]. De ahí que, en principio, no aprovecha ni perjudica a terceros ajenos a ella.

Sin embargo, muchas veces hay relaciones jurídicas que trascienden la mínima esfera de los propios litigantes y ello genera lo que se denomina *efecto reflejo* o *indirecto* o *de hecho del caso juzgado*[146]. A raíz de ello

[144] La palabra *preclusión* deriva del latín *præclusio*, que significa impedir, cerrar o cortar el paso. Fue introducida al lenguaje procesal por Chiovenda en 1936 para significar que con este efecto no se puede volver atrás por estar cerrado el posible camino al efecto. Ya se ha dicho en el Capítulo 13 que la preclusión significa la pérdida de una facultad procesal que se origina: 1) por el vencimiento del plazo acordado para realizar alguna actividad; 2) por la realización válida de dicha tarea antes de vencer el respectivo plazo; 3) por la realización de alguna actividad incompatible con la intención de impugnar una sentencia.
[145] Hayan comparecido efectivamente al proceso o hayan sido declaradas rebeldes.
[146] CPC de Santa Fe, *art. 249*, primer párrafo, dispone que "La sentencia sobre relaciones civiles no afecta sino a los litigantes y sus herederos y a los que sucedan en el derecho litigado durante el pleito o después de fenecido".

hay personas que, sin haber litigado en el proceso en cual se emitió la sentencia que ganó el efecto de marras, son también alcanzadas por él[147].

En este orden de ideas, las razones que explican la extensión de los efectos el caso juzgado a ciertos terceros parten de casos de sucesión de derechos y de conexión por el hecho causal existente entre una de las partes y algunos terceros. Y es ya valor entendido por todos que, entonces, tales efectos alcanzan a:

1) los *sucesores universales*. Aquí cabe distinguir entre:

1.1) *personas físicas*: pueden invocar a su favor la calidad de caso juzgado de la sentencia que se haya dictado a favor del causante. Pero en caso contrario –sentencia adversa al causante– sólo afecta a los sucesores en la medida que establece el Código Civil, artículo 3371[148];

1.2) *personas jurídicas*: el nuevo ente adquiere de una vez todos los derechos y obligaciones de la persona disuelta a la cual sucede y, por tanto, le alcanza cualquiera sentencia dictada a favor o en contra de ella;

2) los *sucesores singulares* de las partes respecto del derecho que se encuentra actualmente litigioso: la extensión refleja del efecto de caso juzgado se determina en tanto el sucesor de que se trate (adquirente o cesionario) haya tenido posibilidad cierta de intervenir en el respectivo pleito, o como parte sustituyente (ver el Capítulo 18) o como tercero asistente (ver ídem)[149] o, en su defecto, que el bien adquirido

[147] Ya se ha visto en el Capítulo 18 que esa circunstancia es, precisamente, la que autoriza la intervención de terceros interesados en el litigio que se lleva en un proceso pendiente.

[148] Su texto dice: "El heredero que acepta la herencia con beneficio de inventario, está obligado por las deudas y cargas de la sucesión sólo hasta la concurrencia del valor de los bienes que ha recibido de la herencia. Su patrimonio no se confunde con el del difunto y puede reclamar como cualquier otro acreedor los créditos que tuviese contra la sucesión".

[149] Recuérdese que casi todas las leyes procesales condicionan la extromisión del cedente y la consecuente presencia del tercero en el pleito a la conformidad expresa de la parte contraria. Así, CPC de Santa Fe, *art. 28*: "Si durante la tramitación del proceso cambia la persona a la cual pertenece el interés en litis por otro título que no sea la muerte o extinción de aquélla, la que intervino al comienzo conservará su calidad de parte y sus obligaciones en el pleito seguirán siendo las mismas, salvo conformidad expresa de la contraria. El cesionario podrá actuar siempre como tercero coadyuvante". De la misma forma, CPC de la Nación, *art. 44*: "Si durante la tramitación del proceso una

estuviera anotado como tal en el Registro respectivo. Igual solución cabe para los legatarios.

3) los sustitutos procesales (ver el Capítulo 18)[150-151].

Lo dicho hasta aquí vale plenamente también para los laudos arbitrales.

Como se ha visto hasta aquí, importa sólo la identidad jurídica de la persona y no la meramente física.

Al margen de los principios generales expuestos, y en razón de la especial naturaleza de ciertas relaciones jurídicas, en situaciones muy puntuales las leyes extienden a veces los efectos del caso juzgado a ciertos terceros aunque no hayan intervenido en el respectivo proceso: como ejemplo, los que se hallan en Código Civil, artículos 715[152], 1847[153], 1855[154] y 2877[155].

Por otra parte, no conozco leyes actuales que refieran precisamente al tema y con detallado acopio de casos que ilustren de manera adecuada

de las partes enajenare el bien objeto del litigio o cediere el derecho reclamado, el adquirente no podrá intervenir en él como parte principal sin la conformidad expresa del adversario..." Ambos, con claro origen en el CPC de Italia, art. 111.

[150] Pero atención: no más que a ellos.

[151] Esta construcción doctrinal que conduce a un *sistema* procesalmente coherente, se ve muchas veces entorpecida por la normativa vigente que, sin comprender el fenómeno que legisla, traba en lo procedimental lo dispuesto en leyes de fondo. Esto no es cosa mía sino de Dante Barrios de Ángelis, uno de los más grandes procesalistas de América que, no obstante haber construido una brillante y total explicación sistémica de la asignatura, nunca ha sido recordado lo suficiente y, particularmente, en su propio Uruguay. Ver al respecto su trabajo *Límites subjetivos de la cosa juzgada e intervención de terceros*, en *Revista de Estudios Procesales*, Rosario, 1970, Nº 3, p. 3.

[152] Su texto dice: "...la cosa juzgada recaída en juicio es invocable por los coacreedores, pero no es oponible a los codeudores que no fueron parte en el juicio. Los codeudores pueden invocar la cosa juzgada contra el coacreedor que fue parte en el juicio".

[153] Su texto dice: "La reversión [de la donación] tiene efecto retroactivo. Hace de ningún valor la enajenación de las cosas donadas, hecha por el donatario o sus hijos, y los bienes donados vuelven al donante libres de toda carga o hipoteca, tanto respecto al donatario como respecto de los terceros que los hubiesen adquirido".

[154] Su texto dice: "Cuando la donación ha sido de bienes inmuebles, y en el instrumento público están expresadas las cargas impuestas por el donante, la revocación de la donación anula las enajenaciones, servidumbres, e hipotecas consentidas por el donatario".

[155] Su texto dice: "La sentencia que el usufructuario hubiese obtenido, tanto en el juicio petitorio como en el posesorio, aprovecha al nudo propietario para la conservación de los derechos sobre los cuales debe velar; mas las sentencias dadas contra el usufructuario no pueden ser opuestas al nudo propietario".

a los juzgadores. Lo que revela una vez más la poca importancia que los legisladores del presente prestan a la experiencia, tanto vertical como horizontal, que puede ser analizada mediante el simple estudio de la historia de cada institución y del derecho comparado.

Y traigo esto a colación, pues hay leyes aisladas, cual el CPC de Uruguay, artículo 218[156], que añaden –y bien– a dicha nómina a los:

"3) codeudores solidarios y a los

"4) titulares del dominio desmembrado cuando se refiere a un desmembramiento que no es el propio respecto del bien".

Finalmente, la misma norma citada hace hincapié en que "los socios, los comuneros, los terceros de cuyos derechos despenden los de las partes, aquellos cuyos derechos de éstas o del acto o del contrato cuya validez o eficacia ha sido juzgada, *son terceros a los que alcanza la cosa juzgada solamente si han tenido conocimiento judicial del pleito o si se amparan a la decisión en la primera oportunidad de que dispongan.* También comprenderá a los que pudieron conocer de la cuestión debatida en el proceso, en virtud de información registral, la hubieren o no solicitado"[157].

El anterior código del mismo país era más detallado[158].

[156] A partir de lo normado en su Código Civil, *art. 1601*: "La presunción legal es la inherente a actos o hechos determinados por una disposición especial de la ley. Tales son, entre otros [...] 3º) la autoridad que la ley le atribuye a la cosa juzgada..."

[157] Destaco aquí lo que dice la norma, aunque no estoy de acuerdo con ella, pues impone una carga diabólica al interesado.

[158] El CPC de Uruguay, *art. 479*, establecía: "La sentencia debe concretarse en su literal disposición a las partes que litigan. Puede tener efectos legales en contra o en pro de terceros en ciertos casos como los que aquí se enumeran:

"a) *sentencias que perjudican a terceros, aunque no hayan tenido conocimiento del juicio*:

"1) la que declara definitiva la posesión interina en el caso de ausencia (Código Civil, arts. 62 y 68);

"2) las obtenidas contra el usufructuario, el usuario o el que tiene derecho de habitación, que afectan al propietario cuando no se trata de la posesión, del derecho de dominio de la finca o de derechos anexos a él (Código Civil, art. 667);

"3) la que declara a uno heredero, en juicio con un legatario o acreedor hereditario, que obliga a los demás legatarios o acreedores (Código Civil, art. 1068);

"4) la que declara la nulidad de un testamento, dada contra el heredero instituido, que perjudica a los legatarios que derivan su derecho del mismo testamento;

"5) la sentencia dada contra el deudor solidario que perjudica a los demás codeudores;

"b) *sentencias que perjudican a terceros que han tenido conocimiento judicial del pleito*:

No obstante todo lo expuesto, la situación varía cuando se trata de sentencias de carácter *constitutivo* que se dictan acerca de cuestiones de:

1) *estado civil* (por ejemplo, la que declara una filiación natural y, así, *constituye* el estado de hijo): parece claro que, en este supuesto, los efectos no pueden quedar dentro de los estrechos límites de las personas que han litigado. Y doy sólo un ejemplo para que se comprenda la afirmación: si la sentencia declara, por ejemplo, que *Juan es hijo de Pedro*, es de toda lógica que, al mismo tiempo, sea hermano de José (también hijo de Pedro) y nieto de Diego (padre de Pedro). Aunque José y Diego no hayan participado del pleito respectivo.

Esta circunstancia ha llevado desde antaño a la doctrina a sostener que, en estos casos, el efecto es *erga omnes*[159]: aquí juega el principio de seguridad jurídica ya mencionado antes y tiene como claro fundamento el hecho de que la nueva situación ha alterado todas las relaciones preexistentes[160].

"1) al acreedor prendario o hipotecario, la que se da contra el deudor, sobre propiedad de la cosa entregada en prenda o afectada con hipoteca;

"2) al comprador, la que se diere contra el vendedor sobre la cosa vendida, y al vendedor la que se diere contra el comprador, cuando citado aquél de evicción en forma de ley, no hubiese salido al juicio;

"3) al marido, la que diere contra el suegro, la suegra o la mujer, sobre los bienes de ésta;

"4) al deudor principal, la que se diere contra el fiador en cuanto queda obligado para con éste, menos en los casos de Código Civil, arts. 2134 y 2137;

"c) *sentencias que aprovechan a terceros, aunque no hayan litigado*:

"1) a aquéllos a quienes perjudican cuando son desfavorables, excepto la que se da a favor del deudor solidario o del fiador sobre nulidad de la deuda o de la fianza (Código Civil, art. 1567);

"2) a los comuneros, sobre cosas de la comunidad, los expedidos a favor de otro comunero;

"3) a los acreedores de la sucesión, la que haya dispuesto la separación de patrimonio o bienes, excepto el caso de Código Civil, art. 1183". Todos los números refieren a la edición de 1914.

[159] *Erga omnes* es locución latina que significa *para con todos* o *respecto de todos*. Se emplea para calificar a los derechos cuyos efectos se producen con relación a todas las personas, diferenciándose así de los que afectan sólo a ciertas y determinadas personas. Por ejemplo, los derechos reales son *erga omnes*, en tanto que los derechos personales son siempre relativos por cuanto se presentan sólo frente al deudor o al acreedor de que se trate.

[160] CPC de Santa Fe, *art. 249*, segundo párrafo, dispone que "La sentencia sobre filiación dictada en pleito entre padre e hijo aprovechará o perjudicará a los demás parientes aunque no hubieran tomado parte en el juicio".

Pero atención: este efecto *erga omnes* se produce recién a partir de la inscripción de la sentencia en el Registro respectivo, única forma que tienen los terceros ajenos al litigio de conocer, aunque fictamente, lo sentenciado en el pleito;

2) *capacidad* (por ejemplo, la que declara insana a una persona y la *constituye en tal*): aquí también la sentencia que se dicte, y cualquiera fuere el sentido de ella, tiene efecto *erga omnes* salvo la alegación de hechos sobrevinientes que pueden autorizar un nueva sentencia sin que se roce para nada la anterior. A estos efectos vale la lectura de los artículos 146[161], 152 bis[162] y 154[163] del Código Civil;

3) nueva *situación jurídica dominial* (por ejemplo, la que declara cumplida una usucapión y *constituye* en propietario al hasta entonces poseedor). Aquí también se dan efectos *erga omnes*, pues el nuevo derecho constituido es de naturaleza real.

1.5.5.4. Los límites objetivos del caso ya juzgado

El tema enseña cuál es objeto sentenciado sobre el cual se extiende la autoridad y los efectos propios del caso juzgado. Y ya he explicado gran parte de él en los Capítulos 8[164] y 23[165].

No obstante, debo ahora reiterar algunas de esas ideas a fin de que el texto guarde una adecuada exposición docente.

Sabido es que toda pretensión implica la afirmación de la existencia de una determinada *relación jurídica*[166]. De tal modo, toda pretensión, al igual que toda relación, admite ser descompuesta para su estudio

[161] Su texto dice: "Tampoco podrá solicitarse la declaración de demencia cuando una solicitud igual se hubiese declarado improbada, aunque sea otro el que la solicitase, salvo si expusiese hechos de demencia sobrevinientes a la declaración judicial".

[162] Su texto dice: "Podrá inhabilitarse judicialmente [...] 3) [...] y se aplicarán, en lo pertinente, las normas relativas a la declaración de incapacidad por demencia..."

[163] Su texto dice: "Para que tenga lugar la representación de los sordomudos, debe procederse como con respecto a los dementes..."

[164] Al tratar la comparación de las pretensiones procesales.

[165] Al explicar la acumulación procesal.

[166] Hablando con sencillez, Don Manuel Ossorio la definía diciendo que "es todo vínculo de derecho entre dos o más personas con trascendencia en el ordenamiento vigente". A los efectos de esta exposición, nos basta con ello.

en los diferentes elementos que la integran y que, desde la Ley de Partidas en adelante, se identifican como *sujetos* (quiénes), *objeto* (qué) y *causa* (para qué).

Al adoptar ese triple enfoque el Código Napoleón, su artículo 1351[167] se convirtió en la norma que marcó rumbos al respecto. Y, para la comprensión final del tema, es imprescindible conocer su texto, que dice: "La autoridad de la cosa juzgada no tiene lugar sino respecto de lo que ha sido objeto del juzgamiento. Es necesario que la cosa demandada sea la misma; que la demanda se funde sobre la misma causa; que sea entre las mismas partes y formada por ellas y contra ellas en la misma calidad"[168].

Ya se ha viso en el Capítulo 8 que hablar simplemente de sujetos, objeto y causa, cual lo hace toda la doctrina, es insuficiente y lleva a error.

Por de pronto, la propia norma citada añade en su último párrafo que *las mismas partes...* deben ostentar *la misma calidad* en las dos relaciones. Y a eso apunté yo cuando sostuve en el mencionado Capítulo que el elemento subjetivo no es unitario sino *binario*: interesa ver en cada caso quién es el sujeto actor y quién el demandado[169].

Pero además, sostuve también que el elemento *causa* debe ser siempre descompuesto en dos de los que podrían denominarse *subelementos:* el *hecho* acaecido en la realidad de la vida y la *imputación jurídica* efectuada por el pretendiente al resistente a base de ese mismo hecho.

Y trabajando desde entonces con cinco elementos (y no con tres), a saber: sujeto actor, sujeto demandado, objeto, hecho causal e imputa-

[167] Cuyo texto reproduce el Código Civil italiano, art. 1351 y el Código Civil español, art. 1251.

[168] El Código Civil argentino carece de norma similar a la transcrita en el texto. Sin embargo, el Codificador la tuvo muy en cuenta, pues la cita implícitamente en la nota a los arts. 1102 y 1103, al defender lo que es el texto de ambos.

[169] Recuérdese el ejemplo: si Pedro demanda a Diego por cumplimiento de un contrato y Diego demanda a Pedro pretendiendo la declaración de nulidad de ese mismo contrato, la identidad de los sujetos es sólo aparente pues, no obstante estar Pedro y Diego en ambas relaciones, se encuentran situados en posiciones diferentes. Y parece obvio que no es lo mismo ser actor que demandado a los fines de determinar la existencia del elemento *subjetivo*.

ción jurídica efectuada a base de él, es que se hicieron en el Capítulo 9 todas las posibles comparaciones de pretensiones y se dijo en qué instituto procedimental finalizaba cada una de las imaginables.

Con tales elementos en la memoria, puede decirse ya que los límites objetivos del caso juzgado se circunscriben, luego de aceptar los dos elementos subjetivos como propios del tema anterior, a los tres restantes de los recién mencionados: 1) cuál es el hecho que ha sido juzgado por haber sido afirmado en la demanda como base fáctica de la pretensión deducida contra el demandado; 2) cuál la implicación jurídica efectuada a base de ese hecho, y 3) cuál el objeto pretendido.

Por eso es que, precisando los límites objetivos del caso ya juzgado, éste alcanza:

1) al *hecho causal* que sirvió de sustento a la pretensión. En función de lo ya expuesto, y más allá de los alcances que la correspondiente declaración tiene respecto de las dos partes que litigan, y en tanto se encuentren en otro litigio posterior en las mismas posiciones procesales, opera reflejamente respecto de todos quienes estén involucrados en el mismo hecho, ya se trate de afinidad, de conexidad causal o de conexidad objetivo-causal (ver el Capítulo 8);

2) a la *imputación jurídica* efectuada por el actor al demandado a base de ese hecho causal. Por esta razón, si bien el efecto reflejo del caso juzgado en cuanto al hecho alcanza a sujetos de pretensiones afines, no puede ocurrir lo propio con las imputaciones jurídicas cuando ellas son diferentes a partir de un mismo hecho causal (que es, precisamente, lo que caracteriza a la afinidad)[170]. Hasta aquí, lo expuesto sirve para explicar cuándo existe *identidad de causa*[171] y, finalmente,

[170] Si frente a un daño provocado por un menor que conduce un automóvil trabajando en él en relación de dependencia es demandado el padre y el patrono, por ejemplo, lo sentenciado acerca de la existencia del hecho respecto de uno tendrá validez frente al otro. Pero jamás podría ocurrir lo mismo con las diferentes imputaciones: ser padre del menor culpable o ser patrono del menor culpable. De ahí que ya he explicado en el Capítulo 8 que uno puede ganar el pleito y el otro no.

[171] Creo que a los fines de explicar este tema, resulta indudable la trascendencia de distinguir entre hecho e imputación jurídica, cual se hace en esta obra a fines de mostrar las bondades de un sistema procesal. Quienes así no lo hacen deben realizar verdaderas piruetas para explicar adecuadamente los alcances objetivos del caso juzgado, como se puede ver en cualquiera obra que trate acerca del tópico en estudio.

3) a la *pretensión* tal cual fue deducida a base de ese hecho y de esa precisa imputación jurídica, de donde resulta que si se pretende hoy una indemnización por daño material y mañana, en otro litigio, una indemnización por daño moral emergente del mismo hecho en el cual se causó el pretendido cobro de daño material, no existirá *identidad de objeto*.

Resta decir que el objeto sobre el cual recae el caso juzgado emanado de sentencia está condicionado a que en ella se haya debatido y probado legítimamente[172] al menos una pretensión litigiosa y que el juez actuante la haya sentenciado con apego a la regla de congruencia[173]. E, insisto, sólo a lo allí debatido, probado y sentenciado. No importa al efecto si el juez acoge o rechaza la pretensión por cuestiones de fondo (por ejemplo, falta de legitimación, de interés jurídico, de prueba regularmente producida acerca de los hechos litigiosos, etcétera).

En cambio, cuando el rechazo de la demanda se funda en la ausencia de algún requisito extrínseco (por ejemplo, falta de agotamiento de la vía administrativa previa, ausencia en el proceso de litisconsortes necesarios que tornan imposible el dictado de una sentencia útil para heterocomponer el litigio, etcétera), nada obsta a que, subsanado el requisito de marras, pueda demandarse de nuevo la misma pretensión. Por lo cual este tipo se sentencia no genera el efecto de caso ya juzgado[174].

[172] Lo que implica que no se han utilizado a estos efectos medios prohibidos expresa o implícitamente por la Constitución, en cuanto ella garantiza la irrestricta vigencia del derecho de defensa en juicio.

[173] Este tema, de fundamental importancia para la determinación del real valor del sintagma *debido proceso*, es desconocido actualmente por la doctrina procesal que se autotitula posmodernista y que sustenta filosóficamente al decisionismo judicial: lo más granado del procesalismo argentino habla en los últimos años de la necesidad de *flexibilizar la congruencia*, en el claro sentido de que el juez puede fallar más allá de lo pretendido, resistido y probado por las partes. Esta crítica, que resulta obvia para cualquier penalista, se pone en tela de juicio en lo civil y cuando el valor en juego en el litigio no es la vida o la libertad de las personas sino el derecho de uno a cobrar de otro el valor de una docena de huevos...

[174] Esto es lo que en Colombia se conoce como *sentencia inhibitoria* o *absolutoria de la instancia*. Entre nosotros, igual ocurría con el *sobreseimiento* cuando no era definitivo y ahora, e inexplicablemente, con la perversa figura de la *falta de mérito*, que ni deja sobreseer ni deja procesar, manteniendo con ello e inconstitucionalmente un difuso y asaz ilegítimo estado de sospecha sobre un particular que nada puede hacer al respecto.

Pero hay más: los efectos objetivos del caso juzgado alcanzan refleja o indirectamente a todas las situaciones que he descrito en el Capítulo 23 y que he denominado como *acumulación impropia:* se trata de todos los supuestos de *prejudicialidad*[175]: precisamente para explicar el tema es que Vélez Sársfield redacta las notas a los artículos 1101[176], 1102[177], 1103[178], 1104[179], 1105[180] y 1106[181] del Código Civil, que he mencionado recién.

Para terminar: se discute en doctrina cuál es la parte de la sentencia a la cual alcanza la calidad de *inmutable*: si a su parte resolutiva o, también, a sus motivaciones.

Creo que la solución es sencilla a partir de la observación atenta de la realidad: en la Argentina, al igual que en casi todos los países de América, una sentencia civil termina diciendo más o menos esto: "*Por tanto, Fallo: haciendo lugar a la demanda y, en consecuencia, condeno al demandado a pagar al actor la suma reclamada más sus intereses y costas dentro del plazo de diez días*".

Por supuesto, esto lo debemos a los legisladores que, entendiendo poco de lo que es un derecho constitucional, se enrolan en la defensa del sistema inquisitivo que ve al proceso como medio de investigación y no como garantía de libertad.

[175] De lo penal a lo civil, de lo civil a lo penal, de lo civil a lo civil y de lo penal a lo penal.

[176] Su texto dice: "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..."

[177] Su texto dice: "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".

[178] Su texto dice: "Después de la absolución del acusado, no se podrá tampoco alegar en el juicio civil la existencia del hecho principal sobre el cual hubiese recaído la absolución".

[179] Su texto dice: "Si la acción criminal dependiese de cuestiones prejudiciales cuya decisión compete exclusivamente al juicio civil, no habrá condenación en el juicio criminal antes de que la sentencia civil hubiere pasado en cosa juzgada. Las cuestiones prejudiciales serán únicamente las siguientes: 1) las que versaren sobre la validez o nulidad de los matrimonios; 2) las que versaren sobre la calificación de las quiebras de los comerciantes". Otro tanto ocurría en lo penal para el juzgamiento del delito de adulterio: se requería sentencia civil firme que declarara el divorcio por dicha causal. Como se ve en todos los casos señalados en esta nota y en las precedentes, el efecto de caso juzgado del objeto sentenciado en lo penal se refleja en lo civil o viceversa.

[180] Su texto dice: "Con excepción de los dos casos anteriores, o de otros que sean exceptuados expresamente, la sentencia del juicio civil sobre el hecho no influirá en el juicio criminal, ni impedirá ninguna acción posterior, intentada sobre el mismo hecho, o sobre otro que con él tenga relación".

[181] Su texto dice: "Cualquiera que sea la sentencia posterior sobre la acción criminal, la sentencia anterior dada en el juicio civil pasada en cosa juzgada conservará todos sus efectos".

Con la simple lectura de esa fallo, resulta claramente imposible contestar una cualquiera de esta preguntas: ¿quién demandó?, ¿a quién demandó?, ¿qué demandó?, ¿cuánto demandó? ¿por qué demandó?

De allí que resulte absolutamente imprescindible la atenta lectura de todas las motivaciones de tal sentencia a efectos de conocer cada uno de los interrogantes planteados. Con lo cual resulta sencillo de concluir que la sentencia *es un todo* que, como tal, adquiere el efecto del caso juzgado y que, por tanto, resulta improcedente discutir acerca de tema tan bizantino[182] cual el que se ha planteado al comienzo del tema.

1.5.6. La ejecutoriedad de la sentencia

El tema refiere a la posibilidad de lograr la ejecución de una condena a realizar alguna prestación de dar suma de dinero, de dar cosa cierta y determinada y de hacer alguna cosa.

Para ello, se considera a la sentencia como un *título ejecutorio* que, como tal, le permite al acreedor incoar un nuevo proceso (llamado de *apremio* o de *ejecución de sentencia*) en el cual el deudor podrá ejercer un derecho de defensa muy limitado en cuanto a los plazos para actuar, las defensas a oponer y los recursos a deducir. Todo ello puede ser visto en el Capítulo 29.

1.5.7. La oportunidad de los efectos

Conforme lo dicho en los parágrafos anteriores, cabe anotar ahora que

a) *cualquiera sea el tipo de sentencia* de que se trate (interlocutoria o definitiva), gana ciertos efectos que se vinculan con el propio juzgador que la dictó y con las partes que la reciben durante el curso del proceso o como objeto de éste.

[182] Refiere a lo que carece de toda utilidad (cual ocurría en Bizancio, donde los sabios discutían acerca del sexo de los ángeles al tiempo que tropas hostiles tomaban la ciudad).

Tales efectos aparecen en momentos diferentes, inmediatamente después de:

a.1) *dictada la sentencia y antes de haberse iniciado el acto de su notificación a las partes litigantes*: el juez conserva la facultad de revocarla[183] o modificarla en la forma que desee, pues, por ahora, la norma contenida en su pronunciamiento está situada en la esfera de su propia intimidad;

a.2) *haberse iniciado el acto de la notificación*[184] *de la sentencia a las partes litigantes y antes de que ellas conozcan la existencia del acto*: el juzgador pierde toda competencia para modificar su pronunciamiento[185], para lo cual ahora se exige pedido expreso de parte interesada al efecto;

a.3) *haber sido notificada la sentencia a una cualquiera de las partes litigantes* (atención: para el nacimiento de este efecto no hace falta que lo hayan sido las dos): concluye para el juez la cuestión litigiosa y pierde automáticamente su competencia[186] para *continuar* (salvo en cuestiones accesorias) o *reabrir* el proceso y para *variar* o *modificar el contenido de la sentencia* (salvo para aclarar conceptos oscuros, subsanar errores o suplir omisiones de la sentencia, todo a pedido de parte)[187];

a.4) *haber sido admitido por el juez un medio cualquiera de impugnación contra su sentencia presentado por alguna de las partes*: se reabre la competencia perdida (ver *supra*, a.2) al sólo efecto de admitir o denegar el medio impugnativo de que se trate y de cumplir luego el procedimiento que corresponda a cada una de esas posibilidades de actuación;

b) cuando la *sentencia adquiere firmeza* por consentimiento de las partes litigantes o por haber agotado los interesados en hacerlo toda la cadena impugnativa que tolere o admita el respectivo pronunciamiento, surge otro efecto de la mayor importancia: se opera la preclusión respecto

[183] Cosa similar rige respecto de toda y cualquiera providencia de trámite. Varios son los códigos que prevén el tema y lo legislan expresamente.
[184] Por emisión de la cédula respectiva.
[185] Ni siquiera por la vía de aclaratoria oficiosa.
[186] En el lenguaje habitual de los códigos se habla erróneamente de *pérdida de jurisdicción*, no de competencia.
[187] Todo lo referente a la impugnación conocida como *aclaratoria* se verá con detenimiento en el Capítulo 30.

del tema resuelto, a raíz de lo cual el proceso avanzará sin poder retrotraerse y deberá cumplirse sin más lo ordenado en tal sentencia;

c) cuando la sentencia que adquiere firmeza es *la definitiva*, se generan otros efectos que le son propios:

c.1) adquiere el carácter ejecutorio del mandato judicial contenido en ella;

c.2) gana la calidad de *caso ya juzgado*[188];

c.3) nace para las partes un nuevo plazo de prescripción liberatoria, el de la *actio judicati*, diferente al propio del hecho que originó la relación causal ya juzgada.

1.6. La prescripción del derecho cierto que contiene la sentencia de condena

Se estudia acá cuál es el plazo antes de cuyo vencimiento el acreedor puede pretender la constricción de la persona o de los bienes del deudor a fin de cobrar la acreencia declarada como cierta en la sentencia que adquirió el efecto de caso juzgado.

Antiguamente, se le daba al tema el nombre de *actio judicati*[189], inaplicable en la actualidad desde que se acepta que la sentencia no produce novación respecto del derecho pretendido en la demanda.

Al menos en la Argentina, el Código Civil no legisla plazo alguno al respecto, de donde resulta aplicable la regla general contenida en su artículo 4023: "Toda acción personal por deuda exigible se prescribe por diez años, salvo disposición especial..."

[188] Ya he explicado *supra* por qué prefiero decir *caso juzgado* (lo que refleja exactamente lo sucedido al cumplirse el objeto del proceso) y no *cosa juzgada* (las cosas no se juzgan sino en función de los actos de las personas).
[189] Se trata de la acción derivada del juicio declarativo. En el procedimiento formulario, la correspondiente contra el demandado que, luego de la condena en juicio, no ejecutaba voluntariamente la sentencia del magistrado.

CAPÍTULO 29

LA EJECUCIÓN PROCESAL

SUMARIO:

1. Concepto de *ejecución*
2. Juicio ejecutivo
   2.1. Antecedentes imprescindibles de conocer
   2.2. Caracteres del procedimiento actual
3. Títulos susceptibles de ejecución
   3.1. Título ejecutorio
      3.1.1. Requisitos
   3.2. Título ejecutivo
      3.2.1. Requisitos
      3.2.2. Enunciación
4. Procedimiento ejecutivo
   4.1. Restricciones a la defensa
   4.2. Efectos de la sentencia
5. Crítica
   5.1. Planteo del tema
   5.2. Propuestas
6. Procedimiento monitorio.

1. EL CONCEPTO DE *EJECUCIÓN*

La voz castiza *ejecución* significa *acción o realización de algo*. Llevada al Derecho, la misma palabra tiene un significado mayor: *hacer algo para constreñir a alguien a realizar alguna actividad de dar* o *de hacer* (en ciertas condiciones que luego se verán)[1].

[1] Recuérdese que con el singular talento que siempre mostró, Sebastián Soler sostenía que las fuentes de las obligaciones están constituidas sólo por todo lo que el hombre dice o no dice y por todo lo que hace o no hace. Así de simple.

A su turno, y cuando se usa con referencia a una persona, *constreñir* significa *obligarla por fuerza a hacer algo*. El resultado de constreñir es el sustantivo *constricción:* obligación para que alguien haga algo.

Si se recuerda la definición clásica que de la obligación civil hacen las *Institutas*, la idea de constricción preside todo el concepto: "la obligación es el vínculo jurídico mediante el cual una persona llamada acreedor puede *constreñir* a otra llamada deudor a la realización de una prestación determinada".

De donde resulta claro que la obligación de no hacer no puede ser constreñible, aunque sí sancionable su incumplimiento (piénsese que la sanción penal, aunque utilizando otras palabras, está presidida por la misma idea).

Por eso es que cuando se genera el concepto de *imperativos jurídicos* del proceso, se menciona a los *deberes*, las *obligaciones* y las *cargas*. En tanto que el deber no es coercible y sí sancionable su incumplimiento y que la carga no es ni coercible ni sancionable, ya que afecta sólo al propio interesado, la obligación es constreñible pero no siempre: sólo en tanto sea de dar (cosa cierta o suma de dinero) pero no lo son las de hacer y de no hacer. Por eso es que, si la de hacer puede ser realizada por un tercero, él la hace a costa del deudor (lo que transforma la obligación *de hacer* en otra *de dar* suma de dinero), en tanto que si no puede ser cumplida por un tercero, en razón de ser *intuitu personæ*, se constriñe indirectamente mediante la imposición de *astreintes*, con lo cual también se convierte en *obligación de dar suma de dinero*. De la misma forma cabe actuar respecto de las obligaciones de no hacer. Como se ve, un sistema funciona de verdad en tanto no sea constante y reiterativamente desinterpretado para relativizar su contenido.

Bueno es recordar ahora conceptos presentados en el Capítulo 1: el uso de la fuerza por parte de los particulares es nocivo para toda sociedad. De ahí su prohibición desde siempre y el excepcional otorgamiento por la ley de una suerte de derecho a dichos particulares para hacer uso de ella cuando los auxilios de la autoridad llegarían tarde para evitar posible daño. Se habla en tales casos de una *fuerza legitimada*[2].

[2] Recuerdo ahora lo expresado en el Capítulo 1: si la *idea de proceso* se vincula histórica y lógicamente con la necesidad de organizar un método de debate dialogal y se recuerda por qué fue menester ello, surge claro que *la razón de ser del proceso no puede ser otra*

No siempre estuvo prohibido el uso de la fuerza: antes bien, lo prohijó el derecho romano antiguo cuando permitía al acreedor atrapar al deu-

que la erradicación de la fuerza en el grupo social, para asegurar el mantenimiento de la paz y de normas adecuadas de convivencia.

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 en el fondo, se halla *legitimada* por el propio derecho. Por ejemplo, si alguien intenta despojar a otro de su posesión, éste puede –para rechazar el despojo– oponer 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 y otorgar seguridad jurídica a las relaciones entre particulares.

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 *ilegítimo* cuando lo realiza un particular;

b) es *legitimado* 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 *legítimo*, por fin, cuando lo 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*.

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*.

dor y conducirlo más allá del río Tíber para, por ejemplo, venderlo y percibir su acreencia con el producido de la venta. Parece claro que no puede pedirse mayor uso de fuerza que ése.

Precisamente contra ello reaccionó la Iglesia Católica para plantear un nuevo concepto de ejecución –ahora, *ejecución procesal*– que, de verdad, nada tiene de *ejecución propiamente dicha*, como se verá en el número siguiente, donde haré una breve reseña histórica de lo acontecido al respecto. Adelanto, por ahora, que ya en el siglo III el sistema cambió y de ahí en más la ejecución sólo se hizo como consecuencia de una sentencia judicial[3].

La consecuencia de todo ello y de la adopción por la legislación española del sistema eclesial es que no existe verdadera ejecución en casi toda América Latina, sino que, muy excepcionalmente y desde hace escaso tiempo, se tolera a algunas entidades privadas bancarias el realizar directamente la actividad secularmente prohibida. Lo que, por cierto, no es bueno para el sistema.

Hasta aquí la presentación primaria del tema.

Creo que ahora cabe señalar que la experiencia sociológica indica que el mandato de la ley, en cuanto impone una conducta concreta de prestación, es habitualmente cumplido por los particulares y por los órganos públicos mediante un acto de voluntad propia, obviamente condicionada y en consideración a dicho mandato.

También indica la experiencia que, en el cúmulo de relaciones obligacionales que se suscitan a diario en una colectividad determinada, es ínfimo[4] el porcentaje de casos de incumplimiento de la ejecución del mandato legal. Tan ínfimo número representa, no obstante, una clara

[3] Ahora la ecuación es lógica: primero se declara el derecho y luego se lo ejecuta.

[4] Se calcula adecuadamente que el porcentaje de incumplimientos contractuales es del orden del 0,0001%. O sea, sobre un total de 10.000.000 de contratos (son diez por persona y por día en una ciudad con un millón de habitantes: y es fácil de que ello ocurra en función de que la gran mayoría viaja en transportes públicos, compra golosinas, se convida cigarrillos y pastillas, se prestan utensilios escolares, etcétera) pueden llegar a ser incumplidos no más de un mil por día. Y eso tiene colapsada a la Justicia desde hace años y en situación de no poder mejorar los resultados hasta ahora obtenidos. Por lo menos, mientras se aplique el método inquisitivo de juzgamiento para tratar de resolver los conflictos.

enfermedad social que el Estado, en aras del mantenimiento de la paz, debe tratar de evitar y, en su defecto, de curar[5].

Sin embargo, la actividad preventiva del Estado no puede sujetarse sino a medios de ejecución indirecta o de coacción psicológica, ya que, como lo enseñaba Calamandrei, el dogma según el cual las normas jurídicas son coercibles pierde vigencia, de hecho, frente al incoercible espíritu del hombre y particularmente del que, además de serlo, *se siente* libre.

Esto se patentiza en las relaciones patrimoniales, en las que el Estado no puede realizar "medicina preventiva" sino sólo "curativa", para lo cual pone a disposición de los interesados el medio idóneo a efecto de lograr el equilibrio destruido por el acto de incumplimiento generador de una situación de incertidumbre o de insatisfacción que altera la paz social.

Como ya se dijo reiterativamente en toda esta obra, tal medio es el *proceso*, concebido como el instrumento a través del cual los particulares en conflicto requieren del Estado que ejercite su función jurisdiccional para solucionar sus litigios[6] acerca de relaciones que carecen de *resultado cierto*. Para ello, el pretendiente –actor civil– propone mediante su demanda iniciar el diálogo con el demandado, afirmando los hechos que fundamentan su pretensión y realizando la implicación de ellos en una norma preeexistente, general y abstracta[7].

Puede suceder que la demanda presentada al juez refiera a la existencia misma de la pretensión alegada por el demandante y de las obligaciones cuyo cumplimiento reclama al demandado. En tal caso, el juez tendrá que resolver cuál de los contradictores tiene la razón (nótese que *el derecho es incierto* hasta la decisión judicial), para lo cual emitirá:

a) una simple declaración, o

[5] Para eso se ha imaginado, precisamente, el remedio del *proceso*. No obstante, recuérdese que, tal como se vio oportunamente, Klein imaginó que el mal social era el propio proceso. De ahí que impuso a los jueces la tarea de impulsarlos de oficio para terminarlos cuanto antes...

[6] El litigio es la afirmación en juicio de la existencia de un conflicto intersubjetivo de intereses en el plano de la realidad social.

[7] Pero, como se verá luego, también puede invertir la carga de afirmar a partir de derechos que resultan ciertos o presumiblemente ciertos, cual ocurre con los títulos ejecutivos.

b) una declaración acompañada de una condena contra el demandado, o

c) comprobará la constitución, modificación o extinción de un derecho o relación jurídica.

En el caso de la sentencia de condena, la actividad del juez se circunscribirá a esto, no pudiéndose afirmar, en consecuencia, que por su mero pronunciamiento se logre restablecer el equilibrio social alterado por el incumplimiento del deudor.

Para conseguir ello, deberá éste efectivizar el mandamiento judicial o, en su defecto, el propio juez tendrá que sustituir la inactividad del deudor mediante una propia actividad, a fin de satisfacer el derecho declarado a favor del acreedor. En otras palabras, deberá adoptar medidas de subrogación dirigidas a conseguir el bien, independientemente de su prestación (ejecución directa).

Y con esto se ejerce acabadamente *fuerza legítima*, tal como ya se vio. Además, se efectúa *coertio* y *executio*, elementos ambos del concepto tradicional de jurisdicción (ver el Capítulo 9).

Por otra parte, sucede a veces que la relación jurídica afirmada en la demanda *no es incierta* (entendido este vocablo como *derecho no declarado*), sino que goza de una presunción de legitimidad o de fehaciencia[8] con que aparece al exterior mediante un documento denominado *título* y que justifica un tratamiento privilegiado: la posesión de dicho título permite al acreedor el acceso a un tipo especial y sumario[9] de procedimiento que recibe desde siempre el nombre de *juicio ejecutivo*.

Veamos ahora el tema desde la historia de

2. El juicio ejecutivo

Tocaré en este tópico dos temas que no son de explicación habitual en las obras de la asignatura: su desarrollo histórico y sus actuales características procedimentales. Y ello porque es imposible entender el segundo sin conocer antes el primero.

[8] Se aplica a lo que es digno de fe y puede aceptarse sin más como verdadero.

[9] *Sumario* significa breve. Cuando refiere a un juicio, lo muestra como hecho con rapidez y sin ciertas formalidades habituales.

2.1. Los antecedentes imprescindibles de conocer

Al igual que en el Capítulo 4, se hace necesario acá efectuar un breve relato histórico acerca de lo acaecido desde la aparición de lo que se entiende hasta hoy por *ejecución*, toda vez que –como ya lo dije y lo diré nuevamente– no hay en América Latina ejecución propiamente dicha. Y ello, para que el lector pueda comprender mejor la naturaleza de lo que en casi toda América se denomina *proceso* o *procedimiento* o *juicio ejecutivo* y, por ende, la conceptuación que luego haremos de él.

Por supuesto, no es mi propósito adentrarme en la minuciosidad histórica, pero sí dar a conocer los lineamientos esenciales de las primitivas formas procedimentales y cuáles fueron las circunstancias que determinaron su desarrollo[10].

Por otra parte, la diversidad de sistemas existentes en la actualidad en materia de *procedimiento ejecutivo*, sólo encuentra su justificación lógica en las disímiles corrientes que imperaron en la antigüedad y en la notable fusión de sus elementos caracterizadores que, no obstante, no logró desdibujar de manera absoluta sus ancestrales peculiaridades.

a) En el *derecho romano*, se señalan dos grandes etapas: la de la *ordo iudiciorum privatorum* (desde los orígenes hasta el siglo III d.C.) y la de la *extraordinaria cognitio* (desde el siglo III d.C., hasta el final).

Dentro de ella, a su vez, existieron dos períodos cronológicos: el de las *legis actiones* y el *formulario*.

a.1) Las *legis actiones* eran fórmulas verbales y solemnes, emitidas con arreglo a una determinada ritualidad y previstas taxativamente por el *ius civile*. De las cinco que hoy se aceptan en su existencia, tres pertenecían al *proceso de conocimiento (sacramentum, iudicium postulatio, condictio)* y las otras dos *(manus iniectio, pignoris capio)* a lo que hoy denominaríamos *proceso de ejecución*.

Mientras que la *lex actio per manus iniectionem* era una acción de *ejecución personal, pues recaía directamente sobre el cuerpo del deudor*, la *lex actio per pignoris capionem* constituía una acción ejecutiva real

[10] Siempre he creído que el conocimiento de la historia de una institución jurídica ayuda notablemente a comprender su porqué y su para qué actual. De ahí mi insistencia en hacer constantes referencias al pasado.

contra bienes del deudor que, si no eran rescatados, se destruían. Y ello porque hasta una etapa más avanzada no se permitió su enajenación para lograr la satisfacción del acreedor por vía indirecta (como puede colegirse, todo esto se halla presidido por una clara idea de venganza).

a.2) El *período formulario* surge como consecuencia de los inconvenientes que traía aparejado el carácter solemne y limitado de las *legis actiones*. Entonces, y por influencia del *jus gentium*, la *lex Aebutia* (130 a.C.) admitió para los ciudadanos, al lado de las antiguas acciones de la ley, la utilización de una fórmula escrita; y más adelante, la *lex Julia iudiciorum privatorum*, suprimió definitivamente las antiguas acciones, marcando así el comienzo del período formulario que llena toda la época clásica romana.

En este sistema, la ejecución se llevaba a cabo una vez dictado el fallo, mediante el ejercicio de la *actio iudicata* que, suprimida la primitiva ejecución personal *(lex Poetelia*, 313 a.C.), recaía sobre el total del patrimonio, con ulterior enajenación.

Como ya se ve, Roma conoció y practicó la ejecución propiamente dicha, que desaparece como tal recién en siglo IV de la era cristiana. Ello nos explicará luego el concepto que se tiene actualmente de ejecución.

b) En el *Derecho Germánico*, un prestigioso autor español[11] distingue

[11] Faustino Gutiérrez-Alviz y Conrado dice que "es siempre difícil comprender exactamente el régimen jurídico procesal de los tiempos antiguos. No obstante, constituye hoy una premisa fundamental en toda reseña histórica, reconocer cómo el proceso civil moderno de la mayor parte de los países europeos es el resultado de la fusión de elementos e instituciones del derecho romano y del germánico. Igualmente, es bien sabido cómo fue principalmente en Italia, cuando por consecuencia de las invasiones de los pueblos germánicos, el derecho de éstos iba a suponer para el derecho romano un reactivo que, operando de diversa manera (como elemento innovador, modificador, integrador e incluso supresor), haría que a partir de entonces perdiese en su estado original, su general y nunca desmentida aplicación".
"Debió ser lógico que el régimen procesal germánico, respaldado en su preponderancia política de país dominante, prevaleciese. Pero no fue así. Con el transcurso del tiempo, se atenuó su inicial vigencia, y esto fue debido al concurso de múltiples factores e influencias que consideraremos sucintamente".
"Ante todo, porque el derecho romano, como ordenamiento jurídico, no tenía fronteras delimitadas por concepto de soberanía territorial y continuó siempre aplicándose y,

tres períodos: el *germánico estricto* (desde los orígenes hasta el siglo V d.C.), el *franco* (siglos V a VII) y el *feudal* (siglo XII hasta la recepción de los derechos extranjeros).

b.1) En el *período germánico*, las primitivas ideas procesales de los pueblos en estadios culturales poco desarrollados se manifestaban con total coherencia. El proceso se desenvolvía como el reflejo de las luchas entre particulares, teniendo por objeto no sólo la alegación de un derecho estricto, sino también la imputación que una parte hacía a la otra de la comisión de un acto injusto. La misión del juez se limitaba, por tanto, a una dirección formal del debate y a una proclamación también formal de sus resultados.

Pero lo decisivo y característico de la época se encontraba en los convenios que se realizaban entre los contendientes, siempre dentro de la rigidez originaria del sistema: es la época de las *ordalías* o *juicios de Dios*, que eran prácticas procesales de abolengo mágico-religioso encaminadas a obtener, por mediación de poderes sobrenaturales o de la divinidad, la prueba de la inocencia o de la culpabilidad de quien era acusado.

Por fin, una vez proclamada la decisión final, *su ejecución se dejaba a la iniciativa privada mediante un apoderamiento particular de bienes o prenda extrajudicial.* Como se ve, ejecución pura.

b.2) En el *período franco*, hubo una mayor intervención de la autoridad, tanto en la fase de cognición como en la ejecutiva, *donde era necesaria la previa autorización judicial para acceder a la realización directa por el oficial para lograr la ejecución de los bienes.*

además, porque el florecimiento de los estudios de derecho en Roma, que tuvo lugar a principios del siglo XII, repercutió paralelamente merced a los glosadores de la Escuela Boloñesa".

"De otra parte, el ámbito de la jurisdicción de la Iglesia se extendía más y más y con ello el tipo del denominado proceso canónico, que a su vez recibía su configuración general sobre los moldes del derecho romano".

"Por estas razones, el proceso romano *no sucumbió en el mundo cultural que él reguló,* ante la aparición del proceso longobardo-franco, sino que renació. Sin embargo, este renacimiento no significó un retorno puro a los orígenes, pues el proceso (no cultural pero sí políticamente), *pertenecía al de un pueblo vencido.* Así pues, con esta revitalización de los estudios romanísticos surge un proceso romano diverso del original".

Se ha operado aquí una transformación similar a la ocurrida en Roma durante el *período formulario* recién mencionado.

b.3) En el *período feudal* se continuó en el mismo sentido pero con algún menoscabo por cuanto las ideas de la época acentuaban la enemistad privada, sólo morigerada mediante la figura de la *paz provisional.*

La variante consistió, entonces, en que la sentencia final era ejecutada judicialmente, pero no por la vía de confiscación sino por la de la prenda, y que se realizaba con la expropiación de los bienes del deudor y la satisfacción del acreedor mediante la entrega de los muebles para su enajenación.

c) Un tercer sistema, intermedio entre el romano y el germano (longobardo-franco) que nació de la fusión de ambos, evitaba por una parte el engorroso procedimiento romano, que no permitía el acceso directo del acreedor a los bienes del deudor sino a través de un proceso posterior a aquél en el cual se declarara su derecho y, por la otra parte, evitaba la posibilidad de hacerse justicia por mano propia, sin la previa intervención del Estado ni el otorgamiento del correspondiente derecho de defensa (tal como hoy lo concebimos) al deudor.

Pero la fusión de ambos derechos o la reaparición del nuevo proceso de corte romanista se efectuaron en forma idéntica en los diversos países de Europa. Tal vez tenga una influencia particular para esto el distinto origen étnico de las tribus bárbaras y la circunstancia de que, comenzada la lucha entre ellas, imperaron los godos[12] en las regiones donde hoy se asientan los países cuyas legislaciones nos interesa destacar. A su turno, respecto de éstos, no existe opinión pacífica en cuanto a sus orígenes ni en cuanto a si los grupos en que se dividieron pertenecían o no a una misma tribu.

Lo importante de tener en cuenta, y si resultare ser cierto que los grupos tenían distinto origen y, de consiguiente, diferentes costumbres, es que los ostrogodos se aposentaron en Italia y los visigodos en España, siendo marcadamente superior la fusión de estos últimos con los lu-

[12] Los *godos* eran un pueblo de origen germánico que, dividido en dos ramas, *visigodos* y *ostrogodos*, realizó invasiones en el imperio romano. Los primeros fundaron el reino de España. Los segundos, el de Italia. En ambos lugares, pero quizás mucho más en España, dejaron clara impronta de su cultura y legislación.

gareños –en una misma lengua, mismo derecho, misma fe y propias costumbres– a través de los casi trescientos años que duró la dominación y que, jurídicamente, culminó en el mayor monumento legislativo de la época, el Fuero Juzgo[13], que permaneció durante once siglos al frente del derecho español.

Sin embargo, en materia de juicio ejecutivo, fue más notorio el avance de Italia que el de España. Influyó grandemente en ello la circunstancia de que en el siglo XII, el complicado, casuista y riguroso proceso común romano fuera paulatinamente dejado de lado al comenzar a surgir procedimientos sencillos y rápidos, conocidos por lo que llegaría a ser su característica común –*la cognitio sumaria*– cuando sobre la base de un más acentuado sentido de solidaridad, surgió un derecho propio del comercio al desarrollarse, siempre en aumento, nuevos negocios de la práctica mercantil. De tal forma, nació un novedoso cauce procesal, más rápido y abreviado, acorde con las nuevas situaciones, pretendiéndose, en definitiva, una simplificación sustancial y formal –sumarización– del proceso común.

Ello ocurrió cuando al título *sentencia*[14] se le equipararon los *instrumenta confessionata* por virtud del principio *confessus in iure habetur pro condenato* o *confessus pro iudicato est*, al admitirse que la confesión de deuda ante juez o notario tenía los mismos alcances de un título ejecutorio y, por ende, otorgaba al acreedor derecho a iniciar la ejecución sin el correspondiente periodo de conocimiento previo.

[13] El *Fuero Juzgo* es el *Código Visigodo* o la compilación de leyes establecidas en España por los reyes visigodos. Es uno de los textos jurídicos que más atención concita entre los jurisconsultos de todos los tiempos, tanto por la naturaleza de sus leyes como por la conexión esencial que tienen con toda la normativa impuesta en el reino de Castilla. Comprende las leyes establecidas desde mediados del siglo V hasta los primeros años del siglo VIII. Compuesto originalmente en latín, se lo conoció con las denominaciones de *Codex Legum, Liber Legum, Liber Gothorum, Liber Judicum, Libro de los Jueces* y, más recientemente, *Fuero Juzgo*. Las colecciones jurisprudenciales argentinas muestran que todavía hay fallos en los cuales se aplica en materia procesal, por esa especial característica de esta asignatura del derecho: las leyes del pasado no se *abrogan* sino que se *derogan*, a razón de lo cual pueden seguir vigentes en tanto no hayan sido modificadas por la leyes posteriores.

[14] Se verá luego en el texto que llamo a este *título ejecutorio* para distinguirlo del que luego mencionaré como *título ejecutivo*.

Las necesidades comerciales de la época generalizaron estos *títulos ejecutivos*, en los cuales el deudor, además de reconocer la obligación, aceptaba (renunciando a oponer oportunamente las defensas del caso) la orden que incluía el notario de cumplirla a su vencimiento (denominada cláusula *guarentigia)* que, al sustituir los efectos de la cosa juzgada, dio origen al efecto ejecutivo de los instrumentos que la contenían.

Tales instrumentos, siguiendo los tradicionales principios romanos que mantenían absoluto respeto por el derecho de defensa, debían ejecutarse por orden del juez, quien disponía la ejecución si el deudor no pagaba al ser requerido al efecto, otorgándosele a éste la posibilidad de oponer excepciones nacidas con posterioridad a la emisión del documento, o intentar separadamente una acción con la pretensión de que se lo absolviera de la ejecución y, por efecto de ello, se le reintegrara el instrumento.

Paralelamente, el Papa Alejandro III (1159-1181) aceptó la separación en lo legal de los cánones propios del juicio ordinario dentro del Derecho Canónico, al admitir para ciertos casos la simplificación de los trámites procedimentales; y Clemente V, en 1306, dictó la famosa Constitución *Soepe Contingit*, que constituye el primero y más serio intento de reforma del *solemnis ordo iudiciarius*, al aceptar procesos simplificados, a los que se les dio el nombre de *sumarios* y que eran de cognición plena –plenarios– abarcando la totalidad del asunto.

De tal forma y por virtud de la influencia de la Iglesia, que repudiaba la violencia y la defensa privada del derecho, se concilia el principio romano que antepone la seguridad a la celeridad, *exigiendo que el proceso de conocimiento anteceda al de ejecución*, con el principio germánico que antepone la rapidez y expeditividad a la seguridad jurídica[15]; de esta suerte, *se limita o posterga el periodo de conocimiento y se autoriza, para ciertos casos, el comienzo de los procedimientos por los actos de ejecución, colocando en manos del ejecutado la iniciativa para abrir el estadio de cognición.*

A partir de entonces, la *actio iudicata* comienza a denominarse *actio in factum*, llegando a prescindirse de ella cuando se reconoce en el juez

[15] Si bien se mira, este secular enfrentamiento entre *seguridad* y *celeridad* continúa vigente hasta hoy, particularmente en la Argentina, donde los autores se pelean absurdamente entre sí para dar primacía a un valor sobre el otro.

la facultad oficiosa para desplegar la actividad necesaria al cumplimiento de sus resoluciones[16].

Como consecuencia de lo expuesto, la sentencia pierde el carácter de prueba del crédito, base de la *actio judicata*, y pasa a considerarse como un *título autónomo que otorga al acreedor el derecho a la ejecución.*

Paralelamente, la actuación de la Iglesia –que tan decisiva influencia tuviera en Italia– llegó también a Francia, donde, a fines de la Edad Media, aparece con dos regiones perfectamente diferenciadas: la meridional, donde se conserva la influencia romana, y la septentrional, seguidora de las costumbres germánicas. Ambas regiones se unifican sobre la base del proceso común romano, apareciendo así, antes del comienzo de la Edad Media, fuertemente romanizado el sistema procesal francés.

Contra él también se alzó la Revolución francesa, intentando simplificar el procedimiento y suprimir sus vicios. Con esta idea por meta, se aprobó en 1906 el *Code de Procédure Civile*, donde en buena medida se retornó a las fuentes bárbaras.

Posteriormente el sistema germánico (que había vuelto a imperar en Francia con las necesarias adecuaciones a la época) reingresó a Italia a través de la vigencia forzosa de la ley francesa, como una consecuencia de la invasión napoleónica. A partir de ella, al coexistir los dos sistemas, se creó una enorme confusión práctica, fuente de una maraña jurisprudencial que sólo el genio de la doctrina italiana logró desbrozar, construyendo un verdadero sistema en el que *el título ejecutivo no puede ser sustituido ni invalidado, por lo que puede extinguirse el derecho y, sin embargo, el título sigue valiendo*[17].

Por ello, el acreedor munido de su título no tiene la carga de provocar el contradictorio ni su derecho depende de la convicción que el órgano jurisdiccional podría formarse entre prueba y contraprueba: así, la pretensión tiene vía libre, *sin depender del parecer del órgano* ni de la actividad del deudor.

Resulta entonces que el título ejecutivo ya era un acto jurídico con eficacia constitutiva en tanto fuente inmediata y autónoma de la ac-

[16] Por supuesto, tal facultad pertenece a lo más granado del sistema inquisitivo, todavía vigente por estos lares.

[17] Ésa es, precisamente, su calidad de abstracción.

ción ejecutiva, de la cual es, en su existencia y en su ejercicio, independiente del crédito[18].

Pero si la evolución del proceso ejecutivo culminó rápidamente en Italia con la cristalización de un sistema ágil y expeditivo, que se afirma concilia los intereses de acreedor y deudor en forma tal que se respetan los derechos de ambos, en España –cuya legislación es fuente inmediata de la mayoría de nuestras instituciones procesales– no se logró una verdadera *ejecutivización* del proceso ejecutivo, prefiriéndose legislarlo como un proceso de conocimiento común, pero sumarizándolo por razones cualitativas, en orden a los intereses que se debaten en él.

Y es que España se presentaba como un país fuertemente unido durante los últimos tiempos de la época cristiano-bárbara y, aún más, después de la dominación sarracena (producida en 714), donde por obvias razones no floreció el comercio como en las ciudades italianas ni abundó, como en ellas, una particular legislación localista.

Fue así como, al permitir el pueblo dominador –desde el principio mismo de la invasión árabe– la coexistencia de su propio derecho con el romano (ya en coexistencia, a su turno, con el de suevos, vándalos y alanos), se tarda relativamente poco tiempo en la absorción de aquél por éste, perdiendo desde entonces toda vigencia el principio germánico de expeditividad que tan hondo arraigara en Francia, Italia y Alemania.

Se siguió así en la línea del antiguo *processus executivus* instrumentado a raíz de la Constitución Clementina (1306) que atemperó el proceso de cognición común o pleno –plenario– a través de otro proceso, también plenario pero con una tramitación procedimental más abreviada y rápida.

[18] En esta línea, el actual Código de Procedimientos Civiles italiano "liberó a la ejecución de todas las fórmulas del procedimiento contencioso, separando netamente el procedimiento ejecutivo de las fases de conocimiento que, por excepción, pueden presentarse en su curso. Esta distinción es la que surge al estudiar las oposiciones del deudor y de los terceros; se han reservado las formas del proceso de conocimiento a aquellos únicos casos en que la oposición hace necesaria una resolución con todas las garantías formales pertinentes, y el restante procedimiento ejecutivo ha sido agilizado los residuos de las formas contenciosas, dándosele la forma de una simple solicitud a la demanda de autorización para vender, que anteriormente se deducía con la citación, y la forma de ordenanza o decreto a esas providencias ejecutivas que antes estaban revestidas de las solemnidades inútiles de la sentencia colegiada, como sucedía con las sentencias de autorización para vender o con las sentencias de adjudicación".

De la comparación de ambos resulta que, tanto uno como otro, abarcan siempre la totalidad del conocimiento del asunto, pero presentan una mera diferencia adjetiva o formal.

Paralelamente a ese proceso sumario *indeterminado* (o *general*), aparecieron otros *determinados* (o *especiales*) para algunos asuntos, que se diferencian de aquéllos en cuanto a su finalidad y contenido, ya que afectan su objeto y la cognición del juez.

Salteando los avatares propios de la historia de España y de los distintos ordenamientos legales que imperaron en ella, menester es detenerse en las *Partidas*[19], donde se regula –en la Tercera– el procedimiento judicial y, específicamente en su título XXV, el de ejecución de sentencia, en el que encontrará la legislación posterior relativa a la materia su más valioso antecedente.

Es en la *Novísima Recopilación* de las Leyes de España (1805) donde se regula el juicio ejecutivo (Título XXVIII del Libro XI) en forma separada de la *Ejecución de las sentencias* (Título XVII del Libro XI) instrumentándolo en forma muy similar a la prevista en la posterior *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855*, donde el juicio se desarrolla en dos estadios perfectamente diferenciados: uno de conocimiento[20] primero y otro ejecutivo posterior[21], de remate.

[19] Se trata del *Código Alfonsino* o la célebre *Colección de Leyes* compiladas en tiempos del Rey Alfonso, el Sabio, llamadas las *Siete Partidas* porque consta de siete partes. La Tercera es la que se dedica a la Justicia y al modo de administrarla ordenadamente en juicio para la expedición de las sentencias.

[20] El período de conocimiento se inicia con la demanda formulada en los mismos términos que la ordinaria (art. 945), acompañada del título ejecutivo; examinado éste, el juez despacha o deniega la ejecución sin prestar audiencia al demandado (art. 946) entregándole en el primer caso el mandamiento al actor (art. 948) para que éste, por medio del alguacil y escribano de juzgado, requiera el pago al deudor (art. 948) bajo pena de trabar embargo sobre sus bienes (art. 954); hecho el embargo, se cita de remate al deudor en persona (art. 959) para que dentro de los tres días siguientes a la citación (art. 960), se oponga a la ejecución mediante las excepciones enumeradas en el art. 963. De la oposición hecha por el ejecutado se corre traslado al actor para que lo conteste y proponga prueba por su parte, dándose posteriormente copia al demandado de la contestación del actor, pasado lo cual se reciben los autos a prueba por diez días (art. 966), concluidos los cuales y sus prórrogas, si las hubo, las partes pueden informar de su justicia y derecho (art. 969), dictándose dentro de los tres días siguientes al de la vista, la sentencia de remate (art. 969).

[21] El estadio de *apremio* comprende las diligencias que tienen por objeto ejecutar la

La Ley de Enjuiciamiento Civil del 3 de febrero de 1881, sin perjuicio de sus adiciones y reformas posteriores, también divide el juicio ejecutivo en dos períodos: el primero, llamado *de ejecución o ejecutivo*, que comprende desde que se entabla la demanda hasta que se dicta la sentencia de remate; y el segundo, llamado *de apremio*, desde que se dicta esta sentencia hasta que se hace el pago al acreedor.

Se colige de ello que, salvo variaciones de detalle, se mantuvo el sistema anterior, absolutamente similar al que rige desde antaño en los países hispanoamericanos y especialmente en las provincias argentinas[22].

De lo precedentemente expuesto puede inferirse que el proceso de ejecución –tal como lo conciben actualmente nuestras leyes– no es propiamente "ejecutivo", sino, como ya lo he repetido varias veces, *un proceso de conocimiento abreviado en el que se limitan los plazos, las defensas y los recursos que puede oponer el deudor*, y que tiende a obtener no una *manifestación de voluntad o conducta física* (ejecución propiamente dicha) *sino una declaración de voluntad del órgano jurisdiccional*[23].

sentencia de remate (arts. 979 y ss.). De lo hasta aquí expuesto se infiere fácilmente la notoria diferencia que existe entre el sistema español y el italiano.

[22] A título de ejemplo describo someramente el trámite consagrado en el CPC de Santa Fe: presentada la demanda, si el juez encuentra que el título en que se funda trae aparejada ejecución, libra mandamiento de embargo (art. 452); trabado éste y comparecido el deudor o declarada y notificada su rebeldía, se lo cita de remate con prevención de que si no opone excepción legítima en tres días, se llevará adelante la ejecución (art. 473); opuestas las excepciones, se corre traslado al ejecutante por el término de seis días; contestado el traslado se abre la causa a prueba por un término que puede prorrogarse hasta cuatro días como máximo (art. 476); vencido el término probatorio el juez decreta traslado por tres días a cada parte, para alegar; presentados los alegatos o vencido el término para hacerlo, se llamarán autos para sentencia (art. 477), la que debe dictarse dentro de los diez días (art. 480) siendo recurrible salvo que el ejecutado citado en persona no hubiera opuesto excepciones (art. 484). Cualquiera sea la sentencia tanto el actor como el demandado tienen derecho de promover el juicio declarativo que corresponda, no estando permitido discutir en éste las excepciones procesales relativas al anterior ni cualquier defensa que hubiese sido ventilada y resuelta en él.

[23] Si bien se mira, la reducción del estadio de puro conocimiento sólo puede hacerse restringiendo notablemente la defensa del demandado (o ejecutado): se acortan los plazos de los que dispone para ejercitar su contradicción, se eliminan varios medios de defensa disponibles y se cercenan los medios de impugnación. Teniendo en cuenta esto, se comprenderá luego por qué defiendo la adopción del procedimiento monitorio en lugar del actual ejecutivo en tanto se lo adopte sólo para títulos fehacientes. Ya se comprenderá la afirmación luego.

Como lo enseña Guasp–cuyo pensamiento resulta plenamente aplicable a nuestra normativa– la denominación *proceso ejecutivo* induce a error porque su finalidad no es la de conseguir medidas de ejecución directamente a cargo del juez (desde la iniciación misma del proceso) sino la de *obtener una resolución judicial de fondo que imponga al demandado una cierta situación jurídica y cuyo incumplimiento será el que determine la apertura de la verdadera ejecución.*

Resulta así que el proceso ejecutivo termina *siempre* en una sentencia (de remate o desestimatoria de la pretensión del ejecutante) y que sólo después que ella adquiera ejecutoria podrá hablarse de *ejecución*. Pero nótese bien que, como especialmente lo remarca el mismo Guasp con agudo criterio, *no será ya la ejecución de la pretensión inicial sino la ejecución de la pretensión que se base, como título, en la sentencia condenatoria dictada con fundamento en el título que permitió el pronunciamiento de tal sentencia de condena.*

Queda en claro así que nuestro proceso ejecutivo es un verdadero proceso de conocimiento (pero no ordinario) por lo que debe encuadrárselo dentro de la figura de los procesos sumarios y, dentro de ellos, no por razones de cantidad sino de calidad o cualitativas, fundadas no en la escasa relevancia económica de la pretensión sino en la fehaciencia con que aparece al exterior y que justifica un tratamiento privilegiado.

"Y como tal pretensión ha de gozar de una *autenticidad legal* que taxativamente está otorgada, el título que constituye su fundamento delimita imprescindiblemente su objeto y por ello el requisito de ese título constituye factor esencial en la determinación del juicio ejecutivo".

Ya llegará luego el momento de razonar alrededor del concepto de *título*[24].

Pero antes, resta ver cuáles son los caracteres actuales del juicio ejecutivo.

2.2. Los caracteres procedimentales del actual juicio ejecutivo

Ya el lector se encuentra familiarizado con el desarrollo eficaz de la

[24] Entre sus varias acepciones, jurídicamente es tal el documento en el que se otorga un derecho o se establece una obligación.

serie inventada al efecto de actuar el debate dialogal que se conoce como *proceso* de naturaleza declarativa[25].

Recordará, así, que éste comienza por una *etapa de afirmación* (de un hecho al cual el actor asigna relevancia jurídica y del que genera su pretensión luego de implicarlo en una norma de carácter previo, general y abstracto)[26].

Como ese hecho se encuentra mencionado en una simple afirmación que, como tal, es susceptible de ser contradicha por el demandado, se abre de inmediato una segunda *etapa, de negación*, pensada con la exclusiva finalidad de que aquél contra quien se pretende pueda negar tanto los hechos como el derecho en el cual los implica el actor y, por cierto, resistir su pretensión basada en elementos que están ya discutidos y que, por ende, no pueden tenerse por ciertos por parte del juzgador[27].

Como ya se sabe, si hay hechos contradichos se abre una tercera etapa de confirmación y, de haber elementos producidos que puedan confirmar la afirmación negada, se abrirá la cuarta etapa, de alegación o de evaluación de los medios producidos.

Atención ahora: *todo esto no ocurre en el juicio ejecutivo* que, en esencia, es de carácter *monitorio* aunque no lo hayan afirmado así los autores[28].

En efecto: como el Derecho acepta *a priori* y sin más la fehaciencia del derecho expresado en el documento que se conoce como *título susceptible de ejecución* (no importa por ahora si es *ejecutorio* o *ejecutivo*, tal como luego se explicará)[29], la demanda que se basa en él *es acogida*

[25] A cuyo término el juez emitirá una sentencia que terminará una relación de incerteza o constituirá un estado jurídico o condenará al demandado al cumplimiento de una prestación.

[26] Eso es, precisamente, la demanda introductiva de instancia, considerada como documento material que muestra cabalmente el ejercicio de la actividad de accionar.

[27] Eso es, precisamente, la contestación de la demanda.

[28] Ya se verá en su momento que el procedimiento monitorio al cual aspira la doctrina actual y sobre cuyo contenido se discute con inusitado tesón actualmente, no es otra cosa que lo que se hace desde muchos años atrás en varios países de América y, particularmente, en la Argentina, con el nombre de *juicio ejecutivo*, en el cual pueden ejecutarse títulos ejecutivos *¡emanados de la mano del propio acreedor!*

[29] Y del cual surge con meridiana claridad quién es el acreedor, quién es el deudor y el objeto puro, simple y líquido que se pretende, tal como se explicará con detenimiento en el número siguiente.

de inmediato por el juez luego de hacer por su cuenta un minucioso análisis de las calidades que la ley exige en cada caso para que el respectivo título pueda ser susceptible de ejecución.

Y a este efecto dicta una resolución que se conoce con el nombre de *citación de remate* y en la cual ordena trabar el inmediato embargo de bienes libres y suficientes del deudor para cubrir el monto de la acreencia exigida por el ejecutante y, al mismo tiempo, le otorga la posibilidad de oponer alguna excepción[30] al progreso de la ejecución. Atención: no para negar simplemente la existencia de la deuda.

Y todo eso se hace con el apercibimiento de ordenar oportunamente el remate de los bienes embargados si no se alega y eventualmente se prueba el hecho fundante de alguna excepción admisible.

Repárese en que la llamada *citación de remate* no es un decreto de puro y simple trámite[31], cual lo es el que ordena conferir traslado de la demanda al demandado en juicio declarativo, sino que es una verdadera *sentencia* emitida por el juez luego de haber oído exclusivamente a uno solo de los contendientes[32]. Y repárese también en que, con tal sentencia, se pone fin a la ejecución[33] a menos que se den dos condiciones sucesivas e independientes:

1) *que el ejecutado oponga excepción admisible*, en cuyo caso se tramitará un proceso a partir de la afirmación del ejecutado, que no del ejecutante.

Y, al igual que lo que acaece en el juicio declarativo, se abrirá también la posibilidad de un período para confirmar pero, otra vez, de los hechos que alega el ejecutado para fundar su excepción. A menos, claro está, que, como se ha visto en el Capítulo 22, el ejecutante presente algún hecho impeditivo o invalidativo del hecho extintivo alegado por el ejecutado.

Confirmado el hecho fundante de la excepción y valorados los respectivos medios por ambos contendientes, procede el dictado de una nueva

[30] Ya se verá luego que son taxativamente limitadas.
[31] Tal cual lo acepta indiferente la doctrina.
[32] De ahí lo de *monitorio*.
[33] Eso es lo que corresponde hacer sistémicamente y lo que se propondrá al final de toda esta explicación. Pero no es lo que sucede en la realidad jurisprudencial de la Argentina.

sentencia, que versará ahora acerca de la excepción y no del título. Y si en ésta se acoge la excepción, cae la ejecución; caso contrario, se ordena seguir adelante con ella. Lo mismo ocurre si el ejecutado no opone excepción admisible alguna.

Adviértase ahora que el *seguir adelante con la ejecución* significa, lisa y llanamente, ordenar *ya mismo* el oportuno remate de los bienes embargados luego de que sean desposeídos del deudor. Pero para que ello sea factible es menester que se presente la segunda condición:

2) que haya algún bien embargado que sea susceptible de ser rematado.

No dada esta condición, lo que debe acaecer sistémicamente es el dictado del sobreseimiento del juicio ejecutivo y hasta tanto haya algún bien a embargar, en razón de que no puede ordenarse lógicamente una ejecución de bienes que no existen.

Esto no ocurre en la Argentina, donde, desde no hace muchísimo tiempo y hasta ahora, se *ordena llevar adelante la ejecución* maguer no haya algo para ejecutar, por no haberse deducido excepciones o por rechazo de las opuestas. Junto con ello se regulan honorarios que, al igual que el capital que se ejecuta, nunca se cobrarán precisamente por carecer de bienes sobre los cuales hacerlo.

Cuando ocurría esto en el pasado, se *sobreseía (provisionalmente) el juicio ejecutivo*, que permanecía *stand by* hasta tanto apareciere algún bien embargable, en cuyo caso se reflotaba la ejecución y se ordenaba el procedimiento propio del remate.

Con lo cual el plazo prescripcional de la *actio judicati* emergente de la citación de remate corría a partir de su fecha. Y nada entorpecía ni demeritaba el derecho del acreedor insatisfecho.

Actualmente, ansiedad de abogados mediante, se dicta la orden de remate sin que haya bien embargado alguno, con lo cual *todos los juicios ejecutivos* cumplen este procedimiento, con el tiempo que insume la tramitación respectiva para los jueces y sus auxiliares. Tiempo que podría ser mejor empleado posibilitando desde la ley la terminación del juicio inmediatamente luego de haber fracasado la orden de embargo[34].

[34] En estas cosas hay que pensar cuando se encara una reforma legislativa en materia procesal y no, cual ocurre ahora, en imaginar cómo hacer más autoritaria la actuación judicial, aun con clara violencia de la Constitución.

De cualquier forma, existiendo bien embargado, el juez emite oportunamente una providencia final que no es la sentencia propiamente dicha sino la simple orden de llevar adelante la ejecución, disponiendo el desapoderamiento de los bienes embargados, por ejemplo, y ordenando su venta en público remate.

Analizando con detenimiento lo que ocurre en el caso según lo he relatado *supra*, es sencillo advertir que se ha desplazado la carga de afirmar desde el actor (ahora, ejecutante)[35] hacia el demandado (ahora, ejecutado), toda vez que el primero se contenta con exigir el cumplimiento de la obligación cierta contenida en el título y, sin afirmar hecho alguno[36], ello le es suficiente para pretender útilmente.

Como se ha visto hasta acá, el juicio ejecutivo es asaz diferente del declarativo. Sin embargo, ambos entrañan verdaderos procesos en tanto bilateralidad del instar en igualdad de condiciones dialogales ante un tercero que asegura todo ello con su propia imparcialidad.

3. Los títulos susceptibles de ejecución

Hay autores que, para explicar todo lo relativo al tema, intentan construir una teoría general de los títulos ejecutantes.

A mi juicio, resulta imposible presentar una teoría que conceptualice el título ejecutivo y explique su naturaleza con pretensiones de universalidad y comprensiva de todos los títulos que traen aparejada ejecución, al menos dentro de nuestros sistemas de raigambre hispánica.

Y ello porque:

a) como ya se ha visto precedentemente, lo que se ejecuta es la sentencia que se dicta a base del título y no el título mismo; y

b) porque la normación relativa a los títulos ejecutantes es siempre harto contingente –temporal y espacialmente– dependiendo siempre de la caprichosa enumeración legal que cada Estado haga al respecto. Y, como luego se verá, un mínimo inventario de ellos puede resultar caótico.

[35] Cual lo que ocurre en el juicio declarativo.
[36] Toda vez que el ejecutado no puede negar la existencia del hecho contenido en el título en razón de que la ley lo supone cierto y lo acepta sin más como tal.

No obstante tal afirmación, creo que es posible establecer sus condiciones generales y, especialmente, sus requisitos en orden a una construcción sistémica que parta de la concepción que históricamente se ha hecho respecto del documento que apareja la posibilidad de ejecutar.

Para dar inicio a tal tarea, debo recordar que, al comienzo, el único documento que posibilitó y toleró la ejecución mediante el uso de fuerza en las personas o cosas fue la *sentencia judicial* definitivamente firme[37]. A esto se denomina desde antaño *título ejecutorio*, pues puede ser ejecutado ya mismo[38] en razón de que su contenido (el de la sentencia) acredita sin más y fehacientemente la existencia de un derecho cierto y determinado luego del debate procesal y, además, se sabe quién es el acreedor y quién el deudor, cuánto se debe y cómo debe ser pagada la deuda[39].

Posteriormente, y como ya se ha dicho antes, gracias al derecho comercial que emerge con fuerza imparable en el medioevo italiano, al documento ejecutorio *sentencia* se equipararon otros documentos reconocidos ante notario[40] y que contenían la llamada *cláusula guarentigia* que se ha mencionado en el número anterior, mediante la cual el deudor reconocía la deuda instrumentada en el mismo documento y aceptaba cumplir sin más su prestación al momento de su vencimiento[41].

[37] La que no admite la interposición de recurso alguno y puede ser ejecutada si contiene un mandato de condena.
[38] Pero nunca directamente sino, y siempre, mediante otro juicio, denominado ahora de *apremio*, de *ejecución de sentencia* o *ejecutivo*.
[39] Una sentencia de condena dice más o menos lo siguiente: "...Por las razones expuestas en las precedentes motivaciones (causa), condeno a DD (deudor) a pagar a AA (acreedor) la suma de XX pesos (cantidad líquida o liquidable) en el lapso de XX días (de donde se colige el vencimiento del plazo). Luego se verá que todos estos datos son, precisamente, los *requisitos* del título ejecutivo.
[40] Con lo cual se transformó en instrumentos públicos lo que hasta ese momento eran simples documentos privados.
[41] Gracias a sus caracteres de *autonomía* y de *abstracción*. Y ya se dijo antes que ésa fue una de las grandes concausas del notable florecimiento del comercio en Italia, pues el tenedor del documento no precisaba incoar el engorroso procedimiento tendiente a declarar la certeza de su derecho en razón de que ya el propio deudor había otorgado tal certeza ante notario, lo que hacía que el documento fuera *fehaciente* (se entiende por tal lo que es digno de fe o que puede creerse como verdad).

Tales documentos se conocen desde siempre como *títulos ejecutivos* a fin de distinguirlos cabalmente de los *títulos ejecutorios.*

A este efecto, nótese que la certeza de la existencia del derecho lo otorga un juez en el segundo caso y luego de un debate procesal. En cambio, la certeza del primero proviene sólo de la voluntad de quien se constituye en deudor.

3.1. El título ejecutorio

La doctrina y las leyes en general aceptan desde siempre la existencia y posibilidad de ejecución de los títulos ejecutorios. No puede ser de otra manera, en homenaje a la necesidad del Estado de dar certeza definitiva a las relaciones litigiosas y de mantener *sine die* la paz social.

Adviértase que cuando un juez emite una sentencia declarativa, ella puede ser simplemente declarativa, constitutiva[42] y de condena. Sólo en este último caso impone una prestación que exige la realización de una cierta actividad del demandado –ahora condenado a dar o a hacer– que, si su deudor no acata espontáneamente, debe ser constreñido a su cumplimiento.

Pero cabe resaltar que esa posibilidad de constricción se otorga como consecuencia lógica e inmediata de aceptarse que, a raíz de la sentencia judicial, *existe un derecho cierto declarado en documento fehaciente.*

Esta circunstancia servirá luego para comprender la crítica que haré respecto del sistema procedimental argentino, al comparar las categorías *ejecutividad* y *fehaciencia* luego de ver cómo y cuánto se ha bastardeado esta última al otorgar caprichosamente el legislador *carácter ejecutivo* a documentos expedidos nada menos que ¡por el propio acreedor! que, de fehacientes, pueden tener todo o nada.

El trámite que establecen las leyes para la ejecución de títulos ejecutorios no recibe la denominación de *juicio ejecutivo* sino la de *apremio* o la de *ejecución de sentencia* que, así, se erige en la continuación lógica y en el complemento indispensable del juicio de conocimiento.

[42] Retóricamente puede decirse que este tipo de sentencia exige también una suerte de ejecución: la de registrar un nuevo estado jurídico, por ejemplo, en el respectivo Registro. Pero esto es *puro trámite administrativo*, no ejercicio de fuerza legítima sobre personas o cosas.

Finalmente: la particular condición del documento *sentencia* ha hecho que no se hayan estudiado con detenimiento los requisitos de este tipo de título, por lo cual le resultan aplicables sin más los que se verán seguidamente respecto del llamado *título ejecutivo.*

3.1.1. Los requisitos del título ejecutorio

Si bien las leyes procesales argentinas no enuncian en general las condiciones del título ejecutorio para ser tal (salvo algunas que hacen referencias parciales a ellos), se acepta doctrinariamente que aquél debe ser: a) una resolución judicial consentida o ejecutoriada; b) que contenga una condena a realizar alguna prestación susceptible de ejecución y c) que, caso de imponer una prestación de dar, la deuda sea líquida o, al menos, liquidable; d) que el plazo otorgado al efecto en la dicha resolución esté vencido y e) que la parte interesada incoe el procedimiento del caso mediante la deducción de la correspondiente pretensión.

Los explico seguidamente.

a) *Resolución judicial firme o, eventualmente, ejecutoriada*

Una resolución judicial se encuentra:

a.1) *firme*, cuando:

a.1.1) ya ha sido consentida expresa o tácitamente por los interesados en ella (por vencimiento de los plazos acordados al efecto sin que se interponga impugnación alguna), por lo cual no cabe ya la interposición de recurso ordinario o extraordinario alguno contra su contenido;

a.1.2) habiéndose deducido alguna impugnación ordinaria de doble grado de conocimiento, se la declara desierta por falta de fundamentación oportuna[43];

a.2) *ejecutoriada*, cuando luego de haber sido debidamente impugnada por el que se consideró agraviado por su contenido, ha obtenido un pronunciamiento confirmatorio de ella por el tribunal de alzada.

Por tanto, una sentencia puede estar firme sin estar ejecutoriada por no haberse deducido contra ella los pertinentes recursos. A su turno, la sentencia ejecutoriada supone la firmeza de su parte resolutiva.

[43] Ver el Capítulo 25.

No obstante lo expuesto, hay casos en los cuales la resolución apelada puede ser ejecutada sin hallarse aún firme: cuando los recursos de alzada se conceden con efecto no suspensivo (o devolutivo)[44-45].

En tales casos, la ejecución se realiza y su resultado queda sujeto a la condición resolutoria de que la apelación concedida resulte finalmente improcedente.

Hasta aquí he referido a la ejecución de una sentencia dictada por tribunal argentino[46]. Sin embargo, merecen las mismas consideraciones las sentencias dictadas por tribunales extranjeros que deben ser ejecutadas en la Argentina[47].

b) *Resolución que contenga una condena a realizar alguna prestación susceptible de ejecución*

Ya se ha adelantado que las sentencias mere declarativas y las puramente constitutivas no pueden ser ejecutadas en razón de que no existe prestación adeudada susceptible de condena.

Resta ahora ver cuáles son las obligaciones objeto de condena que son susceptibles de ejecución. Y lógicamente parece sencillo determinar que sólo pueden ser ejecutables las que generan prestaciones de:

b.1) dar cosa cierta[48];

[44] Ver el Capítulo 30.

[45] Casos, por ejemplo, de la ejecución de una cautela sujeta a apelación, de la prestación de alimentos, de la apelación concedida con efecto suspensivo y cambiado éste a devolutivo por pedido y prestación de fianza del apelado, etcétera.

[46] En cada código de América se repite la escena con leve variante de detalles.

[47] Al respecto, CPCN, *art. 517* establece que: "Las sentencias de tribunales extranjeros tendrán fuerza ejecutiva en los términos de los tratados celebrados con el país de que provengan. Cuando no hubiese tratados, serán ejecutables si concurrieren los siguientes requisitos: 1) que la sentencia con autoridad de cosa juzgada en el Estado en que se ha pronunciado, emane de tribunal competente según las normas argentinas de jurisdicción internacional y sea consecuencia del ejercicio de un acción personal o de una acción real sobre un bien mueble, si éste ha sido trasladado a la República durante o después del juicio tramitado en el extranjero; 2) que la parte demandada contra la que se pretende ejecutar la sentencia hubiese sido personalmente citada y se haya garantizado su defensa; 3) que la sentencia reúna los requisitos necesarios para ser considerada como tal en el lugar en que hubiese sido dictada y las condiciones de autenticidad exigidas por la ley nacional; 4) que la sentencia no afecte los principios de orden público del derecho argentino; 5) que la sentencia no sea incompatible con otra pronunciada, con anterioridad o simultáneamente, por un tribunal argentino".

[48] Código Civil, *art. 574*: "La obligación de dar es la que tiene por objeto la entrega

b.2) dar cosa incierta no fungible determinada[49];

b.3) dar cantidad de cosas[50];

b.4) dar sumas de dinero[51];

b.5) de hacer[52].

Con esta afirmación, descarto absoluta e inicialmente que pueda haber ejecución posible para obligaciones de dar cosas inciertas o fungibles[53] y de no hacer[54].

Lo aquí referido se aplicará luego y sin más al contenido de los títulos ejecutivos.

c) *Condena que, de imponer una prestación de dar, lo sea de deuda líquida o, al menos, liquidable*

Cualquiera sea la prestación a realizar, debe estar expresa y específicamente determinada en la resolución que se pretende ejecutar.

de una cosa, mueble o inmueble, con el fin de constituir sobre ella derechos reales, o de transferir solamente el uso o la tenencia, o de restituirla a su dueño". Y el *art. 575*: "La obligación de dar cosas ciertas comprende todos los accesorios de éstas, aunque en los títulos no se mencionen, o aunque momentáneamente hayan sido separados de ellas".

[49] Código Civil, *art. 605*: "La obligación de dar cosas inciertas no fungibles determinadas sólo por su especie o cantidad, da derecho al acreedor para exigir el cumplimiento de la obligación con los perjuicios e intereses de la mora del deudor, si hubiese incurrido en ella, o para disolver la obligación con indemnización de perjuicios e intereses".

[50] Código Civil, *art. 606*: "La obligación de dar cantidades de cosas es la obligación de dar cosas que consten de número, peso o medida".

[51] Código Civil, *art. 616*: "Es aplicable a las obligaciones de dar sumas de dinero, lo que se ha dispuesto sobre las obligaciones de dar cosas inciertas no fungibles, sólo determinadas por su especie, y sobre las obligaciones de dar cantidades de cosas no individualizadas".

[52] Código Civil, *art. 625*: "El obligado a hacer, o a prestar algún servicio, debe ejecutar el hecho en un tiempo propio, y del modo en que fue la intención de las partes que el hecho se ejecutara. Si de otra manera lo hiciere, se tendrá por no hecho, o podrá destruirse lo que fuese mal hecho". Y el *art. 629*: "Si el deudor no quisiere o no pudiere ejecutar el hecho, el acreedor puede exigirle la ejecución forzada, a no ser que fuese necesaria violencia contra la persona del deudor. En este último caso, el acreedor podrá pedir perjuicios e intereses".

[53] Código Civil, *art. 605*: ver nota 49.

[54] Código Civil, *art. 632*: "Si la obligación fuere de no hacer, y la omisión del hecho resultare imposible sin culpa del deudor, o si éste hubiese sido obligado a ejecutarlo, la obligación se extingue como en el caso del art. 627". Y el *art. 627*: "Si el hecho resultare imposible sin culpa del deudor, la obligación queda extinguida para ambas partes, y el deudor debe devolver al acreedor lo que por razón de ella hubiese recibido".

Y además, cuando se trata de obligaciones de dar, cantidades de dinero o cosas ciertas y determinadas, debe estar expresada en guarismos que no admitan interpretación opinable ni discusión alguna (cantidad líquida) al respecto o, al menos, deben estar dadas las bases que permitan llegar a hacerlo mediante simples operaciones aritméticas[55].

d) *Plazo vencido para realizar la prestación*

Toda sentencia de condena debe fijar claramente un plazo para que el condenado efectúe la prestación correspondiente *antes* o, a lo sumo, *en la misma fecha* de su vencimiento, contado procesalmente en *días*[56] (no se computan al efecto los inhábiles). Dicho plazo corre a partir del día siguiente al de la notificación de la sentencia que debe ser cumplida.

De donde resulta obvio el requisito: ninguna sentencia admite ejecución si se encuentra vigente el plazo acordado para efectuar la correspondiente prestación.

e) *Demanda de ejecución por parte de interesado*

El requisito alude al actor vencedor en el litigio[57] y, eventualmente, a quien se encuentre en condiciones de subrogarlo.

Y también al titular de honorarios profesionales regulados en juicio, a quien casi todas las leyes otorgan el derecho de utilizar esta vía para lograr su percepción[58].

[55] Es lo que ocurre generalmente con la condena al pago de intereses, cuando se establece la fecha de inicio de su curso y la tasa porcentual que cabe aplicar al capital condenado en cifra líquida.

[56] La fijación de los plazos en *días* para el cumplimiento de la prestación constituye la habitualidad tribunalicia. No obstante, si el plazo se fijare en *semanas, meses* o *años* (no descarto que algún tipo de prestación requiera determinación tan exótica), pierde obviamente su calidad procesal y adquiere la de *plazo civil*. A raíz de ello se cuenta conforme lo indica el Código de fondo, no el procesal.

[57] Hablo del actor y no del demandado, pues éste carece de pretensión contra aquél. Salvo, claro está, que haya reconvenido, lo que no es posible en juicio ejecutivo. En el caso, le cuadra la denominación de *actor vencedor* dada en el texto.

[58] Esto lleva al planteo de otro problema, relativo al título mismo que permite la ejecución. Cabe hacer al respecto una clara distinción: a) cuando el profesional intenta ejecutar sus honorarios contra su propio cliente, parece claro que la causa del título es el mandato que le confiriera, pues, como tal, debe ser retribuido sin perjuicio de que el pagador repita oportunamente de un condenado en costas, si lo hubiere. Pero cuando b) el profesional intenta ejecutar sus honorarios de quien no es mandatario, sólo puede

3.2. El título ejecutivo

Si bien las leyes procesales argentinas no enuncian en general las condiciones del título ejecutivo para ser tal (salvo algunas que hacen referencias parciales a ellos), se acepta doctrinariamente que aquél tiene requisitos sustanciales y formales propios que deben surgir del título mismo[59] en cuanto contiene la promesa de la prestación de una obligación de las enunciadas precedentemente.

Al título ejecutivo caben, por tanto, las mismas exactas especificaciones ya vistas para la conceptuación del título ejecutorio, pues, a la postre, aquél es un remedo de éste.

De ahí que la mayoría autoral acepta sin más que tales requisitos son: a) legitimación sustancial (activa y pasiva); b) causa lícita; c) plazo vencido; d) obligación pura o condición cumplida[60] y e) objeto cierto y determinado o fácilmente determinable.

3.2.1. Los requisitos del título ejecutivo

Cabe ahora explicar el significado de cada uno de los ya precedentemente enunciados.

a) *Legitimación sustancial para ser útilmente* ejecutante *y* ejecutado

Aunque la ley procesal no refiere habitual y expresamente a este re-

hacerlo contra quien haya sido constituido judicialmente en su deudor al efecto mediante una *condena en costas* que, es, precisamente, la causa del título respectivo.

La importancia de esta aclaración es manifiesta a poco que se repare en que los códigos sistémicos en cuanto al tema (que los hay: ver por ejemplo CPC de Santa Fe, arts. 250 y 251) establecen como regla general la de que cada parte paga sus propias costas y proporcionalmente las comunes. Cosa que no ocurre cuando hay un vencido, en cuyo caso es éste quien las paga.

El CPCN, en cambio, establece como regla general (y a medias, pues luego tolera que los jueces perdonen a voluntad la imposición de costas, adoptando así sistemas antagónicos) la de que las costas las paga el vencido. De donde resulta claro que no se sabe quién debe pagarlas cuando no hay vencimiento que es, precisamente, cuando ha de aparecer la regla general, cual ocurre en Santa Fe desde siempre.

[59] Y que, como luego se verá, el juez tiene el deber de examinar oficiosamente antes de permitir al ejecutante el acceso a la vía ejecutiva.

[60] Tales requisitos se exigen legal y jurisprudencialmente desde antes de la Ley de Enjuiciamiento de 1855, al prever ella los siguientes: 1) acreedor legítimo; 2) deudor cierto; 3) cantidad líquida; 4) plazo vencido y 5) documento que lleve aparejada ejecución. Todos ellos, como dice Podetti, pueden sintetizarse en dos: a) que *formalmente* el título sea hábil y b) que *sustancialmente* sea exigible.

quisito intrínseco subjetivo cuando enumera los propios de todo título ejecutivo, se infiere de la economía general de las leyes y de la doctrina existente al respecto –que en este tópico adquiere carácter de fuente trascendental, como luego se verá– que por acceder él a un procedimiento de tipo sumario, con defensas restringidas que se justifican en tanto se acepte la presunción de certeza y de legitimidad ínsita en el título mediante el cual se persigue directamente la satisfacción del derecho y el pago de la obligación, resulta lógicamente imprescindible que del mismo documento aducido emerjan en forma clara y cierta las circunstancias de quiénes están autorizados para obtener una decisión sobre la pretensión formulada y quiénes son los que se hallan obligados a satisfacerla[61].

Este requisito, que es uno de los supuestos materiales de la pretensión o sentencia de fondo[62], consiste, para el demandante, en *ser titular del interés* para que se decida sobre el derecho o relación jurídico-material pretendido (sea que exista o no ese derecho o relación), y en el demandado, en ser el sujeto con facultad para controvertirlo.

Como podrá advertirse, no identifico la legitimación en la causa con la titularidad del derecho que se pretende ejercitar a través de la pretensión contenida en la demanda[63].

[61] Tal como ocurre con el título *ejecutorio* sentencia, al cual el título privado *ejecutivo* copia en lo que puede.

[62] Hernando Devis Echandía, el inolvidable y gran maestro colombiano, explicaba en sus *Nociones de Derecho Procesal* (Aguilar, Madrid, p. 324): "Al estudiar este tema, se trata de saber cuándo el demandante tiene derecho a que se resuelva sobre las determinadas pretensiones contenidas en la demanda y cuándo el demandado es la persona frente a la cual debe pronunciarse esa decisión; y si demandante y demandado son las únicas personas que deben estar presentes en el juicio para que la discusión sobre la existencia del derecho material o relación jurídico-material pueda ser resuelta o si, por lo contrario, existen otras que no figuran como demandantes ni demandados". Y después de analizar detenidamente y criticar el concepto de diversos autores pertenecientes a distintas escuelas, agrega que sus opiniones pueden clasificarse en dos grupos: "en el primero, están los que explican la legitimación en la causa como la *titularidad del derecho* o relación jurídico-material objeto del juicio; en el segundo, los que reclaman una separación de las dos nociones y aceptan la existencia de aquélla independientemente de la de éste y, así, hablan de una *titularidad del interés para obrar* (con lo cual menciona a todos los *legitimados por categoría* que, sin ser titulares de derecho, pueden contender acerca del derecho de otro por estar legitimados al efecto por la ley".

[63] Ver nota anterior. Igual, ob. cit., p. 281, donde Devis Echandía afirma, con buen

De tal forma, la ejecución sólo podrá ser incoada útilmente por el titular (del interés o del derecho, según la posición doctrinaria que se adopte al respecto) (*legitimatio ad causam* activa) contra quien esté obligado a satisfacer la pretensión (*legitimatio ad causam* pasiva).

Obviamente, tal legitimación debe surgir expresa o implícitamente (caso de un documento extendido al portador) del propio título, única forma susceptible de ser constatada por el juez antes de dictar el auto de *citación de remate*[64] mediante el cual, y como luego se comprenderá mejor, el juez invierte la carga de afirmar toda vez que acepta sin más la existencia del derecho contenido en el título ejecutivo.

La ausencia de este requisito en un proceso declarativo, puede ponerse de manifiesto por el demandado a través de la llamada *excepción de falta de acción*[65], o *defensa sine actione agit*[66] o, como la denomina el CPCN en su artículo 347, *falta de legitimación para obrar en el actor o en el demandado*[67].

Pero tal defensa no se encuentra comprendida en la enunciación de excepciones procedentes en el proceso ejecutivo que hacen generalmente todos los códigos del país[68].

En razón de no corresponder jurídicamente que el juez dicte sentencia a favor de quien no es acreedor o en contra de quien no es deudor sin dar a éste la posibilidad de alegar tal circunstancia en el propio proceso, pienso que la vigencia del requisito en cuestión puede ser defendida mediante la excepción de inhabilidad de título[69] que, aunque deba referirse a sus elementos extrínsecos, resulta ser la única idónea para el caso.

sentido lógico que "la existencia del derecho material reclamado es cuestión que se define en la sentencia de fondo, para cuyo pronunciamiento se requiere que exista legitimación en la causa, sea que la decisión resulte afirmativa o negativa del pretendido derecho sustancial [...] ya que si esto no fuere así, resultaría lógicamente imposible explicar por qué se produce el juicio y se obtiene la sentencia de fondo o mérito a instancia de quien, por no tener el derecho material, no estaría, por ende, legitimado para conseguir esos efectos".

[64] Luego se explicará detenidamente qué es.

[65] Ver el Capítulo 21.

[66] Ibídem.

[67] Ibídem.

[68] Salvo, por ejemplo, el CPCN, art. 605, para el caso de ejecución fiscal.

[69] Ver el Capítulo 21.

b) *Causa lícita de la obligación contenida en el título*

Del juego de las normas contenidas en Código Civil, artículos 499 y 502[70], surge en forma evidente que no puede existir obligación sin causa lícita.

Como la expresión *causa lícita* utilizada en la última disposición citada alude al fundamento u origen lícito de un acto jurídico y, en especial, a la *fuente de la obligación*[71], parece claro que siendo ilícita ésta, es de ningún efecto, porque al no existir contrato (en el supuesto de fuente contractual) o ley (en el supuesto de fuente legal), la obligación resulta *sin causa* por carencia de origen.

Para los civilistas, esta circunstancia adquiere particular relevancia dentro del proceso, al advertir que no puede resultar indiferente el examen de la causa obligacional toda vez que, si no se acepta ella, el ejecutante puede lograr una sentencia a su favor a base de una obligación inexistente[72].

De ser factible tal cosa, parece evidente que el valor *legitimidad*, más importante que el valor *justicia*, se vería vulnerado, puesto que el ordenamiento jurídico (procesal) no resultaría idóneo para hacer efectivo su propio fin al vedar la posibilidad de oponer excepciones causales.

Sin embargo, frente al principio de seguridad jurídica –obviamente importantísimo– existe otro principio no menos importante: el de la celeridad en las transacciones comerciales, fundado en la necesidad de

[70] Código Civil, *art. 499*: "No hay obligación sin causa, es decir, sin que sea derivada de uno de los hechos, o de uno de los actos lícitos o ilícitos, de las relaciones de familia, o de las relaciones civiles". Ídem, *art. 502*: "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".

[71] Ver de SILVA, Armando, *Causa ilícita*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. II, p. 896 y el excelente trabajo de PARODI, Daniel Ignacio, *Causa de los actos jurídicos*, en ob. cit., p. 880, cuya lectura recomiendo.

[72] Así se sostiene que, sin llegar al extremo del examen de la causa en proceso de ejecución, puede efectuarse un análisis objetivo, a fin de considerar la ilicitud de aquélla, en función de lo dispuesto en los arts. 898, 18 y 21 del Código Civil. En esta tesis, el principio de celeridad –que luego se mencionará en el texto– no puede ser usado para convalidar lo prohibido por la ley o lo que afecte la moral o las buenas costumbres.

que el deudor cumpla tempestivamente con su obligación a fin de no resentir, eventualmente, la economía general[73].

Sobre tal base, la doctrina comercialista ha concebido los títulos valores de contenido crediticio con los caracteres de *formalidad*, *autonomía*, *literalidad* y *abstracción*, que los desvinculan por completo de la causa que les dio origen y, por tal razón, se sostiene desde antaño que resulta imposible –en las "*acciones cambiarias*"– efectuar planteos causales dentro del proceso de ejecución[74].

Posteriormente, y tal como luego se verá, razones de política legislativa no siempre compartibles determinaron que la ejecutividad de un título –originariamente aceptada para papeles de comercio– se extendiera a otros, tales como salarios, alquileres, etcétera. No obstante ello, circunscribo a la cambial la exposición del problema causal, por ser este punto comprensivo de los demás títulos ejecutivos no cambiarios[75].

[73] La idea es antigua: se privilegia lo que se supone es el *bien común* por sobre el *bien puramente individual*. Y si esto es injusto, a la postre se trataría de la obtención de un fin no querido por el derecho pero necesario de aceptar en homenaje a la comunidad.

[74] Y ya se verá luego en el texto que esto se halla prohibido en casi todos los códigos del continente. De donde resulta que, una vez más, la búsqueda de la *verdad real* que con tanta insistencia pregonan los inquisitivistas que manejan la legislación procedimental en estos países que no logran emerger del subdesarrollo procesal en el que se encuentran sumidos desde hace siglos, no es un valor preponderante para la vigencia del Derecho. Es sencillo de compartir esta idea si se acepta que cerca del 70% de los pleitos existentes en la Argentina de hoy son de carácter ejecutivo. ¡Y en ellos está prohibida la indagación de la verdad al no permitirse efectuar discusiones causales...!

[75] Para mejor comprender esta afirmación, es menester recordar que las pretensiones emergentes de una letra de cambio (cuyo régimen legal se aplica supletoriamente al cheque, ver art. 55 del decreto-ley 4776 y art. 836 del Código de Comercio, derogado por el art. 20 del decreto-ley citado) pueden ser *extrajudiciales* (resaca) o *judiciales* (por *vía ordinaria* y por *vía ejecutiva*). De estas últimas, el procedimiento ejecutivo resulta procedente por virtud de la fuerza ejecutiva que le confiere a una letra debidamente protestada el art. 60 del decreto-ley 5965/63, con el cual se halla en consonancia CPC de Santa Fe, art. 442. Dicha norma es similar en este aspecto a la del art. 673 del Código de Comercio (su texto, ya derogado, decía: "Las letras de cambio producen *acción ejecutiva* para exigir en sus casos respectivos del librador, aceptantes o endosantes el pago, reembolso, depósito o afianzamiento de su importe"), bajo cuya vigencia se originó el debate doctrinario que relataré y que tuvo como base el art. 676 (consecuencia lógica del ya citado) del mismo código, que textualmente decía: "contra la acción ejecutiva de las letras de cambio, no se admitirá más excepción que la de falsedad, pago, compensación de crédito liquido exigible, prescripción o caducidad de la letra

En conclusión: todo título ejecutivo *debe tener causa lícita*; que se pueda o no discutir su existencia en el mismo proceso o en otro pos-

y espera o quita concedida por el demandante, que se pruebe por escritura pública o por documento privado, judicialmente reconocido. Cualquiera otra excepción, sea de la naturaleza que fuese, no obstará al progreso del juicio ejecutivo".

En la interpretación de esta norma, tanto la doctrina como la jurisprudencia debaten desde antaño sobre la posibilidad de discutir –en el proceso ejecutivo cambiario– la existencia, o la falta, o la falsedad de la causa o relación fundamental determinante de la emisión de la cambial. Frente a esta cuestión, algunos tribunales de Santa Fe (donde esto se escribe) interpretaron que, dentro de la economía general de la ley mercantil y a tenor de lo dispuesto en el CPC de Santa Fe, art. 305 vigente hasta 1962, era posible discutir en el juicio ejecutivo la causa de la obligación cambiaria, cuando esa discusión se planteaba entre *dos obligados inmediatos* (doctrina extraída por interpretación *a contrario sensu* de los arts. 212 y 629 del Código de Comercio [su texto, ya derogado, decía: "El endoso falso no trasmite la propiedad de la letra de cambio, y veda todos los endosos posteriores, salvo la acción del portador contra quien le hizo el endoso, la de éste contra el inmediato endosante y así sucesivamente hasta llegar a la persona que dio el falso endoso. Los endosos anteriores al endoso falso conservan todos sus efectos legítimos"], hoy art. 18, decreto-ley 5965 ["Las personas contra quienes se promueva acción en virtud de la letra de cambio no pueden oponer al portador las excepciones fundadas en sus relaciones personales con el librador, o con los tenedores anteriores, a menos que el portador, al adquirir la letra, hubiese procedido a sabiendas en perjuicio del deudor demandado"]).

Es decir que, a la luz de tal doctrina, se podía discutir la relación fundamental, por ejemplo, cuando el portador iniciaba la acción directamente contra el girado aceptante, o contra su endosante inmediato o cuando éste, habiendo recuperado la letra, se dirigía contra su antecesor por la vía regresiva.

La base doctrinaria de esta corriente de opinión fincaba no sólo en el art. 212 ya citado del Código de Comercio, sino también en el derogado art. 676 del mismo cuerpo legal: "Contra la acción ejecutiva de las letras de cambio, no se admitirá más excepción que la de falsedad, pago, compensación de crédito liquido y exigible, prescripción o caducidad de la letra y escritura pública o por documento privado, judicialmente reconocido. Cualquiera otra excepción sea de la naturaleza que fuese, no obstará al progreso del juicio ejecutivo", del que remarcaban que su fuente inmediata era el Código español de 1829, extrayéndose de ello que la doctrina hispana de la época admitía la posibilidad de oponer la excepción de falsedad sin distinguir entre sus aspectos intrínsecos y extrínsecos.

Con posterioridad a la vigencia del nuevo régimen cambiario –que no modificó el art. 212 del Código de Comercio ("La falta de expresión de causa o la falsa causa, en las obligaciones transmisibles por vía de endoso, nunca puede oponerse al tercero portador de buena fe"), y esto es muy importante en Santa Fe, a la luz del nuevo CPC (Ley 5531, cuyo art. 475, reza textualmente: "En el juicio ejecutivo, sólo serán admisibles las excepciones siguientes: 1. las procesales legisladas en el art. 139; 2. falsedad material o inhabilidad de título, ambas referidas a lo puramente externo; 3. prescripción; 4. pago, quita, espera, remisión, novación, transacción o compromiso, documentados; 5.

terior es contingente y sujeto a la política legislativa imperante en determinado momento y lugar[76].

compensación de crédito líquido que resulte de documento que traiga aparejada ejecución. Igualmente podrá alegarse, en general, la nulidad de la ejecución por violación de las formas que para ella quedan establecidas")– esta interpretación se mantuvo –al menos doctrinariamente– en el foro local con fundamento en los arts. 1824 (a contrario), 1125 (también a contrario), 1926 (íd.), 2027 (íd.) y 2228 (íd.), de donde se afirma, siempre a *contrario sensu*, que la ley mercantil se refiere a los casos en los que no puede oponerse excepciones, lo que indica que es factible la defensa causal entre obligados directos, pues a los mismos no se refiere expresamente la ley en ninguna de sus normas. Además de todo lo expuesto, los comercialistas sostenedores de esta tesis se remiten a la Ley Uniforme de Ginebra de 1930 –que nada quita ni pone al problema, por cuanto los arts. 18, 19, 20 y 22 de nuestra actual legislación encuentran sus símiles perfectos en los arts. 17, 18, 19 de dicho ordenamiento– y también a la ley italiana del 14 de diciembre de 1913, olvidando que en esta legislación las normas procedimentales varían fundamentalmente, pues la paralización de la ejecución en caso de oposición de amplia investigación por parte del deudor, se produce sólo por auto judicial fundado que lleva aneja la imposición de una caución idónea al oponente.

En contraposición de esta doctrina, una abundante mayoría de fallos de tribunales provinciales –por citar sólo los locales– se inclinó por la tesis de que en la ejecución cambiaria no resultaban admisibles las excepciones o defensas fundadas en la causa de la obligación cambiaria.

Con posterioridad, no sólo a la reforma cambiaria operada a través del decreto-ley 4776, sino también a la reforma del Código de Procedimientos, donde se modificó sustancialmente el régimen de excepciones que contenía el ya citado art. 305 de la ley 2924, prevaleció esta opinión mayoritaria a que vengo aludiendo.

Esta tesitura encuentra fundamento doctrinario –tanto en el régimen anterior como en el actual– en "la índole puramente formal y externa de las cuestiones que están permitidas respecto del título que sirve de base a un procedimiento ejecutivo de este tipo cuyo origen y finalidad apartan la posibilidad lógica de considerar objeciones que no hagan al documento mismo en su materialidad".

Miguel Ángel Rosas Lichtschein, el gran codificador argentino en materia procesal que actuó sólo en Santa Fe, quien evidenciaba en numerosísimos fallos publicados en *Juris* –y con justa razón– pretender reivindicar para la ciencia procesal toda la temática relativa a acciones y excepciones cambiarias, decía *in re* "M. de Acosta e hijos c/Greca": "Raymundo Fernández sostiene que ha de tomarse en consideración nada más que las formas exteriores del papel y –en su nota que publicó *La Ley*, t. 12– fustiga la interpretación que no repara en la índole sumarísima del juicio ejecutivo, a raíz de la cual se ha previsto uno ordinario posterior en los ordenamientos procesales. Ciertamente que este olvido resulta grave para una correcta inteligencia del art. 676 del Código de Comercio. El art. 212 no tiene más finalidad que la de sancionar un principio por demás conocido en el terreno de las obligaciones endosables: el derecho del tercer portador es independiente del de la relación jurídica en virtud de la que el título se emitió; principio no sólo propio de las letras y pagarés, sino de cualquier obligación transmisible por endoso. De suerte que, al decirse que la falta de o la falsa causa nunca

Empero, obviamente, la existencia de causa y la licitud de la obligación se presumen, de modo que nada tendrá que alegar el ejecutante al respecto, salvo que del texto mismo del título surja su ilicitud (por ejemplo, que fue extendido como consecuencia de una deuda de juego) en cuyo caso el juez no podrá dictar el *auto de admisión de la ejecución.*

c) *Exigibilidad de la deuda expresada en el título*

Este requisito exige que la obligación fuente de la deuda a ejecutar no esté sujeta a plazo (es decir, debe ser de *plazo ya vencido*) o a condición[77] (es decir, debe ser *pura y simple*).

Refiero seguidamente al primero de ellos, dejand segundo para considerarlo en el número siguiente.

c.1) *Obligaciones de plazo vencido*

Existe *plazo* cuando los efectos del acto jurídico están subordinados al transcurso del tiempo o al acaecer de un acontecimiento futuro y cierto.

De tal forma, se entiende por *plazo* el lapso transcurrido desde la conclusión del acto hasta la llegada del *término*, debiendo aceptarse por

podrá oponerse al tercero portador de buena fe, no se quiere expresar que siempre podrán esgrimirse contra el tomador sino, simplemente, y teniendo en cuenta la naturaleza y el fin del proceso ejecutivo que al tercero de buena fe ni en juicio ordinario ni el ejecutivo se le podrá discutir la causa, en tanto que al tomador sí, en el ordinario. "En consecuencia, si el tomador de la letra opta por la vía ordinaria para su cobro, puede el librador discutirle la causa de la misma, mas no puede hacerlo respecto del tercero de buena fe que intenta la acción.

"En cambio, si el tomador o el tercero tenedor optan por la vía ejecutiva, no podrá el obligado –en ningún caso– discutir la causa de la obligación, no obstante la posibilidad de hacerlo posteriormente, por vía ordinaria, sólo contra el tomador".

Por todo ello, propuse ante las Primeras Jornadas de Derecho Procesal del Litoral Argentino (Rosario, 1969), y así se resolvió, que "en juicio ejecutivo intentado a base de un documento cambiario, no resulta admisible la excepción que, fundada en la relación extracartular, es opuesta contra el tomador de la cambial o contra el tercero de buena fe, tenedor de ella".

[76] Lo que reafirma, una vez más, lo ya sostenido en el Capítulo 22: la verdad real no es un problema que resulte trascendente para el Derecho. Si en juicio ejecutivo no puede discutirse la causa ilícita de una obligación (piénsese que el título se haya expedido por deuda de juego o por pago de favores sexuales, etcétera), resulta claro que la celeridad de la decisión prevalece por sobre la verdad de la relación discutida. Y en nada empece a esta afirmación la circunstancia de que se posibilite luego la discusión causal, toda vez ya se habrá pagado la obligación ilícita. Y adviértase que, en Rosario, por ejemplo, el 70% de los pleitos que se incoan son de carácter ejecutivo...

[77] Ver *infra*, d).

tal el día cierto o incierto, pero necesario, en el cual los efectos de la relación jurídica comienzan o concluyen[78].

El plazo presenta dos caracteres *esenciales:* debe ser: 1) *futuro* y 2) *cierto* (significa que debe llegar fatalmente). Esta conceptuación sirve aun para caracterizar al impropiamente denominado *plazo incierto*, que es el que se fija con relación a un hecho futuro necesario para terminar el día en que ese hecho necesario se realice.

El plazo puede ser:

c.1.1) *legal* (establecido por ley);

c.1.2) *judicial* (acordado por los jueces en los casos en que están autorizados para hacerlo);

c.1.3) *convencional* (establecido por las partes de común acuerdo).

Cabe agregar que todo plazo expira siempre en la fecha de su vencimiento, a partir del cual la respectiva obligación deja de ser *de plazo pendiente* y se torna *exigible:* porque el acto sometido a plazo se convierte, a su vencimiento, en acto puro y *simple.*

Procesalmente, la vía ejecutiva procede sólo cuando del título que se intenta ejecutar resulta la exigibilidad del crédito[79].

Tal exigibilidad subsiste en el caso de que el acreedor haga entrega a uno de los codeudores de los documentos que instrumentan las deudas de que él se hace cargo.

La falta de exigibilidad del título puede fundar la excepción de inhabilidad aunque no haga a sus formas extrínsecas o aspectos puramente externos, si lo que se discute es la procedencia misma de la pretensión ejecutiva. A igual solución puede llegarse cuando, por acuerdo de partes, ha quedado derogada la exigibilidad de los documentos fundantes de la ejecución.

c.2) *Obligaciones que carecen de plazo*

Existen obligaciones sin plazo, exigibles en cualquier momento, tales

[78] Recuérdese que, según lo dispuesto en Código Civil, *art. 566*, "la obligación es a plazo cuando el ejercicio del derecho que a ella corresponde estuviere subordinado a un plazo suspensivo o resolutorio".

[79] Ver CPCN, art. 520; CPC de Santa Fe, art. 442, 1º, sin que sea menester la previa constitución en mora del deudor aunque ello resulte conveniente para los intereses del acreedor.

como las letras de cambio y documentos similares que se extienden *como pagaderos a la vista*[80] y el precio de las mercaderías compradas al contado[81], que son pagaderas desde el momento en que se constituyen.

Obviamente, la exigibilidad de la prestación[82] en tales casos no requiere explicación alguna. En cambio, existen también obligaciones sin plazo porque se omitió fijarlo en el acto de constitución. En tales supuestos, el acreedor no tiene acceso directo a la vía ejecutiva, a menos que el deudor haya consentido la fijación de un plazo por el acreedor, en cuyo caso no podrá aducir posteriormente ese defecto para impugnar la habilidad del título dentro del procedimiento ejecutivo.

En estas hipótesis, el plazo dentro del cual debe hacerse el pago tiene que ser fijado judicialmente, previo traslado al deudor y sin más trámite[83].

d) *Obligación pura o condición cumplida*

Una obligación es *pura* cuando su cumplimiento no depende de condición alguna, resultando obvio que no existe deuda exigible en las

[80] Decreto-ley 5965/63, *art. 36*: "La letra de cambio a la vista es pagable a su presentación. Ella debe presentarse para el pago dentro del plazo de un año desde su fecha, pudiendo el librador disminuir o ampliar este plazo. Estos plazos pueden ser abreviados por los endosantes. El librador puede disponer que una letra de cambio a la vista no se presente para el pago antes de un término fijado. En tal caso el plazo para la presentación corre desde ese término". *Art. 103*: "Son aplicables al vale o pagaré, en cuanto no sean incompatibles con la naturaleza de este título, las disposiciones de la letra de cambio relativas [...] al vencimiento (arts. 35 al 39)..."

[81] Código de Comercio, *art. 465*: "Desde que el vendedor pone la cosa a disposición del comprador, y éste se da por satisfecho de su calidad, existe la obligación de pagar el precio al contado o al término estipulado, y el vendedor se constituye en depositario de los efectos vendidos y queda obligado a su conservación, bajo las leyes del depósito". *Art. 474*: "Ningún vendedor puede rehusar al comprador una factura de los géneros que haya vendido y entregado con el recibo al pie de su precio, o de la parte de éste que se hubiere pagado. No declarándose en la factura el plazo del pago, se presume que la venta fue al contado. Las referidas facturas, no siendo reclamadas por el comprador dentro de los diez días siguientes a la entrega y recibo, se presumen cuentas liquidadas. Si el plazo de pago del precio fuera superior a los 30 días, se estará a lo dispuesto en el Capítulo XV, Título X del Libro 2".

[82] Es el objeto o contenido de un imperativo jurídico. Equivale a dar, hacer o no hacer. También la cosa o servicio que un contratante da o promete a otro.

[83] Ver CPC de Santa Fe, art. 445; CPCN, art. 525.

obligaciones condicionales hasta tanto no se haya cumplido la respectiva condición[84].

Resulta claro así que no trae *aparejada ejecución*[85] un título que contiene una obligación condicional si no se prueba que la condición se cumplió con el mismo título o con otro documento público o privado reconocido que se presente con aquél, o si el propio deudor no reconoce previamente tal circunstancia[86].

En tal caso, la vía ejecutiva deberá ser preparada mediante el procedimiento respectivo[87], al igual que cuando el título consiste en contrato bilateral, a fin de que el presunto deudor reconozca haberse cumplido las obligaciones pactadas a su favor[88].

e) *Objeto cierto y determinado o deuda líquida*[89]

En principio, este requisito alude a que la obligación exigible sea de dar suma de dinero[90] o, cual lo hacen algunas leyes aisladas[91], de dar valores o cosas ciertas y determinadas o de hacer (obligación de otorgar escritura pública).

Pero además, este requisito sujeta la existencia del título a la circunstancia de que de su texto no resulte dudoso lo que se debe ni su determinación cuantitativa; en otras palabras, para que el título sea

[84] Sin embargo, puede ser preparada la vía conforme lo indica, por ejemplo, CPC de Santa Fe, *art. 447*: "Si la deuda fuere condicional, se podrá igualmente preparar [la vía ejecutiva] pidiendo que el deudor reconozca el cumplimiento de la condición". Del mismo modo, establece CPC de Santa Fe, *art. 446*: "Cuando el título consistiere en contrato bilateral, podrá prepararse la ejecución pidiendo que el presunto deudor reconozca haberse cumplido las obligaciones pactadas en su favor".

[85] Es la fórmula que utilizan muchísimos códigos para decir que un *título es ejecutivo*.

[86] Así lo dice expresamente CPC de Santa Fe, *art. 443*: "No procederá la vía ejecutiva cuando la obligación esté subordinada a condición o prestación, siempre que del título respectivo o de otro documento público o privado reconocido que se presente junto con aquél, no resultare haberse cumplido la condición o satisfecho la prestación".

[87] CPCN, art. 525, 4º; CPC de Santa Fe, art. 447.

[88] CPC de Santa Fe, art. 446.

[89] La palabra *líquida* se aplica desde antaño a las cosas que son claras, ciertas en su cantidad valor y sin contestación, de suerte que basta pronunciar el nombre para saber en qué consiste y cuál es su extensión.

[90] Así lo expresa el CPCN, art. 520 y muchos de los CPC que lo siguen.

[91] Por ejemplo, CPC de Santa Fe, *art. 442:* "Se puede proceder ejecutivamente cuando se demande por obligaciones [...] de dar cosa o cosas muebles ciertas y determinadas, o por obligación de otorgar escritura pública, siempre..."

ejecutable es necesario que contenga la promesa de cumplir una prestación obligacional que tenga su objeto claramente *cierto* y *determinado* y que, además, no esté subordinada a condición alguna.

Además, esa obligación debe referir actualmente a una:

A) *deuda líquida:* la que no esté subordinada a condición alguna. Por ejemplo, una *obligación de hacer*, tal como la de otorgar escritura pública y una *obligación de dar suma cierta y determinada de dinero*; o una

B) *deuda liquidable:* aquella referida a una obligación de dar suma de dinero que, no siendo líquida, pueda calcularse su monto mediante simples operaciones aritméticas realizadas a partir de las bases que el mismo título suministra. Por ejemplo, una deuda de siete meses de alquiler por la suma mensual convenida como precio de la locación: al efecto, se multiplica el número de cuotas adeudadas por el importe de cada una de ellas, ya que en tal caso, no puede sostenerse que se está ante un supuesto de suma ilíquida que requiera su previa determinación por vía judicial y un expreso pronunciamiento de certeza a su respecto.

En general, la ausencia de este presupuesto se pone de manifiesto a través de la excepción de inhabilidad de título.

Véanse ahora algunos temas muy puntuales acerca del objeto.

e.1) *Deuda parcialmente líquida*

Si la deuda es en parte líquida y en parte ilíquida (no fácilmente liquidable por simples operaciones aritméticas), el título es hábil para la ejecución de la cantidad líquida y determinada, sin perjuicio de la circunstancia de que el acreedor reserve la cantidad ilíquida para demandarla por otra vía declarativa.

Tal afirmación, que condice con los principios generales antes expuestos en materia de objeto de la ejecución, se refiere –obviamente– al capital reclamado y no a sus accesorios (por ejemplo, rubro intereses) pues éstos entran dentro de la categoría de *deuda ilíquida pero fácilmente liquidable.*

e.2) *Clasificación del objeto*

No todas las leyes procesales vigentes en América otorgan vía ejecutiva para un mismo objeto, pudiendo hacerse así la siguiente clasificación:

e.2.1) *Obligación exigible de dar cantidad líquida de suma de dinero nacional*

Es el objeto común y se encuentra previsto en la mayoría de los códigos procesales[92].

Se trata en suma de las obligaciones legisladas en el Código Civil, artículos 616[93] y siguientes, conocidas en la doctrina como

A) *obligaciones de cantidad* o *deudas numerarias* (no interesa que sea moneda valorizada o depreciada en el mercado económico; se debe siempre la misma cantidad cuantitativamente considerada). Casi siempre son líquidas. Y como

B) *deudas de valor*[94] (donde el objeto de la obligación es la cantidad de valor estipulada y esa cantidad debe ser la entregada por el deudor, sin interesar el medio cancelatorio empleado en tanto el acreedor vea satisfecha su pretensión). Siempre son liquidables.

e.2.2) *Obligación exigible de dar cantidad líquida de moneda extranjera*

Este tipo de obligación no era mencionado en los códigos anteriores al de la Nación Argentina. A partir de su vigencia, aparece constantemente en las normativas provinciales, salvo en las que aun se mantienen indemnes de su normativa[95].

Esto ocurre al socaire de lo resuelto por abundante jurisprudencia nacional, estableciéndose que la ejecución de la cantidad de moneda extranjera debe promoverse por su equivalente en moneda nacional según

[92] Por ejemplo, CPCN, art. 520; CPC de Santa Fe, art. 442.

[93] Su texto dice: "Es aplicable a las obligaciones de dar sumas de dinero, lo que se ha dispuesto sobre las obligaciones de cosas inciertas no fungibles, sólo determinadas por su especie, y sobre las obligaciones de dar cantidad de cosas no individualizadas".

[94] Cód. Civ., *art. 619* decía en su texto anterior: "Si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda corriente nacional, cumple la obligación dando la especie designada, u otra especie de moneda nacional al cambio que corra en el lugar en el día del vencimiento de la obligación". Y la nota del Codificador a dicha norma expresaba: "Nos abstenemos de proyectar leyes para resolver la cuestión tan debatida sobre la obligación del deudor, cuando ha habido alteración en la moneda, porque esa alteración se ordenaría por Cuerpo Legislativo Nacional, cosa casi imposible. La ley declararía el modo de satisfacer las obligaciones que ya estuvieses contraídas [...] Por cierto que hoy la moneda no se estima por la cantidad que su sello oficial designe, sino por la sustancia, por el metal, oro o plata que contenga..."

[95] Prevista, por ejemplo, en los CPC de Buenos Aires, art. 518; Entre Ríos, art. 506; Corrientes, art. 399; Córdoba, art. 818; San Luis, art. 520; etc.

la cotización oficial al día de la iniciación o la que las partes hubiesen convenido, sin perjuicio del reajuste que pudiere corresponder al día del pago[96].

Este tipo de obligación encuadra siempre dentro del grupo de *deuda liquidable*, ya que su calidad de líquida resulta de multiplicar la cantidad de moneda por su cotización en el mercado, y como la conversión de una moneda a otra debe hacerse al tipo de cambio vigente en el día del pago, resulta que el monto de la ejecución es siempre el estipulado en moneda extranjera, siendo por tanto provisional el monto del juicio en moneda argentina y, por ende, la determinación de la cantidad a embargar.

[96] Se hace con ello clara aplicación de lo dispuesto en el art. 8º de la ley 1130 (ver ADLA, años 1881-1888, p. 21). Es importante destacar que, según lo dispuesto en el texto originario del art. 617 del Código Civil, hoy derogado "si por el acto por el que se ha constituido la obligación se hubiere estipulado dar moneda extranjera que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas". La norma fue parcialmente derogada por la ley 1130, al establecer que "los tribunales, oficinas o funcionarios públicos de la Nación o de las provincias, no podrán admitir gestión ni dar curso a acto alguno que represente o exprese cantidades de dinero que no sea en moneda nacional, *con excepción de aquellos actos o contratos que hubieran debido ejecutarse fuera del país*. Los que hubieren estipulado en el extranjero para ejecutarse en la República, deberán exigirse en moneda nacional o equivalente". Sin embargo, si la obligación debe ejecutarse *fuera del país*, por regir la excepción prevista en la norma pretranscrita, debe ser considerada como de dar cantidades de cosas, en cuyo supuesto no resulta imprescindible la conversión de la moneda extranjera a moneda nacional, debiendo el deudor entregar al acreedor la misma cosa a cuya entrega se obligó (art. 740, Cód. Civ.) sin poder ser obligado el acreedor a recibir otra cosa, aunque sea de igual o mayor (íd.).

A igual solución puede llegarse en el caso de que la moneda extranjera objeto de la prestación carezca de cotización en el mercado oficial argentino, salvo que la tenga en el mercado libre, en cuyo supuesto deberá estarse a él.

En cuanto a la posibilidad de reajustar la deuda al valor de la moneda extranjera al día del pago, debe tenerse en cuenta que si existen diversos tipos de cambio, debe estarse al oficial y que si hay distintos tipos oficiales para la misma moneda y ninguno de ellos corresponde a la materia de la que se trata, la liquidación debe hacerse al tipo cambiario que resulte más beneficioso para el deudor.

Por otra parte, existiendo la posibilidad de reajuste de la deuda al cambio de la fecha de pago, puede ocurrir que en tal día el interés del acreedor se vea perjudicado por haber variado en menos el tipo cambiario de que se trate, con relación a la fecha de vencimiento de la obligación. En tal caso, parece justo prestarle la solución que prevé el art. 619 del Código Civil, pues de otra manera se beneficiaria el deudor con motivo de su incumplimiento, lo que no resulta jurídica ni moralmente aceptable.

Para terminar, cabe aclarar que si bien el CPC de Santa Fe, artículo 442, no prevé específicamente el supuesto de la obligación en moneda extranjera, la ejecución resulta procedente también allí, no sólo porque la demanda debe efectuarse en moneda argentina sino también porque, en última instancia, se trata de dar cosa cierta y determinada, sustituible por moneda nacional.

e.2.3) *Obligación exigible de dar cantidades de cosas o valores*

Salvo en el CPC de Santa Fe, que consagra expresamente la ejecutividad de este tipo de obligación, no se encuentra contemplado en la mayoría de los códigos que siguen al CPC Nación, que admite la vía ejecutiva sólo respecto de sumas de dinero, con olvido de los antecedentes españoles que permiten desde antiguo el acceso a tal vía cuando la pretensión se refiere a valores o cosas que se cuentan, miden o pesan.

La norma se aplica para las obligaciones previstas en Código Civil, artículo 606[97], de tal suerte que el deudor sólo podrá entregar como prestación una cantidad correspondiente al objeto de la obligación, de la misma especie y calidad (ídem, art. 607)[98] quedando individualizada la cantidad como cosa cierta después que fuere contada, pesada o medida por el acreedor (Cód. Civ., art. 609)[99].

e.2.4) *Obligación exigible de dar cosa mueble cierta y determinada*

No todos los códigos prevén este tipo de título, no obstante que nada indica que no puede tener ejecutividad un título que exprese este tipo de obligación. Eso es lo que, por ejemplo, legisla el CPC de Santa Fe, artículo 442[100].

e.2.5) *Obligaciones de hacer*

Son obligaciones de hacer las que tienen por objeto la realización de un hecho y, como por su naturaleza son rebeldes al procedimiento

[97] Ver nota 50.

[98] Código Civil, *art. 607:* "En estas obligaciones, el deudor debe dar, en lugar y tiempo propio, una cantidad correspondiente al objeto de la obligación, de la misma especie y calidad".

[99] Código Civil, *art. 609:* "Las cantidades quedarán individualizadas como cosas ciertas, después que fuesen contadas, pesadas o medias por el acreedor".

[100] La norma dice: "Se puede proceder ejecutivamente cuando se demande por obligaciones exigibles de dar cantidades líquidas de dinero, cosas o valores, o de dar cosa o cosas muebles ciertas y determinadas, o por obligación de otorgar escritura pública, siempre que la acción se deduzca en virtud de título que trae aparejada ejecución..."

compulsorio, los códigos argentinos –en general– no las contemplan en la enunciación que hacen de los títulos ejecutivos, salvo los de Santiago del Estero y Santa Fe, que establecen expresamente que puede procederse ejecutivamente por *obligación de otorgar escritura pública*, siempre que la pretensión se deduzca en virtud de título que traiga aparejada ejecución.

Aparentemente, la innovación que traen los citados códigos sobre el resto de las legislaciones procesales argentinas se refiere sólo a la posibilidad de abrirse la vía ejecutiva en el exclusivo caso de escrituración. Sin embargo, otros códigos, al igual que el de Santa Fe, artículo 265, establecen que, en caso de que se condenare en juicio declarativo a otorgar una escritura pública y el ejecutado no lo hiciere en el plazo señalado en la sentencia, el juez ordenará a opción del ejecutante que se haga a costa del deudor o se otorgue la escritura por el mismo juez a nombre del obligado o que éste pague los daños y perjuicios[101].

En otras palabras, la loable innovación del CPC Santa Fe se reduce a otorgarle vía ejecutiva a la pretensión de escrituración, tomando como antecedente la *Exposición de Motivos* del *Proyecto del Código de Procedimientos* del Instituto de Altos Estudios Jurídicos de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Plata, donde se afirmaba que "en la generalidad de los casos, la obligación se convierte en la de pagar daños y perjuicios, para llegar a lo cual es menester llenar una serie de requisitos que tienen necesariamente que alargar el procedimiento. Es teniendo en cuenta esa circunstancia que admitimos la ejecución para las obligaciones de hacer escritura pública, que son las que se prestan a una inmediata o fácil realización por el juez".

Tal es el criterio que se adoptó en Santa Fe en el CPC anterior al vigente[102], en el que no se quiso introducir una reforma fundamental –otorgando la vía ejecutiva al resto de las obligaciones de hacer– que la experiencia no reclamaba[103].

[101] CPCN, art. 512.

[102] Es la ley 2924 (Código de Procedimientos Civiles de 1940), vigente hasta 1962.

[103] El origen de esta regla de excepción requiere un comentario de la norma civil que instrumenta. Un análisis detenido del problema lleva inexorablemente a entrar a la consideración de las normas de fondo para determinar la naturaleza jurídica de la obligación de escriturar y sus relevantes consecuencias prácticas.

3.2.2. Enunciación ejemplificativa de títulos ejecutivos

Con el deseo de presentar sólo una simple ejemplificación de documentos consagrados por diversos ordenamientos en la Argentina que

El meollo de la cuestión reside en elucidar si la obligación de escriturar se rige por las disposiciones generales relativas a las obligaciones de hacer (Libro II, Sección 1, Título VIII) estipuladas en el Código Civil, o bien constituye una obligación de hacer de carácter *sui generis* a la que no son aplicables las reglas de carácter general aludidas. Veamos: Código Civil, *art. 1185*, establece que "los contratos que, debiendo ser hechos en escritura pública, fuesen hechos por instrumento particular, firmado por las partes, o que fuesen hechos por instrumento particular en que las partes se obligasen a reducirlo a escritura pública, no quedan concluidos como tales, mientras la escritura pública no se halle firmada..." y tal obligación "...será juzgada como una *obligación de hacer*, y la parte que resistiere a hacerlo, podrá ser demandada por la otra para que otorgue la escritura pública, *bajo pena* de resolverse la obligación en el pago de pérdidas e intereses" (Cód. Civ., art. 1187).

A su turno, Código Civil, *art. 505* dice que "los efectos de las obligaciones respecto del acreedor son [...] 2) Para *hacérselo procurar por otro* a costa del deudor", lo cual es corroborado específicamente en el caso de las obligaciones de hacer por Cód. Civ., *art. 626*, que establece que "el hecho *podrá ser ejecutado por otro que el obligado*, a no ser que la persona del deudor hubiese sido elegida para hacerlo por su industria, arte o cualidades personales".

Del cotejo de estas disposiciones legales surge claramente la necesidad de establecer si los arts. 1185 y 1187 del Cód. Civ. constituyen o no una excepción dentro del sistema elaborado por el Codificador en materia de obligaciones en general y de obligaciones de hacer, específicamente. O, en otros términos, si la obligación de otorgar escritura pública es susceptible de ser ejecutada por un tercero (el juez) o, por el contrario, sólo puede resolverse en el pago de pérdidas e intereses.

Acertadamente sostiene Brebbia que "los términos literales del art. 1187 *in fine* no autorizan a suponer que el legislador ha querido consagrar con los mismos una excepción a los principios establecidos en otra parte del código referente al cumplimiento de las obligaciones. La expresión '*bajo pena de resolverse la obligación en el pago de daños e intereses*' no tiene ningún significado especial en el caso que examinamos, sino que constituye una aplicación práctica más del principio general vigente en materia de obligaciones, por el que, cuando la prestación se ha hecho imposible por causa imputable al deudor, la obligación se resuelve procediendo la reclamación de los daños y perjuicios (Cód. Civ., arts. 505, 519, 628, 629 y concs.)".

No se ha sostenido que para la prestación en sí de la firma sea necesario considerar las cualidades personales, arte o industria del firmante. Si alguna duda pudiera existir al respecto, la misma podría surgir del hecho de confundir el doble papel que cumple el juez en los juicios de escrituración, o sea: *el de juzgador*, cuando hace lugar a la pretensión condenando al deudor a otorgar escritura, bajo pena de hacerlo él mismo y *el de tercero que ejecuta lo que debe el deudor*, en el acto de la firma del instrumento público. En este último supuesto el juez no actúa en cumplimiento de su función jurisdiccional, sino como simple particular, como se evidencia fácilmente por el hecho de que el mismo pueda delegar la realización del acto material de la firma en otra persona.

se aceptan como *títulos que posibilitan ejecución*[104] en tanto que de sus textos surjan exactamente y a simple lectura los requisitos vistos precedentemente en 3.2.1[105], menciono a los siguientes[106]:

a) los instrumentos públicos[107];

Tampoco puede argüirse que esta tesis importe emplear violencia contra el deudor y arrancarle un consentimiento no prestado. Lo que prohíbe el Cód. Civ., art. 629, es el empleo de la violencia física contra el deudor para obligarlo a cumplir *personalmente* la prestación a la que se obligara; en el presente caso, la prestación (o sea, la firma de la escritura) *la efectúa otro* (el juez).

Finalmente, cabe acotar que *la obligación de escriturar es recíproca,* toda vez que pesa por igual sobre ambas partes contratantes; si con relación al vendedor, es fácilmente comprensible la actuación del juez, la situación difiere si debe otorgar la escritura por el comprador, toda vez que el juez no podría abonar por éste el precio pactado o el saldo de precio pendiente ni otorgar escritura de hipoteca –como alguna vez se ha sostenido– a favor del vendedor.

Sin embargo, particulares circunstancias pueden incidir en la solución afirmativa cuando el comprador abonó el precio de la cosa y no cumple con su obligación de otorgar la escritura, interesándole al vendedor su pronta instrumentación (Caso similar se presenta en la compraventa de automotores que debe ser inscripta en el Registro respectivo; y la experiencia indica que es precisamente el comprador quien dilata la inscripción). En tal supuesto, parece obvio que el juez puede y debe realizar la escritura.

[104] A este efecto, parto del contenido del CPC de Santa Fe en su art. 442.

[105] O sea: 1) quién es el acreedor y quién el deudor; 2) qué es lo que se debe; 3) la exigibilidad de la deuda; 4) el carácter ejecutivo acordado por la ley o la convención de los interesados y, además, 5) que en sus contenidos no se mencione una causa ilícita.

[106] Desde el comienzo de esta obra he tratado sistemáticamente de no mencionar normas puntuales de código alguno, pues la intención es mostrar un sistema procesal que sirva universalmente. De esta tónica debo apartarme ahora, pues, como lo he señalado en el texto, el tema es asaz contingente, variando grandemente de una normativa a otra. Y ello sobremanera desde que el capricho legislativo ha convertido en títulos ejecutivos a simples documentos que no admiten serlo conforme cánones lógicos. Ya se verá en el texto cómo critico todo este desfase.

[107] Son los mencionados en Código Civil, *art. 979*: "Son instrumentos públicos respecto de los actos jurídicos: 1) las escrituras públicas hechas por escribanos públicos en sus libros de protocolo, o por otros funcionarios con las mismas atribuciones, y las copias de esos libros sacadas en la forma que prescribe la ley; 2) cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en la forma que las leyes hayan determinado; 3) los asientos en los libros de los corredores, en los casos y en la forma que determine el Código de Comercio; 4) las actas judiciales, hechas en los expedientes por los respectivos escribanos y firmadas por las partes, en los casos que determinen las leyes de procedimientos; y las copias que de esas actas se sacasen por orden del juez ante quien pasaron; 5) las letras aceptadas por

b) los documentos privados suscritos por el obligado y reconocidos judicialmente[108] o certificados en su firma por escribano público con intervención del obligado y registrada la certificación en el respectivo protocolo[109];

c) los créditos provenientes de alquileres de inmuebles[110];

d) la confesión de deuda líquida y exigible prestada ante juez competente para conocer en la ejecución[111] (aunque no en CPC Santa Fe, donde se prohíbe expresamente);

el gobierno o sus delegados, los billetes o cualquier título de crédito emitido por el tesoro público, las cuentas sacadas los libros fiscales, autorizadas por el encargado de llevarlas; 6) las letras de particulares, dadas en pago de derechos de aduana con expresión o con la anotación correspondiente de que pertenecen al tesoro público; 7) las inscripciones de la deuda pública, tanto nacionales como provinciales; 8) las acciones de compañías autorizadas especialmente, emitidas en conformidad a sus estatutos; 9) los billetes, libretas, y toda cédula emitida por los bancos, autorizados para tales emisiones..."

[108] El CPC de Santa Fe, *art. 445* norma lo relativo al tema: "La vía ejecutiva puede prepararse pidiendo: 1) que el ejecutado reconozca la firma cuando el documento sea privado; 2) que en caso de cobro de alquileres, el locatario confiese su calidad de tal y por el término expresado por el actor, el precio convenido y que exhiba el último recibo; 3) que el juez señale el plazo dentro del cual debe hacerse el pago si el acto constitutivo de la obligación no lo designara o si autorizara al deudor para verificarlo cuando pudiere o tuviere medios para hacerlo. Para la fijación del plazo el juez oirá a las partes en audiencia y resolverá sin más trámite". A estos casos el CPCN, *art. 525*, agrega el supuesto que norma: "que el deudor reconozca el cumplimiento de la condición, si la deuda fuese condicional".

Y el *art. 449*: "Si el documento privado fuere firmado por autorización o a ruego, el reconocimiento será hecho por el deudor, a menos que la autorización o el mandato consten en instrumento público que se presente, en cuyo caso se citará al autorizado o al mandatario".

[109] Texto ejemplar contenido en el CPCN, art. 523, 2º.

[110] CPCN, art. 523, 4º. Similarmente, CPC de Santa Fe, *art. 448*, dice: "En el caso de locación, quedará igualmente preparada la vía ejecutiva cuando el locatario confiese su calidad de tal, por el tiempo expresado en la demanda y no exhiba recibos que sean reconocidos por el actor y que justifiquen el pago de los alquileres demandados".

[111] Este supuesto de ejecutividad está previsto en el CPCN, art. 523, 3º. Pero no es pacífica su aceptación en otros códigos, Por ejemplo el CPC de Santa Fe, *art. 444*, lo descarta expresamente: "La confesión hecha en juicio declarativo, absolviendo posiciones o de otro modo, no constituye título ejecutivo". Como se ve, la enumeración es siempre contingente y, por ello, el tema no tolera la construcción de una teoría general.

e) la letra de cambio[112], el vale[113] o el pagaré[114], protestados o emitidos con la cláusula *sin protesto*;

f) la factura conformada[115];

g) el cheque[116];

h) la constancia de saldo deudor de cuenta corriente bancaria[117];

i) el juramento decisorio[118];

j) los créditos por expensas comunes[119];

[112] La fuerza ejecutiva emerge del Decreto Ley nacional 5965/63, *art. 60* (ratificado por ley 16.478): "La letra de cambio debidamente protestada es título ejecutivo para accionar por el importe del capital y accesorios..."

[113] La fuerza ejecutiva emerge del Decreto Ley nacional 5965/63, art. 103 (ratificado por ley 16.478).

[114] Ver nota anterior.

[115] El Decreto Ley nacional 6601/63, *art. 13*, disponía en su versión originaria que: "La factura conformada debidamente protestada es título ejecutivo y permite al tenedor accionar por el capital y accesorios individual o conjuntamente contra todos los obligados al pago de la factura".

[116] El Decreto Ley nacional 4776/63, *art. 38* establecía en su versión originaria que: "El Banco que se niegue a pagar un cheque presentado al cobro dentro del plazo legal deberá hacer constar esa negativa en el mismo título, con expresa mención del motivo en que se funda, de la fecha y de la hora de la presentación y del domicilio del librador registrado en el Banco, debiendo ser suscrita esa constancia por persona autorizada, bajo pena de responder el Banco por los perjuicios que origine. Igual constancia consignada por el Banco surtirá los efectos del protesto. *Con ella quedará expedita la acción ejecutiva* que el portador puede iniciar contra el librador y los endosantes. La presentación tardía del cheque perjudica la acción ejecutiva".

[117] El Cód. de Comercio, *art. 793*, en párrafo introducido por el Decreto Ley nacional 15.354/46, dispone que: "Las constancias de los saldos deudores en cuenta corriente bancaria, otorgados con las firmas conjuntas del gerente y contador del Banco, serán consideradas títulos que traen aparejada ejecución, siguiéndose para su cobro los trámites que para el juicio ejecutivo establezcan las leyes de procedimientos del lugar donde se ejercite la acción".

[118] Ya he explicado en el Capítulo 22 qué es este tipo de juramento, hoy en franca retirada en la generalidad de los ordenamientos procesales de América. Pero hubo códigos que le otorgaron ejecutividad: por ejemplo, el viejo CPC de Corrientes, art. 400, inc 5º se la dio al juramento deferido por una parte a la declaración juramentada de la otra para que ella misma resolviera total o parcialmente el litigio.

[119] Este tipo de título no fue previsto en el texto de la ley 13.512, que aceptó la horizontalidad de la propiedad, pero apareció como tal en el viejo CPC de Córdoba, art. 819, 6º y se reafirmó por su inclusión en el CPCN, *art. 524*: "Constituirá título ejecutivo el crédito por expensas comunes de edificios sujetos al régimen de propiedad horizontal. Con el escrito de promoción de la ejecución, deberán acompañarse certificados de deuda que reúnan los requisitos exigidos por el reglamento de copropiedad. Si éste no los hubiere previsto, deberá agregarse la constancia de la deuda líquida y exigible y del plazo concedido a los copropietarios para abonarla, expedida por el administrador o quien haga sus veces".

k) los títulos de ejecutividad convencional de los propios interesados[120].

l) los demás títulos a los cuales las leyes hayan dado fuerza ejecutiva.

El lector que desee conocer inventario similar en otros países habrá de ocurrir a la legislación de que se trate y es posible que allí se repitan varios de los aquí mencionados.

4. El procedimiento ejecutivo

Ya expliqué supra la especial característica de este tipo de juicio: la ley invierte la carga de afirmar en la demanda y la desplaza hacia el ejecutado para que éste afirme alguna excepción que obste a su progreso[121].

Ello ocurre cuando el juez acepta sin audiencia previa del deudor la validez del derecho que instrumenta el título y dicta la resolución mediante la cual lo *cita de remate* y lo *intima* para que pague la deuda u oponga excepción legítima, con la prevención o apercibimiento en ambos casos de que, si no cumple una u otra tarea en el plazo establecido al efecto por la ley, dictará nueva resolución ordenando continuar sin más el trámite de remate de los bienes embargados (*sentencia de trance y remate*).

[120] El tema no es nada pacífico en la doctrina argentina, particularmente a raíz de las posiciones antagónicas que los autores han adoptado acerca de la ejecutividad de los saldos deudores expedidos por las empresas que administran tarjetas de crédito.
Para quienes creen que todo lo relativo a la materia puramente procedimental es de orden público, aferrados a lo mejor del pensamiento inquisitorial, resulta más que obvio que no cabe la aceptación de estos títulos. Por lo contrario, para quienes aceptamos que no hay orden público en el método procedimental y que, cuando se trata de materia transigible –cual ocurre con toda deuda contraída a raíz del uso de una tarjeta de crédito– parece claro que las partes pueden pactar la ejecutividad de tales saldos deudores toda vez que, pudiendo transigir acerca de lo más (que es, precisamente, el pago de la deuda), pueden hacer lo mismo respecto del método que utilizarán a efectos de debatir dicha deuda. Y si se recuerda que nuestro juicio ejecutivo no tiene nada de tal sino que, a la postre, es un simple juicio declarativo abreviado a base de invertir la carga de afirmar y de restringir plazos, defensas argüibles y recursos que puede utilizar al ejecutado, la respuesta afirmativa surge obvia y nítida.

[121] Si bien se mira, este procedimiento es de estructura monitoria, pues opera con la sola presencia del pretendiente e invierte la carga de afirmar la existencia de un conflicto.

A este último efecto, en la misma resolución el juez ordena trabar embargo sobre bienes libres y embargables del deudor en cantidad suficiente para cubrir el monto líquido de la deuda y sus accesorios.

Ya he sostenido antes que en caso de no pagar el deudor y de trabarse embargo sobre sus bienes es razonable el dictado de la segunda resolución para ordenar su inmediata venta en subasta. Y agregué que nada justifica su emisión cuando no hay bien alguno para rematar, proponiendo volver al remoto pasado y, así, decretar el sobreseimiento de la ejecución hasta tanto aparezcan bienes al efecto.

El tema no es baladí y ha dividido a la doctrina importante de la Argentina[122]. Pero reafirmo la posición ya tomada e insisto en que lo que

[122] En un trabajo anterior que escribí en coautoría con el nunca suficientemente recordado Lino Enrique Palacio, el gran procesalista argentino, planteamos el problema relativo a si el embargo configura o no un trámite *esencial* del juicio ejecutivo (ver *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, t. IX, p. 267, en comentario al art. 531). Recordamos allí que algunos autores (Lascano, *Hacia un nuevo tipo de proceso*, en *Revista de Derecho Procesal* [1943-I-80]; Molinario, Alberto, *El embargo es trámite esencial en el cumplimiento de la sentencia de trance y remate, aun cuando se trate de título ejecutivo en el que se persigue la realización de un crédito garantizado con hipoteca* [en J. A. 1957-II-277]) se han pronunciado en sentido afirmativo, fundados sustancialmente en la consideración de que siendo el juicio ejecutivo una de las modalidades de la ejecución forzada, y debiendo disponer la sentencia que en él recaiga "que se lleve adelante la ejecución en todo o en parte, o su rechazo", en el supuesto de no haberse trabado embargo sobre bienes del deudor el juicio carecería de toda razón de ser, pues la ejecución sólo puede ser llevada mediante la realización forzada de los bienes embargados. En cambio, ALSINA, *Tratado...*, t. IV, p. 87; DE LA COLINA, *Derecho y legislación procesal*, t. II, p. 323; PODETTI, *Tratado de las ejecuciones*, t. VII-A, p. 207; MORELLO, PASSI LANZA, SOSA y BERIZONCE, *Códigos...*, t. VI-I, p. 285, entienden que el embargo no constituye un trámite esencial del juicio ejecutivo y que, por lo contrario, dicha medida entraña una garantía instituida en favor del acreedor, quien puede renunciar a ella.

Con la visión lejana de las cosas que sólo permiten los años, creo que la lógica acompaña única y decididamente a la primera posición. Con lo cual confieso –nuevamente y sin temor– haber cometido un error de apreciación al tiempo de suscribir con Palacio la tesis recién reseñada, toda vez que no puede haber justificación alguna en aceptar doctrinalmente la emisión de la orden judicial de *rematar nada*.

Pero lo que realmente me convence es que eso, que ya debe parecer un claro dislate para el menos prevenido, consume un tiempo enorme y precioso al personal del Poder Judicial, que se entretiene burocráticamente en más del 70% de los pleitos en los cuales interviene, ordenando y notificando cosas imposibles de cumplir, en lugar de dedicarse

aquí se sostiene puede resultar muy conveniente para agilitar los procedimientos ejecutivos en todos nuestros códigos.

4.1. Las restricciones a la defensa en el juicio ejecutivo

Ya adelanté que la celeridad de este tipo de procedimiento se logra mediante la reducción de plazos y de medios defensivos. En rigor de verdad, no hay otra forma posible de hacerlo.

En cuanto a los plazos, notará el lector que el tiempo concedido para ejercitar la defensa siempre es harto breve en todos los códigos: tres o cinco días, lo que obviamente conspira contra un adecuado ejercicio del derecho de defensa en juicio.

En lo que toca a la restricción de defensas, ya se sabe que el demandado no puede negar hecho alguno en razón de que el derecho del ejecutante viene predeclarado por la ley en el propio título que el juez debe aceptar como válido, en modo similar a lo que ocurre en la ejecución del título ejecutorio *sentencia*.

Ésa es la razón por la cual todos los códigos limitan el número de excepciones admisibles. Para justificar este aserto, y dada la gran contingencia que existe en la materia, tomaré el CPCN en su artículo 544 para mostrarlo como ejemplo y que contiene una enunciación taxativa[123]: "Las únicas excepciones admisibles en el juicio ejecutivo son: 1) incompetencia; 2) falta de personería en el ejecutante, en el ejecutado o en sus representantes, por carecer de capacidad civil para estar en juicio o de representación suficiente; 3) litispendencia en otro juzgado o tribunal competente; 4) falsedad o inhabilidad de título con que se pide la ejecución. La primera podrá fundarse únicamente en la adulteración del documento; la segunda se limitará a las formas extrínsecas del título, sin que pueda discutirse la legitimidad de la causa. El reconocimiento expreso de la firma no impide la admisibilidad de la excep-

a otras tareas fructíferas que posibiliten, por ejemplo, disminuir en algo la inmensa e imperdonable mora que soporta el sufrido justiciable en nuestros países.

[123] Castizamente, esta voz significa "que no admite discusión" (por ejemplo, una orden taxativa). No obstante, en el lenguaje jurídico se utiliza con otro sentido: el de restringir una enunciación sólo a los supuestos enunciados. Con lo cual viene a significar *limitativo*.

ción de falsedad fundada en la adulteración del documento[124]. Estas excepciones son inadmisibles si no se ha negado la existencia de la deuda; 5) prescripción; 6) pago documentado, total o parcial; 7) compensación de crédito líquido que resulte de documento que traiga aparejada ejecución; 8) quita, espera, remisión, novación, transacción, conciliación o compromiso documentados; 9) cosa juzgada"[125].

Adviértase que las contenidas en los incisos 1º y 2º son las excepciones conocidas comúnmente como procesales[126] y que las referidas en los incisos 3º[127] y 9º son las clásicas que defienden el principio de seguridad jurídica y que trata de que no existan sentencias contradictorias referidas a un mismo hecho (en el caso, a un mismo título)[128].

[124] Este párrafo fue añadido a la norma mediante ley 22.434 y no se encuentra en un cúmulo de códigos que siguen la anterior versión del CPCN. Y este añadido ha sido una tajante decisión del legislador inspirado, seguramente, en la variable y antojadiza jurisprudencia que se reiteró durante la vigencia de la norma anterior que decía: "si hubiere reconocimiento expreso de la firma, no procederá la excepción de falsedad", lo que es un claro disparate en razón de que la firma puede ser cierta pero estar adulterado el texto.

[125] Repárese en el enorme número de excepciones que han quedado excluidas de este inventario. Así, entre otras, las perentorias o de fondo que siguen: *plus petitio*, arraigo, abuso del derecho, o de la firma en blanco, mora del acreedor, derecho de retención, *exceptio doli*, etcétera. Ruego ver el Capítulo 21 y hacer la comparación del caso.

[126] Sólo falta a este efecto la de *demanda defectuosa* o de *defecto legal en el modo de proponer la demanda*, que por obvias razones no puede integrar este elenco ya que del título mismo surgen la respuesta a las cuatro preguntas posibles de hacer frente a cualquiera demanda: quién, a quién, qué y por qué se demanda,

[127] Refiere sólo al caso de litispendencia por *identidad* y no por *conexidad*, con lo cual se descarta por completo que pueda haber litispendencia con otro juicio donde se tramite una pretensión declarativa. Sin embargo, debe admitirse la litispendencia por conexidad en el caso de cobro ejecutivo de alquileres cuando existe paralelamente otro juicio de pago por consignación de los mismos alquileres en ejecución. Esto es, por otra parte, lo ya sostenido en el Capítulo 23.

[128] Adviértase también que la más importante excepción que integra este grupo es la de *inconstitucionalidad* y que se halla implícitamente prohibida en el caso. Y ello muestra, otra vez, que el legislador ha privilegiado valores diferentes en esta oportunidad, cosa que se hace en el mundo entero a partir de asignar carácter abstracto a la letra de cambio y de extender tal concepto a los demás títulos que no son cambiarios. Esto se tendrá oportunamente en cuenta para admitir la seriedad de la crítica que haré *infra* al plantear la necesidad de categorizar los títulos ejecutivos en orden a su mayor o menor fehaciencia. Y todo ello se justifica sosteniendo que el derecho de defensa no se violenta grandemente, pues siempre queda la posibilidad de discutir el tema en el juicio declarativo posterior, incoado por el ejecutado contra el ejecutante ¡pero después de haber satisfecho la deuda instrumentada en el título ejecutivo!

Las que se enuncian en los incisos 5º, 6º[129], 7º[130] y 8º se entroncan con lo dispuesto en el artículo 714 del Código Civil en tanto muestran supuestos de extinción de las obligaciones.

Finalmente: las del inciso 4º son específicas del juicio ejecutivo, por lo que haré seguidamente una somera referencia a ellas.

a) *Excepción de falsedad*

Con esta excepción se sostiene la falsificación[131] o la adulteración[132] material del documento ejecutivo, en todo o en parte. Pero no alcanza para discutir idóneamente la causa obligacional, so capa de su falsedad, ya que ella debe referir sólo y estrictamente al mismo documento.

A los fines de su admisibilidad no basta la mera negativa de la firma en razón de la fehaciencia del título.

b) *Excepción de inhabilidad de título*

Desde siempre, esta excepción se halla limitada a las *formas extrínsecas del título*, lo que implica que *las intrínsecas* son ajenas a toda posibilidad de discusión en el juicio ejecutivo. En otras palabras: ella debe versar sólo acerca de si el documento muestra a simple vista, exacta y puntualmente, la totalidad de los requisitos ya vistos precedentemente.

De esta forma, y tal como ya lo he adelantado, la ley prohíbe que el debate procesal verse acerca de la causa obligacional, sin que pueda discutirse su legitimidad.

Ya he expresado opinión al respecto y a ella me remito para dar por concluido este tópico.

[129] No todos los códigos refieren al *pago parcial* y, con ello, han ocasionado una enorme incertidumbre jurisprudencial en razón de que muchos jueces no la admiten en razón de la limitatividad de la enunciación y ordenan postergar toda discusión al respecto hasta el momento de que liquidar la deuda. Y, así, generan daño irreparable: por ejemplo, los honorarios del letrado del ejecutante se calcularán también sobre cifra que puede estar pagada y, por ende, ajena al litigio.

[130] La excepción de compensación muestra una conceptuación diferente a la de la ley civil, ya que debe vincularse, exclusivamente, con otro crédito líquido que se encuentre contenido en título ejecutivo.

[131] Referida a algo auténtico, realizar una copia de ello para que pase por verdadera.

[132] Castizamente, *adulterar* es corromper o alterar algo, falsear o alterar la verdad. Si se compara este caso con el referido en la nota anterior, éste supone un documento autentico en tanto que el otro no.

4.2. Los efectos de la sentencia ejecutiva

Dada no sólo la sumariedad del trámite sino, y muy particularmente, la inversión de la carga de afirmar y la imposibilidad de discutir la causa de la obligación que se ejecuta, se acepta desde siempre que la sentencia que se dicta como objeto del proceso de que se trate no alcanza los efectos propios del caso ya juzgado[133].

De ahí que los códigos admiten pacíficamente que "Cualquiera fuere la sentencia que recaiga en el juicio ejecutivo, el ejecutante o el ejecutado podrán promover juicio declarativo posterior"[134].

A raíz de ello, muchos autores enseñan que la sentencia ejecutiva produce sólo *cosa juzgada formal* (en tanto se acepta discusión posterior de la causa). Y no es así, afirmación que se aceptará de buen grado apenas se repare en que los mismos códigos que norman acerca del tema agregan, cual lo hace la norma recién citada, que "Toda defensa que por ley no fuere 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 [...] El juicio ordinario promovido mientras se sustancia el ejecutivo no produce la paralización de este último"[135].

La primera impresión que genera la lectura de tal norma causa asombro, pues, si se mira sin detenimiento en el tema, parece que nada puede ser discutido con posterioridad salvo lo relativo a la causa obligacional.

[133] Recuérdese que las leyes mencionan a este efecto como *cosa juzgada*.
[134] En este sentido, ver CPCN, art. 553.
[135] Ídem, art. 553. El texto transcrito abunda en situaciones que no están normadas en muchos otros códigos. Por ejemplo, y para que el lector pueda comparar, el CPC de Santa Fe, *art. 483*, establece que "Cualquiera sea la sentencia, tanto el actor como el demandado tendrán derecho a promover el juicio declarativo que corresponda. En éste, no estará permitido discutir las excepciones procesales relativas al anterior; tampoco, cualquiera defensa o excepción admisible en el mismo sin limitación de pruebas cuando hubiesen sido ventiladas y resueltas en él",

Sin embargo, no es así: repárese en que lo que no puede hacerse es oponer defensas que pudieron deducirse en el juicio ejecutivo en tanto no tuviesen limitada o restringida la prueba. Y si se lee nuevamente la norma del art. 554 precedentemente transcrita, se verá que el pago debe ser *documentado*, con lo cual se limitan los medios probatorios.

Y que la misma limitación tienen los casos previstos en los incisos 7º y 8º en cuanto refieren a compensación, quita, espera, remisión, novación, transacción, conciliación y compromiso.

De tal forma, la única excepción fundada en causas extintivas de las obligaciones que no puede ser reiterada en el juicio posterior es la de *prescripción* que, a simple vista, carece de toda restricción en su alegación y prueba.

Todo esto no ha sido expuesto al azar y sin un norte. Ya se comprenderá ello luego de que haga la crítica al seudosistema actual y proponga las bases a tener en cuenta para hacerlo realmente sistémico. Que el tema lo merece. Y mucho.

5. La crítica al seudosistema que genera *títulos ejecutivos*

Al comenzar este título hice referencia a la imposibilidad de construir una *teoría general* de los títulos susceptibles de ejecución a partir de la realidad.

Y ello porque la *ejecutoriedad de la sentencia* fue reproducida inicialmente otorgando *ejecutividad a ciertos instrumentos públicos*[136].

Si bien se considera, ambos gozan de una calidad común: la fehaciencia del documento y, por ende, de la deuda que ambos declaran.

En tanto el legislador tuvo en miras repetir la escena (por ejemplo, otorgar ejecutividad al documento privado reconocido judicialmente, con lo cual el caso se equipara plenamente al del instrumento público), no había mayores problemas para mostrar un verdadero sistema con visos de universalidad.

Pero cuando todo ello sufrió enorme y definitivo desfase, produciéndose el caos legislativo que se advierte luego de la simple lectura de lo escrito

[136] Circunscritos, a la sazón a los *instrumenta confesionata* con cláusula *guarentigia*.

hasta aquí, creo que es conveniente intentar una crítica seria para poder llegar algún día al *sistema* que se propicia en esta obra.

Y para ello habrá que razonar a partir de la comparación de dos conceptos que entrañan categorías lógicas diferentes: *fehaciencia* y *ejecutividad* a efectos de determinar al fin la conveniencia de reformar el sistema argentino en materia de juicio ejecutivo.

5.1. El planteo del tema

Reitero acá ideas ya presentadas al efecto de la mejor comprensión del tema. Nadie duda de que el título ejecutivo, tal como lo conciben nuestras leyes, no es en absoluto "ejecutivo". Lo asevera así no sólo la cotidiana realidad sino el propio régimen normativo.

Una vez más: se trata lisa y llanamente de un proceso de conocimiento (o declarativo) abreviado en el que se limitan –y no demasiado– los plazos, las defensas y los recursos, pero que, en definitiva, tiende a obtener no una manifestación de voluntad o conducta física (ejecución propiamente dicha) sino una declaración de voluntad del órgano jurisdiccional.

En efecto, el proceso ejecutivo termina siempre en una sentencia (de remate) y sólo después que ella adquiere firmeza o ejecutoria podrá hablarse propiamente de ejecución.

Lo que se ejecuta ahora, claro está, *no es el título sino la sentencia.* Insisto con otras palabras: la verdadera ejecución no opera sobre la pretensión inicial que tuvo sustento en el título sino sobre la pretensión basada en la sentencia condenatoria (que de eso se trata, aunque *mande llevar adelante la ejecución...*).

Es por ello que la denominación de *proceso ejecutivo* no podría ser más inapropiada, pues con ella no se designa el desarrollo de una instancia encaminada a conseguir medidas de ejecución directamente a cargo del juez (toda vez que sigue prohibida la ejecución privada), sino que se menciona a la que tiende a la obtención de una resolución judicial que imponga al demandado una determinada conducta cuyo incumplimiento será lo que, en definitiva, origine la apertura de la verdadera ejecución.

Sintetizando: el régimen procesal de los países de Latinoamérica y, muy especialmente, el de las provincias argentinas, carece de un proceso de

verdadera ejecución. Tiene, en cambio, un proceso de conocimiento, de tipo sumario, reservado para aquellos casos en que la ley –arbitraria y antojadizamente, como luego se verá– acuerda cierta preferencia a determinados títulos.

Por cierto, tal normativa no se compadece ni con un adecuado enfoque jurídico de la problemática de la ejecución ni mucho menos con la realidad sociológica, como seguidamente se verá.

a) *El enfoque normativo*

Para demostrar la distorsión que apunto, bastará efectuar un paralelo conceptual entre lo que puede ser *causa de ejecución* y lo que la ley admite como *ejecutable.*

Causa de ejecución debe ser sólo un título *fehaciente* (cual la sentencia o el instrumento público). Sin embargo, legalmente, son ejecutables los *títulos ejecutivos* (el pleonasmo es de la ley).

De allí que el punto de referencia inicial sea la distinción entre ambos calificativos.

La *fehaciencia* es una cualidad intrínseca del título que hace que éste –en mayor o menor grado– deba gozar de fe en juicio. La *ejecutividad* es, simplemente, un atributo legal –divorciado de la fehaciencia en la realidad– que se otorga indiscriminada y caprichosamente a títulos disímiles en su esencia.

O sea que la fehaciencia y la ejecutividad, que debieren aparecer como causa y consecuencia de una misma situación (si el título hace fe en juicio, la ley debe acordarle ejecutividad) y, por tanto, recorrer idéntico camino, aparecen como descarriladas en andariveles distintos y muy difíciles de aprehender[137].

[137] Para mejor comprender el planteo, útil será recordar, siquiera mínimamente, lo ya dicho respecto del origen de la ejecución procesal –conceptualmente inobjetable– y su posterior evolución que fue, a no dudar, generadora de la actual distorsión.
Ya se ha visto *supra* que en el derecho romano, marginando los distintos matices cronológicos, ocurría en síntesis que, dictada una sentencia declarativa, ella sólo era susceptible de ser ejecutada al través de un nuevo proceso (también de cognición), que debía preceder inexorablemente a la ejecución propiamente dicha.
Distinta en cambio era la situación en el derecho germano, donde la ejecución existía efectivamente y sin cognición previa: obtenida la declaración del derecho mediante el proceso de conocimiento, se accedía directamente a la ejecución (sin necesidad de nueva cognición).

Según los términos de Liebman, el título ejecutivo no puede ser sustituido ni invalidado por ninguna prueba, así sea la más segura y convincente. Puede extinguirse el derecho y, sin embargo, el *título vale.*

Y esto es el punto capital de toda la teoría del título ejecutivo. El acreedor munido del título no tiene la carga de provocar el contradictorio, pues su derecho no depende de la convicción que el órgano pueda formarse entre prueba y contraprueba: la pretensión tiene vía libre, sin depender del parecer del órgano jurisdiccional ni de la inactividad del deudor.

En ambos casos, naturalmente, el único derecho ejecutable era el emanado de la sentencia dictada en un proceso declarativo.
También se ha visto que la situación varió –y sustancialmente– con el derecho longobardo franco, que tuvo diversas y antinómicas respuestas en sus manifestaciones en las penínsulas itálica e ibérica.
En Italia, merced al derecho estatutario, comenzaron a perfilarse procedimientos sencillos y rápidos, inspirados en las necesidades que imponía la pujante práctica mercantil y que, en definitiva, implicaron una sumarización (simplificación sustancial y formal) del proceso común. Ello dio origen a los procesos sumarios determinados que se caracterizaban por la reducción de la cognición por parte del juez.
Paralelamente, por obra del derecho canónico, surgieron los procesos sumarios indeterminados que obedecían a consideraciones distintas de las recién apuntadas: aquí la cognición era plena, sólo que abreviada en el *tiempo.*
En ambos casos, estamos siempre dentro del área de los procesos declarativos.
Pero ya en el campo de la ejecución, se produce una innovación de absoluta trascendencia, cual es la equiparación al título ejecutorio "sentencia" de los *instrumenta confessionata,* en virtud del principio *confessus iure habetur pro condenato* o *confessus pro iudicato est,* al admitirse que la confesión de deuda ante juez o notario tenía los alcances de un título ejecutorio y, por ende, otorgaba al acreedor derecho a iniciar la ejecución sin el correspondiente período de conocimiento.
Las necesidades comerciales de la época generalizaron estos instrumentos, en los cuales el deudor, además de reconocer la obligación, aceptaba (renunciando a oponer oportunamente las defensas del caso) la orden que incluía el notario de cumplirla a su vencimiento (cláusula *guarentigia*) que, al sustituir los efectos de la cosa juzgada, dio origen al efecto ejecutivo de los instrumentos que la contenían.
Tales instrumentos, siguiendo los tradicionales principios romanos que mantenían absoluto respeto por el derecho de defensa, debían ejecutarse por orden del juez, quien disponía la ejecución si el deudor no pagaba al ser requerido al efecto, otorgándosele a éste la posibilidad de oponer excepciones nacidas con posterioridad a la emisión del documento, o intentar separadamente una *acción* con la pretensión de que se lo absolviera de la ejecución y, por efecto de ello, se le reintegrara el instrumento.
Fruto de estos acondicionamientos históricos y de la posterior influencia francesa en el siglo XIX (de neto corte germánico), se llegó a una elaboración magistral del título y del proceso ejecutivo.

La teoría de Liebman se ciñe al concepto de que el título ejecutivo es "un acto jurídico que tiene eficacia constitutiva porque es fuente inmediata y autónoma de la *acción ejecutiva,* lo cual, por lo tanto, es independiente del crédito en su existencia y en su ejercicio".

Recordando Liebman lo que ya sabemos acerca de la concepción medioeval que equiparó a los efectos de la sentencia los del título ejecutivo (*instrumenta confessionata* y cláusula *guarentigia*), sostiene que una vez dictada la sentencia, ella se desprende de los motivos del negocio y de las razones por las cuales la ley le concede fuerza ejecutiva y nace así un *derecho por sí,* que vive su vida propia, no ligada a la del crédito ni influida por sus vicisitudes. Pero atención: estas afirmaciones se vinculan estrechamente con los títulos cambiarios que cristalizaron en Italia un sistema ágil y expeditivo, que conciliaba los intereses del acreedor y deudor en forma tal que se respetaban los derechos de ambos.

Ya se ha visto también que no ocurrió lo mismo en España. Allí, el derecho romano fue absorbiendo en poco tiempo la injerencia germana, con lo cual se diluyó el espíritu que culminó con una real expeditividad.

Se concibió así al juicio ejecutivo como un proceso de conocimiento común pero sumarizándolo por razones cualitativas, en orden a los derechos que allí se debatían.

Se siguió, en definitiva, la antigua línea del *processus executivus* del derecho canónico, que si bien atemperaba el juicio plenario de cognición, con una tramitación procedimental más abreviada y rápida, seguía abarcando la totalidad del conocimiento del asunto litigioso. Con lo cual no había ejecución propiamente dicha.

En síntesis: la elaboración del proceso y del título ejecutivo que se instaló en Italia, no se logró en España.

Es cierto que ambos tendían a la abreviación del trámite: pero mientras en Italia ello se persiguió a través de la reducción del conocimiento, en España fue intentado a través de la reducción de los plazos, de algunas posibilidades defensivas y de medios de impugnación admisibles[138].

[138] Si todo este acontecer histórico no se comprende, es imposible dialogar sobre el tema con citas a autores españoles e italianos, pues todos hablan de cosas diferentes.

La legislación argentina es heredera directa del sistema español, lo cual **supo**ne ya partir de un régimen sumarizado y no ejecutivo. Pero ese carácter se ha acentuado con el tiempo, por la sencilla razón de haberse otorgado legislativamente fuerza ejecutiva a títulos no fehacientes.

Y esta afirmación nos obliga a volver al punto de partida del enfoque normativo.

Veamos: en pura ortodoxia, fuerza es reconocer que –descartada la autodefensa– la ejecución de un derecho exige contar con la declaración jurisdiccional de ese derecho. Así, entonces, el único derecho ejecutable sería el emanado de la sentencia.

Sin embargo, es razonable que a ciertos títulos se les otorgue el mismo valor de fehaciencia de la sentencia y, por tanto, se les conceda ejecutividad.

Así, no se contradice con el principio enunciado el que la confesión hecha en juicio o el reconocimiento de deuda hecho ante un fedatario puedan tener la *misma* fehaciencia que el derecho emanado de una sentencia.

Lo que no es lógico ni entendible es que a una simple declaración unilateral del propio acreedor –como es la liquidación de las expensas comunes en el régimen de propiedad horizontal– se le otorgue ejecutividad cuando, por su propia esencia, carece de toda fehaciencia.

Esto, la inclusión de títulos no fehacientes como habilitantes de la vía ejecutiva, es lo que ha distorsionado el sistema de la ejecución en nuestros países.

Se trata, sin más ni más, de una guerra librada entre la *ejecutividad* y el *derecho de defensa en juicio*, donde han existido concesiones recíprocas. En pro de la ejecutividad –digamos con precisión, de la celeridad– se han creado legislativamente títulos ejecutivos que no tienen la condición básica de la fehaciencia; pero justamente, como consecuencia de ello, se ha ordinarizado cada vez *más* el proceso, ampliando el conocimiento y, por ende, transformándose en una simple cognición sumaria.

Con lo cual se comprende la razón por la que toda conversación entre procesalistas argentinos actuando en congresos acerca de la materia no pasa de ser una simple charla entre sordos.

En síntesis: no existe jurídicamente una correspondencia entre la causa ejecutable y el proceso de ejecución, circunstancia ésta que, por sí sola, autoriza la revisión de la normativa vigente.

b) *El enfoque sociológico*

A propósito de lo que aquí expongo, me haré cargo de la crítica que el decisionismo judicial hace al sistema de ejecución, al que ve como ajeno a la realidad y en claro desmedro de los derechos de los acreedores.

Y para ello, hace los siguientes cálculos que, justo es decirlo, también he realizado yo mismo alguna vez, pero desde otra óptica.

En los tribunales de Rosario, los cuales –maguer su reducido ámbito– sirven de referencia a poco que se tenga en cuenta que la cuestión socioeconómica no presenta variantes en las distintas provincias argentinas, alrededor del 70% de los pleitos tramitados en la justicia civil y comercial son ejecutivos. Dentro de ese porcentaje, en más del 50% no se oponen excepciones. En los restantes, al menos la mitad de éstas son liminarmente inadmisibles. Y de ese 25% final (o sea, del total de los procesos en los cuales se oponen excepciones admisibles) sólo un ínfimo porcentaje prospera.

Quienes hacen estos cálculos concluyen en que resulta así que todo el capítulo de la ley procesal relativo al tema estructura un proceso ejecutivo destinado a porcentaje que muchas veces se muestra como despreciable.

En efecto: nuestro código, como tantos otros, acepta y posibilita el pleno derecho de defensa del demandado, que puede y debe mostrar sus razones antes de soportar una condena. Pero acá las cosas pueden variar si se acepta que la ejecutividad depende de la fehaciencia del título y no, en cambio, cuando no se presenta dicha calidad.

La confusión entre las categorías que vengo glosando ha distorsionado la ejecutividad, pues no sólo se han agregado mayores peldaños a la escalera que deben transitar procedimentalmente las partes en el juicio, sino que ha ido espaciando la distancia entre ellos. Por lo cual, una deuda a todas luces fehaciente, debe recorrer un tortuoso, ascendente e intrincado laberinto para poder ejecutarse.

Es cierto que el derecho de defensa del presunto deudor ha de ser cuidadosamente respetado; pero no es menos cierto que el derecho de

defensa del presunto acreedor debe serlo en igual medida. Y con nuestro proceso ejecutivo, tal como es, se sobreprotege indiscriminadamente al primero y se desatiende al segundo.

Y esto es, ciertamente, una forma de injusticia. Y como el Derecho no puede cometer el pecado de desentenderse de la realidad, la pregunta se impone: ¿cuántos son los actores que demandan ejecutivamente y que, a la postre, no tienen razón?

La respuesta franca y desprovista de prejuicios jurídicos es la que impone la revisión de la normativa jurídica.

5.2. Las propuestas

Las soluciones que se proponen seguidamente apuntan a tres consideraciones específicas que paliarían la situación recién descrita. Ellas son: a) categorizar los títulos; b) establecer distintos trámites para las diferentes categorías, y c) crear tribunales de ejecución.

A todas ellas me refiero ahora.

a) *La categorización de los títulos*

En nuestros sistemas procesales se agrupan los títulos ejecutorios y los ejecutivos, sin establecer categorías ni pautas discriminadoras de ellos.

Este grave error de sistema es el resultado histórico de haber agrupado cuantas normas se fueron dictando acerca de la ejecución forzosa en general bajo la denominación de *juicio ejecutivo*.

El título, conforme las varias y disímiles elaboraciones doctrinales que se han hecho de él, puede ser clasificado según que contenga:

1) un derecho instrumental más un derecho material judicialmente declarado;

2) sólo un derecho instrumental;

3) sólo un afirmado derecho material.

El primer supuesto implica que, a través de un proceso jurisdiccional de pleno conocimiento, se haya declarado la existencia de un derecho material. En consecuencia, tal resolución judicial (o arbitral, en su caso) posibilita acceder directamente a la ejecución. Siguiendo la terminología utilizada *supra*, estaríamos en presencia de un *título ejecutorio*.

El segundo supuesto lleva implícita una instrumentación extrajudicial de la deuda revestida de cierta legalidad o formalidad, lo que otorga al acreedor la posibilidad de hacer efectivo su crédito, con un previo conocimiento jurisdiccional limitado a la regularidad formal del título y a las causas extintivas de la obligación.

Se está ahora frente a un *título ejecutivo*.

Empero, se impone aquí hacer una importante distinción: el título que instrumenta la deuda puede ser *fehaciente* (caso del reconocimiento de deuda hecha por el deudor frente al acreedor y a escribano público) o *no fehaciente* (caso de un título cambiario emitido por el deudor).

En ambos casos existe una instrumentación extrajudicial de la deuda, revestida de cierta formalidad; pero, en el primer supuesto la fehaciencia está dada por la intervención, en el acto, de un funcionario investido de fe pública; en el segundo, y obviamente, tal requisito no existe.

Como se verá luego, por su distinta naturaleza óntica, deben gozar de diferente tratamiento legal en lo que a fuerza ejecutiva refiere.

Por último, el tercer supuesto sólo justifica su fuerza ejecutiva por razones de política legislativa: otorgar el acceso del acreedor a la efectivización del crédito, de la manera más rápida y expeditiva (caso, por ejemplo, de los créditos provenientes de las expensas comunes en el régimen de propiedad horizontal).

Aquí estamos frente a *títulos ejecutivos impropios*, pues la fuerza ejecutiva otorgada por la ley no se vincula con la fehaciencia del instrumento que contiene la afirmación de la existencia de un derecho material.

De aquí que, para iniciar la ejecución, es menester una cognición jurisdiccional plena (esto es, referida a examinar la existencia del derecho), si bien reducida en cuanto a términos (trámite abreviado), por responder ello a intereses protegidos contingentemente por la política legislativa estatal.

En definitiva, cualquiera fuere el número de títulos ejecutivos que la ley reconozca, el fundamento de su idoneidad para proceder coactivamente radica en la certidumbre de la existencia del derecho que de ellos resulta: la certidumbre es definitiva en el supuesto de la sentencia firme; provisoria en los demás casos.

Por eso es que en los primeros (títulos ejecutorios) no resulta posible discutir el derecho, pues éste ya se discutió y declaró; en los segundos (títulos ejecutivos), la posibilidad existe pero en forma limitada según la mayor o menor fehaciencia del título.

b) *Los lineamientos de los distintos tipos de procedimiento*

En orden a la categorización apuntada, será menester conferir a cada clase de títulos un tratamiento diferenciado, donde la relación *conocimiento-ejecución* varíe en proporción a la fehaciencia que muestra cada uno.

Así, entonces, tales procedimientos habrían de instrumentarse conforme las siguientes pautas:

b.1) los que se inician con *títulos ejecutorios* (por ejemplo, cumplimiento de sentencia declarativa de condena, laudo arbitral, transacción homologada): *debe haber máxima actividad ejecutiva, mínima cognoscitiva.*

La propuesta supone que la sentencia declarativa conlleva la orden de ejecución al cumplirse el plazo otorgado al deudor para que efectúe la prestación respectiva.

La ejecución habrá de incoarse intimando al deudor a cumplir la condena en un plazo que fijará la ley, bajo apercibimiento de procederse a la inmediata entrega al acreedor del dinero embargado o de subastar los bienes que hubieran sido objeto de embargo.

En este juicio no se admitirá debate alguno entre acreedor y deudor, entre terceros y acreedor, y entre acreedores entre sí.

Sin embargo, la intimación podrá ser atacada por el deudor o tercero afectado, haciendo valer su oposición mediante proceso de cognición en el que sólo se admitirá la articulación de excepciones procesales y extintivas de la obligación siempre que éstas sean de fecha posterior al título y se encuentren fehacientemente probadas.

La ley deberá determinar limitativamente los casos en los cuales la apertura del proceso de conocimiento podrá paralizar la ejecución, sin perjuicio de su continuación mediante la constitución de caución suficiente.

Obviamente, se descarta la posibilidad de juicio ordinario posterior, pues la oposición a la ejecución se hace valer, precisamente, en proceso declarativo;

b.2) los que se inician con *títulos ejecutivos fehacientes* (por ejemplo, reconocimiento de obligación hecha en escritura pública o por confesión judicial, o en documento privado reconocido ante juez competente): *debe haber mediana actividad ejecutiva, mediana actividad cognoscitiva, siendo mayor la primera que la segunda.*

La propuesta supone la promoción de un proceso de corte sumarísimo cuya demanda implicará la petición de intimación al deudor para que cumpla su obligación dentro de un plazo que la ley establecerá bajo apercibimiento de ordenarse la entrega del dinero embargado o la subasta de bienes, en su caso.

Se admitirá debate entre deudor y acreedor, y entre éste y terceros afectados, pudiendo hacerse valer excepciones procesales, las de falsedad material e inhabilidad de título (ambas referidas a lo puramente extrínseco, es decir, sin admitir discusiones causales) y las extintivas de la obligación, siempre que sean de fecha posterior al título y se encuentren fehacientemente documentadas.

La sentencia sólo podrá ser apelada por el actor. El ejecutado podrá promover, dentro de ciertos plazos, proceso declarativo de repetición haciendo valer –exclusivamente– defensas que, por su naturaleza, no pudieron ser opuestas en la ejecución;

b.3) los que se inician con *títulos ejecutivos no fehacientes* (por ejemplo, títulos parafiscales que no gozan de presunción de legitimidad, documentos cambiarios, etcétera): *debe haber mediana actividad ejecutiva, mediana actividad cognoscitiva, siendo menor la primera que la segunda.*

La propuesta supone la promoción de un proceso de corte sumario (similar al actual juicio ejecutivo que rige en la mayoría de las legislaciones procesales argentinas), cuya demanda implicará la petición de intimación al deudor para que cumpla la afirmada obligación dentro de un plazo que la ley establecerá, bajo apercibimiento de ordenarse la entrega del dinero embargado o la subasta de los bienes, en su caso.

Se admitirá debate restringido al título mediante la oposición de excepciones procesales, falsedad material e inhabilidad de título (ambas referidas a lo puramente externo), en su caso, las propias del Derecho Fiscal (por ejemplo, la de exención) y las extintivas de la obligación, siempre que resulten de relativamente fácil prueba (omitimos acá la

documentación fehaciente como único medio probatorio). La sentencia podrá ser apelada por el ejecutado que opuso excepciones y, de resultar perdidoso, podrá promover dentro de cierto plazo el proceso declarativo de repetición haciendo valer, exclusivamente, defensas que por su naturaleza no pudieron ser opuestas en el ejecutivo;

b.4) los que se inician con *títulos ejecutivos impropios* (por ejemplo, los créditos provenientes de expensas comunes en el régimen de propiedad horizontal): *debe haber mínima actividad ejecutiva, máxima actividad cognoscitiva.*

La propuesta supone la adopción plena del procedimiento monitorio que se explicará *infra.*

b.5) En todos los supuestos enunciados supra, siempre que al ser intimado de pago, el deudor cumpla judicialmente su obligación, reservando el derecho de litigar, no sufrirá restricción alguna en el régimen defensivo, probatorio y recursivo.

c) *Los tribunales de ejecución:* por último, y para completar el panorama propuesto, sería a todas luces conveniente la creación de tribunales con competencia ejecutiva específica. Se trataría, lisa y llanamente, de órganos destinados a verificar los extremos de admisibilidad de la vía ejecutiva, ordenar el embargo remate y resolver las excepciones procesales cuando ellas se interpusiesen y hacer efectiva la subasta.

En el supuesto de que se entablare debate acerca del propio título –a través de la interposición de excepciones de fondo– la litis sería remitida al juzgado civil y comercial de turno.

6. El procedimiento monitorio

En los últimos años, y procurando la doctrina lograr la siempre anhelada agilización del trámite procesal en general, se ha empezado a cantar loas al llamado *proceso monitorio* que, al funcionar sólo con uno de los interesados, no es propiamente un proceso. De ahí el título que he puesto a este tema: *procedimiento monitorio.*

Hasta aquí hemos visto que el proceso se desarrolla mediante una serie compuesta de cuatro etapas sucesivas: afirmación-negación-confirmación-evaluación, y que la primera de ellas corresponde exclusivamente al actor: él debe afirmar en su demanda la existencia de hechos ocu-

rridos en la realidad de la vida (conflicto) y que hasta ahora son *inciertos* (pues pueden ser contestados), debe también implicarlos en una norma general, abstracta y previa y, a base de ello, pretender alguna declaración o constitución de derecho o condena a la realización de una prestación.

Esto no ocurre en el procedimiento *monitorio*, en el cual el juez actúa *sin oír previamente al demandado*, pues acepta y presume que el actor tiene un derecho cierto que la misma ley ha calificado como tal. Y a raíz de ello, emite en el acto una sentencia que será directamente operativa sólo si el demandado *no se opone a ella*, deduciendo algún medio de defensa aceptado por la ley.

La palabra *monitorio* no parece, así, que sea propia para marcar el verdadero significado que se le otorga actualmente en el Derecho[139].

La idea de este tipo de procedimiento viene de Italia, cuyo CPC legisla en el artículo 633 el *procedimento d'ingiunzione*[140] y se utiliza para el cobro de ciertas acreencias que carecen de ejecutividad[141]. A guisa de ejemplo: honorarios de abogados, procuradores y notarios, que se prueban por escrito.

Sobre esta base, el procedimiento comienza con una demanda que contiene una pretensión que debe mostrar las condiciones de regularidad previstas en la ley. Ante ello, el juez emite de inmediato la sentencia con mandato de intimación de pago y embargo de bienes, a la cual el ya condenado puede oponerse presentando los argumentos defensivos del caso y, a partir de allí, discutir procesalmente acerca del contenido de tales defensas (o excepciones), no de los hechos fundantes de la pretensión del actor.

[139] Castizamente, *monitorio/a* (del griego *monos*: uno, único, solo. Por ejemplo, corriente *mono*fásica, sonido *mono*corde) es la advertencia que las autoridades eclesiásticas dirigen a los fieles, especialmente para señalar normas de conducta. En cierto modo, esto muestra, aunque parcialmente, lo que aquí ocurre: se le dice al deudor que pague sin escucharlo previamente y que, si no lo hace, se rematarán sus bienes.

[140] El vocablo refiere a una orden perentoria que no admite discusión y viene de *ingiungere*: intimar, prescribir. Nosotros carecemos de un vocablo con el mismo nombre. Pero en inglés, de donde ha tomado el término la Constitución de Entre Ríos al ordenar una de las posibles formas de amparo, *injunction* significa orden, mandato, precepto, requerimiento judicial.

[141] Los títulos ejecutivos están regulados en el art. 474.

Si bien se mira, esto es muy parecido a lo que he mostrado *supra* como procedimiento ejecutivo que también exhibe una estructura monitoria: eso es, precisamente, la citación de remate[142].

Tanto es así que el CPC de Uruguay, donde esto se conoce desde hace tiempo, legisla en su artículo 351: "El proceso de estructura monitoria se aplicará a los casos previstos en las secciones II y III de este Capítulo".

Y en la sección II, titulada *Proceso ejecutivo*, el artículo 353 establece que: "Procede el proceso[143] ejecutivo cuando se promueve en virtud de alguno de los siguientes títulos, siempre que de ellos surja la obligación de pagar cantidad líquida y exigible:

"1) transacción no aprobada judicialmente;

"2) instrumentos públicos;

"3) instrumentos privados suscritos por el obligado o por su representante, reconocidas o dadas por reconocidas ante el tribunal competente de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 173 y 309, 4º;

"4) o firmados o con su firma ratificada ante escribano público que certifique la autenticidad de las mismas;

"5) cheques bancarios, letras de cambio, vales, pagarés y conformes, según lo dispuesto por las leyes respectivas;

"6) las facturas de venta de mercaderías suscritas por el obligado o su representante, reconocidas o dadas por reconocidas conforme a lo dispuesto en el numeral 3 de este artículo;

"7) y, en general, cuando un texto expreso de la ley confiere al acreedor el derecho a promover juicio ejecutivo"[144].

[142] En la regulación de todos los códigos procesales, el juicio ejecutivo admite sólo un exiguo y bien que limitativo número de excepciones. Si los jueces aplicaran a rajatabla esa normativa, los juicios ejecutivos no se eternizarían. Para ello, sólo bastaría leer atentamente el escrito de excepciones y hacer allí mismo juicio de admisibilidad, confiriendo traslado al ejecutante de las admisibles y rechazando de plano las que no lo son. Si alguna vez esto se hiciere, más de un juez se llevaría gran sorpresa al comprobar cuántos expedientes puede quitar inmediatamente de circulación.

[143] Aquí hay una obvia confusión de conceptos en la ley: lógicamente, no puede ser *proceso* ejecutivo lo que es de estructura *monitoria*. Al igual que lo que ocurre en tantos CPC argentinos, se utiliza la palabra *proceso* en el sentido de juicio, expediente, negocio, *dossier*, etcétera. Y no con su preciso significado técnico.

[144] El procedimiento monitorio está regulado de la siguiente manera: *Art. 354*: "*Procedimiento monitorio*: 1) cuando se pida ejecución en cualquiera de los casos que la

Similarmente, en la sección III se norma acerca de *otros procesos monitorios* para casos de:

1) entrega de cosas[145];

aparejen, el tribunal decretará inmediatamente el embargo y mandará llevar adelante la ejecución hasta hacerse efectiva la cantidad reclamada, los intereses, costos y costas; 2) si no considerare bastante el documento, declarará que no ha lugar a la ejecución. Una y otra sin noticia del deudor; 3) en el mismo auto que decrete el embargo, citará de excepciones al ejecutado; 4) si se opusieren excepciones, se procederá de conformidad con lo dispuesto en los artículos 356 y siguientes. En caso contrario, se irá primeramente a la vía de apremio salvo cuando se trate del embargo general de derechos y acciones en el cual deberá esperarse la denuncia de bienes concretos por parte del ejecutante; 5) cuando no exista diligencia judicial de reconocimiento o protesto personal, la ejecución no podrá decretarse sin previa intimación de pago al deudor, con plazo de tres días, la que podrá efectuarse por telegrama colacionado. Esta intimación no será necesaria en los casos que las leyes especiales así lo dispongan". *Art. 355*: "*Citación de excepciones*. 1) La citación de excepciones se practicará en la forma establecida para el emplazamiento en los arts. 123 y ss. El ejecutado dispondrá de un plazo de diez días, extensible en función de la distancia, para oponer cualquiera excepción que tuviere contra la demanda, debiendo deducirlas todas conjuntamente en un mismo escrito, acompañar toda la probanza documental de que se disponga y mencionar todos los concretos medios de prueba de que intente valerse; 2) en los casos en que leyes especiales establezcan taxativamente las excepciones admisibles, serán rechazadas sin sustanciación las inadmisibles". *Art. 356*: "*Traslado de excepciones:* Del escrito de oposición de excepciones se conferirá traslado por seis días al ejecutante, debiendo procederse en oportunidad de la contestación de excepciones conforme con lo dispuesto en el artículo 118". *Art. 357*: "*Audiencia:* 1) si no se oponen excepciones se pasará a la vía de apremio; 2) si se oponen excepciones, una vez contestadas o vencido el plazo para hacerlo, el tribunal convocará a audiencia; 3) la audiencia se realizará conforme con lo previsto para la audiencia preliminar y, en su caso, la audiencia complementaria de prueba". *Art. 358*: "*Sentencia:* 1) en el caso de haberse opuesto excepciones, concluida la audiencia, se pronunciará sentencia conforme con lo dispuesto en el art. 343.7. Ésta se pronunciará sobre todas las excepciones deducidas. Pero si entre ellas se hallare la de incompetencia, sólo se pronunciará sobre las restantes en caso de haberla rechazado; 2) si la excepción de incompetencia fuere acogida, el tribunal se abstendrá de expedirse sobre las restantes y, ejecutoriada la sentencia, quien sea competente decidirá sobre las demás excepciones; 3) en los casos en que la excepción de incompetencia fuere desechada, la sentencia de segunda instancia se pronunciará sobre todas las excepciones, siempre que no revoque lo decidido en materia de incompetencia". *Art. 359*: "*Efectos de la incompetencia:* Si la sentencia hiciere lugar a la excepción de incompetencia, pondrá las costas a cargo del actor y dispondrá que los autos pasen al tribunal competente para la decisión del proceso. Todo lo actuado anteriormente será válido". *Art. 360*: "*Recursos:* En el proceso ejecutivo sólo serán apelables..." *Art. 361*: *Juicio ordinario posterior:* "1) lo decidido en el proceso ejecutivo podrá ser modificado en proceso ordinario posterior..."

[145] *Art. 364*: "*Entrega de la cosa*: 1) es el proceso en el que se demanda la entrega de cosas que no sean dinero y que se deban por virtud de la ley, el testamento o el

2) entrega efectiva de la herencia[146];
3) pacto comisorio[147];
4) escrituración forzada[148];
5) resolución de contrato de promesa[149];
6) separación de cuerpos y divorcio[150];
7) cesación de condominio de origen contractual[151].

contrato, el acto administrativo o la declaración unilateral de voluntad en los casos en que ésta es jurídicamente obligatoria y procede imponerla, siempre que el actor justifique parte de la obligación correspectiva, mediante documento público o privado reconocido o dado por reconocido ante tribunal competente o con firmas certificadas por escribano público, salvo la excepción del art. 352,2; 2) desde la intimación, el demandado quedará en calidad de depositario, bajo las responsabilidades penales y civiles correspondientes".

[146] *Art. 365*: "*Entrega efectiva de la herencia:* es el proceso en el que se demanda la entrega efectiva de la herencia cuando un tercero obstase a que el heredero entre en posesión de los bienes hereditarios, sin invocar ningún derecho sobre ellos".

[147] *Art. 366*: "*Pacto comisorio:* es el proceso en el que se demanda la resolución de un contrato en cumplimiento del pacto comisorio convenido. En la providencia inicial se dispondrá la resolución si se justifica por el actor la caída en mora del demandado y las demás exigencias de hecho y de derecho requeridas al efecto".

[148] *Art. 367*: "*Escrituración forzada:* es el proceso en el que se demanda el cumplimiento de la obligación de escriturar establecida en las promesas de enajenación de inmuebles a plazos o equivalentes, o de casas de comercio inscriptas en los Registros respectivos, y procede disponerla si se justificaren por el actor las exigencias de hecho y de derecho requeridas al efecto. El mismo procedimiento se seguirá para el otorgamiento del reglamento de copropiedad de inmuebles en el régimen de propiedad horizontal cuando la ley dispone que el tribunal realice dicho otorgamiento".

[149] *Art. 368*: "*Resolución de contrato de promesa:* es el proceso en el que se demanda la resolución por falta de pago de promesas de enajenación de inmuebles a plazos o casas de comercio inscriptas en los Registros respectivos, y procederá luego de incurso en mora el demandado, previa la intimación de pago hecha de conformidad con lo dispuesto por las leyes que regulan las materias respectivas y justificadas las demás exigencias de hecho y de derecho requeridas al efecto".

[150] *Art. 369*: "*Separación de cuerpos y divorcio:* es el proceso en el que se demanda la separación de cuerpos o el divorcio por las causales de los arts. 148, 2º y 7º y 185 del Cód. Civ. Procede disponerlas justificadas por el actor las exigencias de hecho y de derecho exigidas por los arts. 153 y 185 y el requisito establecido en el art. 167 del Cód. Civ."

[151] *Art. 370*: "*Cesación de condominio de origen contractual:* es el proceso en el cual se demanda la cesación de condominio de origen contractual mediante la venta de la cosa común en remate público (arts. 1755 y 1756 del Cód. Civ.) y procede disponerla cuando cualquiera de los copropietarios, acreditando el dominio con la prueba requerida por el derecho y afirmando la imposibilidad de división cómoda y sin menoscabo, exige la venta y el reparto del precio que se obtenga".

La experiencia abogadil uruguaya elogia el resultado de este procedimiento que, si bien se mira y se interpreta adecuadamente el instituto, es muy parecido al que rige en la Argentina con la denominación de *juicio ejecutivo.*

Creo que esa experiencia no puede desaprovecharse y, así, cabe aceptar la conveniencia de llamar a las cosas por su nombre, entendiendo que el auto de citación de remate es propiamente una sentencia monitoria. Ello nos llevará a aceptar este tipo procedimental para la ejecución de los títulos fehacientes que antes he mencionado[152] y para otras

[152] En Proyecto que presenté al Misterio de Justicia de la Nación en el año de 2000 (y que nunca tuvo tratamiento por cambio de Ministro), aconsejé adoptar el procedimiento monitorio a base de las siguientes normas: "*Artículo 1º – Títulos ejecutivos.* Se ejecutará por las normas procedimentales de esta ley toda deuda cierta, líquida o fácilmente liquidable y exigible que esté contenida en: 1) escritura pública y, particularmente, en la de hipoteca; 2) documentos privados con firmas certificadas notarialmente o reconocidos fehaciente e indubitablemente en su contenido y firma por el deudor con antelación a la iniciación del procedimiento; 3) todo contrato de prenda registrado debidamente; 4) títulos valores en general y, particularmente, en documentos cambiarios emitidos a la orden y cuya presentación al cobro en el domicilio real del deudor y la falta de pago por éste pueda ser acreditada liminarmente por el acreedor en forma fehaciente e indubitable; 5) certificación expedida por autoridad bancaria respecto de saldo de capital adeudado por sobregiro en cuenta corriente o por uso de tarjeta de crédito. La certificación no debe incluir tipo alguno de intereses, que serán liquidados en el juicio; 6) documento privado en el cual conste que las partes han pactado la vía ejecutiva para su cancelación. Es derecho del ejecutante optar por el trámite ejecutivo más amplio contenido en el CPCN, en cuyo caso el procedimiento se rige por esa normativa".

"*Artículo 2º – Demanda.* Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 330 del CPCN, debe contener: 1) Una completa relación de los hechos y las razones jurídicas determinantes de la certeza, subsistencia –en su caso– y exigibilidad del crédito reclamado y de la competencia del Juzgado; 2) la especificación clara de cada uno y de todos los conceptos que integren el reclamo así como la cuantificación precisa de ellos, cuando sea posible. El actor queda siempre sujeto a indemnizar cuantos daños y perjuicios irrogare al deudor o a terceros interesados por malicia en la exposición de los hechos y de las demás circunstancias que ha de apreciar el juez para autorizar el procedimiento; 3) la calificación jurídica del reclamo. No obstante la regla procedimental *jura novit curiæ*, este requisito es absolutamente imprescindible cuando la presentación de la demanda por la vía elegida sea una de varias diferentes posibilidades jurídicas de pretender; 4) la petición en términos asertivos, claros y precisos.

"Con este escrito deben presentarse los siguientes documentos: 1) los comprobantes de la personería del demandante, en forma tal que su sola lectura permita un adecuado derecho de defensa al deudor; 2) el título que justifica la acreencia; 3) la constancia de haber intimado previamente el pago mediante actuación notarial cumplida con

cosas que carecen de ejecutividad: por ejemplo, la pretensión de cobro de acreencias de muy bajo monto (las *pequeñas causas*, que tanto

antelación no menor de diez días respecto de la presentación de la demanda o por medio de documento fehaciente dirigido a su nombre y notificado efectivamente en su domicilio real. En caso de ejecución de hipoteca y de existir un tercer poseedor que hubiera acreditado su carácter ante el acreedor o ante el respectivo Registro, la intimación debe efectuarse también a él y en su domicilio real; 4) la constancia emitida por el Registro respectivo de estar inscrito y subsistente el crédito cuyo pago se reclama en caso de ejecución de hipoteca o prenda. El apoderado de la parte actora ostenta suficiente legitimación para tramitar por sí mismo la emisión de esta constancia".

"*Artículo 3º – Sentencia de ejecución.* El juez estudiará personalmente la demanda y examinará detenidamente los documentos fundantes de ella y, caso de estimar que encuadran en alguno de los enunciados en el art. 1 de esta ley, dictará sentencia de inmediato y sin previa audiencia del ejecutado, ordenando: 1) llevar adelante la ejecución hasta tanto el actor logre percibir íntegramente la cantidad reclamada, sus intereses ya devengados y a devengar hasta del momento de la efectiva percepción a saldo del crédito, los gastos y costas del juicio. La sentencia que esto dispone está sujeta a la condición resolutoria de que el ejecutado oponga tempestivamente excepción admisible. Caso de no hacerlo, adquiere efecto ejecutorio por el mero transcurso del tiempo; 2) librar mandamiento de embargo y, en su caso, conjunto secuestro de bienes del deudor que resulten suficientes para cubrir el crédito reclamado, intereses, gastos y costas; 3) citar al ejecutado para que en el plazo de diez días oponga excepción admitida por esta ley. Si el juez considerare que el documento no es hábil para comenzar la ejecución, así lo declarará mediante resolución fundada que admitirá los recursos de reposición y apelación en subsidio".

"*Artículo 4º – Notificación al ejecutado.* La primera notificación debe hacerse por cédula diligenciada con el deudor en persona, en el lugar en que se encuentre. Caso de no ser hallado, se diligenciará en su domicilio real con su pariente más próximo o dependiente, ambos mayores de catorce años, que se hallare en el lugar, todos debidamente identificados. El notificador dejará debida y detallada constancia de todos los pasos cumplidos. Caso de no hacerlo así, será civil y penalmente responsable por los perjuicios irrogados".

"*Artículo 5º – Excepciones.* Para que opere la condición resolutoria mencionada en el art. 3º, el ejecutado debe oponer y fundar, en un solo escrito, todas las excepciones que tenga contra el ejecutante en tanto ellas estén contenidas en la siguiente enunciación taxativa: 1) inhabilidad de título, referida a sus aspectos puramente extrínsecos, por no surgir del mismo quién es el acreedor o el deudor o por no contener una cifra líquida y exigible; 2) falsedad del título, referida a lo puramente externo; 3) pago total o parcial, probados exclusiva y liminarmente con documento atribuido al acreedor. En caso de oponer excepción de pago parcial, la providencia de remate ganará ejecutoria respecto del resto de la deuda; 4) prescripción; 5) litispendencia y cosa juzgada. Sin perjuicio de lo precedentemente normado, depositando a embargo y en dinero efectivo el total del monto de la deuda instrumentada en el respectivo título, con sus intereses ya devengados hasta el día de la presentación y calculados de acuerdo con la tasa activa que percibe el Banco de la Nación Argentina para operaciones de giro en descubierto,

preocupan a la doctrina de América)[153] que, desde siempre, carecen de toda posibilidad justiciable.

No se vea en esta afirmación una claudicación de principios en cuanto al mantenimiento que en esta obra se hace del respeto al derecho de defensa:

a) en el caso de los títulos fehacientes, no creo que haya contradicción alguna, toda vez que el derecho que ampara al ejecutante viene al juicio

y un plus del 30% del total para responder a intereses posteriores y eventuales costas emergentes del trámite de la oposición, el deudor podrá ejercitar libremente las defensas que desee esgrimir. En cualquier caso, la oposición de excepciones será acompañada del total de la prueba de que intente valerse el oponente. Caso de no hacerlo así, la providencia de remate recuperará automáticamente carácter ejecutorio y continuará sin más la ejecución".

"*Artículo 6º – Procedimiento posterior.* La oposición de excepciones será tenida como escrito de demanda impugnativa de la ejecución, de la cual se conferirá traslado al actor por diez días, debiendo ser notificado por cédula en su domicilio procesal. La falta de contestación a la oposición producirá sin más la caducidad de la ejecución, quedando al actor la posibilidad de demandar por la vía declarativa que corresponda previo pago de las costas correspondientes a la oposición incontestada. La contestación de excepciones debe ser acompañada, en su caso, de toda la prueba de que intente valerse el acreedor. Contestadas las excepciones, el juez fijará una audiencia para treinta días hábiles después a fin de que las partes concurran ante él para alegar oralmente sobre el mérito de la prueba rendida. Está prohibido cualquier tipo de minuta sustitutiva de los alegatos orales. Es carga procesal de la parte interesada el lograr que toda la prueba quede rendida antes de la audiencia. La sentencia será dictada dentro de los diez días siguientes y será apelable con efecto suspensivo. Otorgando el ejecutante fianza suficiente, el mismo juez que concedió la apelación cambiará de inmediato el efecto y procederá a continuar con la ejecución. Todo lo relativo a la subasta de los bienes embargados se regirá por las normas pertinentes del CPCN".

[153] "*Artículo 7º – Procedimiento monitorio.* Procederá el juicio monitorio siempre que quien afirma ser acreedor cuente con un documento escrito que, careciendo de ejecutividad, instrumente una obligación atribuida al deudor y que consista exclusivamente en dar suma de dinero no mayor de dos mil quinientos pesos. El trámite se regirá, en lo pertinente, por lo dispuesto en los artículos precedentes".

"*Artículo 8º – Oposición del demandado.* Basta que el supuesto deudor se oponga a la ejecución, indicando sólo que no acepta el trámite propuesto, para que caduque automáticamente la sentencia de remate. En tal caso, el actor debe ocurrir a la vía declarativa correspondiente. Caso de ocurrir ello, si el juez que dicte la eventual sentencia declarativa rechaza las defensas esgrimidas por el demandado, lo condenará también a pagar intereses acrecidos al doble de la tasa activa que cobra el Banco de la Nación Argentina por créditos de giro en descubierto, pues la ley presume sin admitir prueba en contrario que el deudor litigó con mala fe en el procedimiento monitorio fracasado por su simple oposición".

predeclarado y presumido por la ley. De donde resulta que no es irrazonable invertir la carga de afirmar: en lugar de hacer que el actor afirme los hechos fundantes de su pretensión, lo hace el ejecutado respecto de las razones que tiene para que la ejecución no prospere. Y ésa es, precisamente, la materia litigiosa;

b) en el caso de las pequeñas causas, por obvias razones de tipo político antes que jurídicos: miles y miles de pequeñas acreencias no pueden ser percibidas por imposibilidad de persecución judicial[154].

Claro está, con sensibles diferencias en los respectivos trámites en orden a las distintas situaciones a regular, que habrá que legislar adecuadamente para mantener el régimen constitucional.

[154] Piénsese en el despacho *al fiado* de un almacenero, tan común en nuestro país; la acreencia de un jornalero, de un plomero por el arreglo de una canilla, de un deshollinador por destapar una chimenea, etcétera. Si esto no se paga de buena voluntad, y se avasalla la confianza del trabajador que creyó que percibiría su salario al término del trabajo, no encuentra abogado que acepte encarar el safari judicial que es el proceso para lograr su cobro. Y esto es obvio: no hay relación entre el esfuerzo a realizar y el honorario que puede percibir al final en función del monto reclamado. La tarea del legislador inteligente debe consistir en elegir un adecuado punto de inflexión: cuánto es el monto de una acreencia para que pueda ser considerada *pequeña causa* y se justifique ignorar el derecho de defensa *previo* en homenaje a la celeridad y a la necesidad de la gente humilde.

CAPÍTULO 30

LA IMPUGNACIÓN PROCESAL

SUMARIO:

1. Concepto de impugnación
2. Medios de impugnación
   - 2.1. Reacertamiento
   - 2.2. Acción procesal
     - 2.2.1. Demanda principal
     - 2.2.2. Demanda incidental
     - 2.2.3. Excepción
     - 2.2.4. Recurso
   - 2.3. Queja
3. Recursos
   - 3.1. En general
     - 3.1.1. Conceptos previos
       - 3.1.1.1. Naturaleza de la pretensión recursiva
       - 3.1.1.2. Juicios que se emiten acerca de un recurso
       - 3.1.1.3. Efectos de su concesión
       - 3.1.1.4. Naturaleza jurídica de una sentencia sujeta a recurso
     - 3.1.2. Clasificación
       - 3.1.2.1. "Recursos" que son *reacertamientos*
       - 3.1.2.2. "Recursos" que son *demandas*
       - 3.1.2.3. "Recursos" impropios
       - 3.1.2.4. Recursos propiamente dichos
     - 3.1.3. Renunciabilidad
     - 3.1.4. Inimpugnabilidad e irrecurribilidad
     - 3.1.5. Política recursiva
       - 3.1.5.1. Importancia jurídica
       - 3.1.5.2. Importancia económica
       - 3.1.5.3. Deducción previa de otros recursos
       - 3.1.5.4. Pago de gabelas
       - 3.1.5.5. Inexistencia de competencias superiores
     - 3.1.6. ¿Constitucionalidad? de la restricción impugnativa
     - 3.1.7. Presupuestos de toda impugnación
       - 3.1.7.1. Supuestos precedentes de las impugnaciones en general
       - 3.1.7.2. Supuestos consecuentes de las impugnaciones en general

3.1.7.3. Requisitos generales para deducir impugnaciones
3.1.7.3.1. Requisitos extrínsecos
3.1.7.3.2. Requisitos intrínsecos
3.1.7.4. Requisitos especiales de algunas impugnaciones
3.2. Los medios de impugnación en particular
3.2.1. La aclaratoria
3.2.1.1. Naturaleza
3.2.1.2. Presupuestos
3.2.1.3. Trámite
3.2.1.4. Impugnaciones que caben contra la resolución que decide la aclaratoria
3.2.2. La revocatoria
3.2.2.1. Naturaleza
3.2.2.2. Presupuestos
3.2.2.3. Juicios acerca de ella
3.2.2.4. Efectos de su interposición
3.2.2.5. Trámite
3.2.2.6. Impugnaciones que caben contra la resolución que la decide
3.2.2.7. La denominada revocatoria *in extremis*
3.2.3. La apelación
3.2.3.1. Naturaleza
3.2.3.2. Presupuestos
3.2.3.3. Juicios acerca de ella
3.2.3.4. Admisión
3.2.3.5. Procedimiento
3.2.3.5.1. Modos de tramitar un recurso
3.2.3.5.2. Trámites de la apelación
3.2.3.5.3. Resolución que decide la apelación y las impugnaciones que proceden contra ella
3.2.4. La nulidad
3.2.4.1. Naturaleza
3.2.4.2. Presupuestos
3.2.4.3. Trámite
3.2.4.4. Resolución que la decide y las impugnaciones que proceden contra ella
3.2.5. El directo
3.2.5.1. Naturaleza
3.2.5.2. Presupuestos
3.2.5.3. Trámite
3.2.5.4. Impugnaciones que caben contra ella
3.2.6. El atentado
3.2.6.1. Naturaleza
3.2.6.2. Presupuestos
3.2.6.3. Trámite
3.2.6.4. Impugnaciones que caben contra ella
3.2.7. La rescisión
3.2.7.1. Naturaleza
3.2.7.2. Presupuestos
3.2.7.3. Trámite
3.2.7.4. Impugnaciones que caben contra ella
3.2.8. La revisión
3.2.8.1. Naturaleza

3.2.8.2. Presupuestos
3.2.8.3. Trámite
3.2.8.4. Impugnaciones que caben contra ella

1. El concepto de *impugnación* procesal

Castizamente, la voz *impugnar* significa combatir o solicitar la invalidación de algo, especialmente de una decisión oficial.

En el lenguaje del Derecho –y con especial referencia a un sistema procesal– ese "algo" no se circunscribe sólo a una decisión oficial sino que alcanza a todo acto jurídico que afecta de cualquier modo a una persona y que ésta considera ilegítimo o injusto:

a) *ilegítimo* es lo que no está de acuerdo con la ley –en el más lato sentido posible de ser interpretado el vocablo, comprensivo así de constitución, ley, ordenanza, reglamento, resolución administrativa, sentencia, laudo, contrato, testamento, etcétera– y, por tanto, siempre se mide con criterios de *objetividad*: el acto está realizado o no conforme con los requisitos, condiciones, presupuestos, etcétera, previstos para el caso por el sistema jurídico;

b) *injusto* es lo contrario a cómo deben ser las cosas según la justicia, el derecho o la razón, conforme con el parecer u opinión del afectado por el acto. Por tanto, el vocablo se mide siempre con criterios de pura subjetividad (lo que es justo para uno puede no serlo para otro; lo que fue justo ayer –la esclavitud, por ejemplo– puede no serlo hoy; lo que es justo allá –la pena de muerte, por ejemplo– puede no serlo acá, etcétera).

De acuerdo con ello, y sin importar por ahora cuál puede ser la razón de ser de la impugnación –ilegitimidad o injusticia– adelanto desde ya que, en general, son impugnables tanto los actos de los particulares (en su interactuación con otros particulares) como los actos de la autoridad (ya sea constituyente, administrativa –aquí queda comprendida la notarial– legislativa o judicial, y en este orden, tanto nacional como internacionalmente).

Veamos algún ejemplo de cada uno de los casos:

a) *actos de particulares*: pueden ser impugnados tanto sean

a.1) *unilaterales* (revocación de mandato que el mandatario considera

injustificada, disposición testamentaria que excede la porción legal disponible y, así, afecta a un heredero forzoso, etcétera) como

a.2) *bilaterales* (contrato que se pretende ilegítimo por tener algún vicio de la voluntad o ser simulado o que se afirma es injusto por inequidad);

b) *actos de autoridad*: cabe presentarlos según pertenezcan a la esfera:

b.1) *constituyente*: la norma cúspide de un sistema jurídico puede ser impugnada por contener disposiciones autocontradictorias –incongruentes por incoherencia– que, así, se tornan inconstitucionales internamente (piénsese en un texto constitucional que declare el derecho a la vida y que, al mismo tiempo, establezca la pena de muerte) pues no es posible aplicar una de ellas sin automático desmedro de la otra. También puede ser impugnada, en país de organización federal, una norma constitucional estadual por repugnar a la norma constitucional nacional, etcétera;

b.2) *administrativa*: es impugnable todo decreto, reglamento, resolución, disposición particular, etcétera, que emita cualquier funcionario en cualquiera de los órdenes de la organización política de un país determinado (nacional, provincial, municipal y comunal). También es impugnable toda escritura pública;

b.3) *legislativa*: son impugnables todas las leyes en sentido material (aquí quedan comprendidos los reglamentos y las ordenanzas) emitidas por entes de cualquiera de los órdenes nacional, provincial, municipal o comunal;

b.4) *judicial*: son impugnables todas las resoluciones dictadas por los jueces, ya sean providencias de trámite, decretos, autos interlocutorios o sentencias.

Por supuesto, tales posibles impugnaciones están sujetas a diferentes requisitos o condiciones de procedencia y de uso, por el impugnante, de un medio impugnativo-procedimental adecuado, cosa que se verá seguidamente.

Para finalizar: insisto reiterativamente en que el objeto de una impugnación cualunque es siempre un *acto*, nunca un *hecho* (aunque tenga trascendencia jurídica) ni una omisión de la autoridad[1].

[1] No obstante, en la Argentina no se ven siempre así las cosas.

En la materia procesal, la voz *impugnación* tiene alcances restrictivos: alcanza sólo a *actos de autoridad*, nunca de *particulares*[2].

Por mi parte, prefiero exponer el tema desde toda su posible amplitud, pues creo que ello reporta claros beneficios docentes que hacen más sencilla la comprensión del tema por parte del lector.

Con esta aclaración en la mano, veamos ahora cuáles son.

2. Los medios de impugnación procesal

En el habitual lenguaje utilizado por los códigos y leyes que regulan los procedimientos judiciales y administrativos, se acepta unánimemente mencionar como *recurso* a *todo medio impugnativo*; y, así, se habla de recurso de apelación, de recurso de nulidad, de recurso de revocatoria, de recurso de casación, de recurso de aclaratoria, de recurso jerárquico, etcétera.

De tal modo, dicha voz se usa indistintamente para cosas diversas, lo que genera enorme confusión entre los juristas, que llaman *recurso* a cosas que no lo son.

Si bien se mira la cuestión –y descarto que el lector coincidirá plenamente conmigo luego de terminar este Capítulo– el tema muestra una vez más la falta de rigor científico del lenguaje procesal, ya que si se compara cada uno de los recursos mencionados con todos los demás, se advierte con facilidad que son esencialmente diferentes.

Tanto es así que gran parte de la doctrina procesal denomina desde antaño *remedios* a ciertos medios de impugnación, explicando con detenimiento *que hay algunos remedios que no son propiamente recursos* (cual la aclaratoria, por ejemplo, tema sobre el cual volveré luego). Por cierto, afirmaciones de ese tipo causan perplejidad al intérprete y espanto al estudiante, que no puede comprender –usando un mínimo de lógica– cómo es que hay recursos que son remedios pero que no son recursos...

Tal vez el eje de la confusión pase por la explicación docente que se da de la palabra *recurso*: se trata de *recursar*, es decir, *volver a cursar* (transitar por) los pasos del trámite de un proceso.

[2] Ésta es la ortodoxa tesis de Briseño Sierra al explicar, de *lege ferenda*, su teoría de la impugnación (ver *Derecho Procesal*, Cárdenas, México, 1970, t. IV, p. 670).

Y como habitualmente se denomina *proceso* a lo que, sin lugar a dudas, es sólo un *simple procedimiento* (por ejemplo, proceso administrativo –recordar lo visto en el Capítulo 2, # 5– o "proceso" de jurisdicción voluntaria –recordar lo explicado en el Capítulo 9, # 4–) ha parecido razonable a muchos autores simplificar la explicación llamando *recurso* a todo lo que signifique *impugnación*, sin calar adecuadamente en el verdadero significado conceptual de los vocablos usados y obviando los inconvenientes que ello puede generar.

Además, en la doctrina pensante se enseña desde antaño que son cuatro los medios de impugnación que aceptan las leyes para que puedan operar procesalmente:

1) la *acción* (utilizando la palabra en el sentido de demanda principal o introductiva de conocimiento judicial), usada por una parte (actor o acusador) ante un juez para atacar a otra parte (demandado o reo); en ambos casos, particular o autoridad;

2) la *excepción* (dilatoria o perentoria) usada por el demandado ante el juez que ya conoce en la causa para atacar –o, al menos, para cambiar el tema de la discusión procesal– al actor o acusador que inició la acción (otra vez en el sentido de demanda);

3) el *incidente* (o acción o demanda incidental) usado por cualquiera de las partes en litigio ante el juez de la causa para atacar algún acto producido en el proceso por un tercero que no se haya convertido en parte procesal (ver el Capítulo 18) y, excepcionalmente, contra actos de las propias partes procesales. Nunca procede contra las resoluciones judiciales (ya se verá cómo este elemental principio lógico del proceso es desconocido en innumerables códigos vigentes, lo que sigue provocando la emisión de jurisprudencia incomprensible sistémicamente hablando...);

4) el *recurso*, usado por el afectado por una resolución del juez de la causa para atacarla ante su superior jerárquico (excepcionalmente, ante él mismo).

El tema se complica aún más cuando el propio legislador denomina habitualmente *recurso* a la impugnación que, en sede judicial, se hace de un acto administrativo (por ejemplo, recurso contencioso administrativo o recurso de apelación ante una Cámara o Tribunal de Apelación contra una decisión de un órgano administrativo estatal o paraestatal).

Por mi parte, creo que todo esto es confuso e insuficiente para enseñar cabal y adecuadamente el tema, de modo que pueda ser comprendido por quien desee estudiarlo con real provecho, máxime cuando la doctrina y la legislación mezclan en esta bolsa recursiva al *recurso de amparo*, al *recurso de hábeas corpus*[3] y al *recurso de hábeas data*, que no son recursos sino verdaderas demandas.

De ahí que prefiera comenzar el tratamiento del tema a partir del concepto de *instancia*: ya expliqué con detenimiento en el Capítulo 2 que en la interacción –objeto del conocimiento jurídico– que se presenta entre un particular/gobernado con una autoridad/gobernante, aquél puede dirigirse a éste –eso mismo es el instar– por medio de alguna de las cinco instancias concebibles lógicamente en un sistema jurídico: denuncia, petición, reacertamiento, queja y acción procesal.

Se verá ahora que en las figuras del *reacertamiento* y de la *acción procesal* se encuentran –sin importar cómo las llamen las leyes– todos los posibles medios de impugnar todos los posibles actos que he descrito anteriormente.

Y ello porque, repasando el significado de cada una de las posibles instancias (ruego al lector releer ahora mismo el texto del # 4 del Capítulo 2), debo descartar liminarmente que

a) la *petición* pueda ser un medio de impugnación pues, no obstante su obvio contenido pretensional, parece claro que es y debe ser una instancia inicial y no impugnativa (la que supone lógicamente un acto cumplido con antelación a su presentación). Por ende, la petición nada ataca sino que sólo busca lograr la emisión de un acto de autoridad que, éste sí, podrá ser atacado a base de algunos de los criterios vistos precedentemente;

[3] Sintagma latino comenzado a utilizar en Inglaterra y admitido en castellano, que refiere al derecho de todo ciudadano detenido o preso a comparecer inmediata y públicamente ante un juez dentro de un plazo límite después de su detención para que, oyéndolo, éste decida acerca de la procedencia o improcedencia de la detención y si ella debe mantenerse o no.

b) la *denuncia* pueda ser otro medio de impugnación, toda vez que al ser una mera participación a la autoridad de un conocimiento, carece de contenido pretensional. En otras palabras: al igual que la petición, nada ataca;

c) la *queja* pueda ser otro medio de impugnación pues –por esencia– supone la inexistencia de un acto. Sin embargo, dada la enorme confusión que existe al respecto, me referiré a ella luego.

De modo que, y conforme a lo recién expresado, de la nómina de posibles instancias quedan como claras vías de impugnación sólo el reacertamiento y la acción procesal. Y entre tales conceptos descubriremos *todos* los medios impugnativos conocidos. Veamos:

2.1. El reacertamiento

Recordará el lector que esta instancia tiene por objeto atacar una resolución (siempre se considera que tal palabra es un mandato de autoridad) emitida:

a) espontáneamente (mencionada siempre como dictada *de oficio*, *ex officio* u *oficiosamente*) por la propia autoridad, o

b) a pedido del mismo sujeto que insta, por no estar conforme –no interesa por ahora si objetiva o subjetivamente– con el resultado (acertamiento) obtenido en la decisión.

Éste es el típico medio de impugnación en toda sede administrativa, donde la relación que genera el instar se presenta siempre y exclusivamente entre dos sujetos: el peticionante y la autoridad.

Supone lógicamente:

a) la existencia de una petición inicial –con obvio contenido pretensional– respondida por la autoridad de manera tal que no gusta o no convence al peticionante, o

b) una decisión adoptada de oficio. Pero, nótese bien, en ambos supuestos hay una resolución que no conforma al interesado.

Por tal razón, y persistiendo el así afectado (o agraviado) en su voluntad de obtener una resolución favorable (total o parcialmente) a su pretensión hasta ahora rechazada, intenta lograr otra decisión mediante el uso de una instancia impugnativa del resultado obtenido por la anteriormente esgrimida.

Para esto deduce una nueva pretensión –ahora llamada *reacertamiento*– a fin de lograr una resolución favorable a su interés –y que deje sin efecto la decisión atacada– emitida en esta oportunidad por:

a) el superior jerárquico inmediato de la autoridad que decidió el acto (en la leyes procedimentales administrativas, esta impugnación de *nivel vertical* se denomina *recurso jerárquico*). Pero también puede ser resuelta por

b) la misma autoridad que intervino hasta ahora (en la leyes procedimentales administrativas, esta impugnación de *nivel horizontal* se denomina *recurso de reconsideración*) trata de evitar un desplazamiento burocrático de las actuaciones cumplidas.

Pero esta típica instancia impugnativa se presenta en todo lugar en el cual la autoridad desempeña una función esencialmente administrativa o ejecutiva, no importando al efecto que ello ocurra en alguno de los Poderes Ejecutivo, Legislativo o Judicial (recordar que en el Capítulo 9 expliqué que todos los Poderes del Estado –salvo el Ejecutivo, que no realiza tarea jurisdiccional– cumplían acabadamente todas las funciones). De ahí que, cuando refiero a que el reacertamiento es la típica instancia que se deduce en sede administrativa, lo hago con el alcance aquí explicado.

Resulta así que, cuando los jueces actúan administrativamente (no jurisdiccionalmente), sus decisiones son impugnables por esta vía que –recuérdese– mantiene la característica de no ser bilateral (cual la acción procesal).

Esto es lo que ocurre en los códigos procesales cuando se otorgan "recursos de revocatoria (ver *infra*) y de apelación" contra decisiones dictadas sin previa sustanciación (por ejemplo, otorgamiento de cautelas, ver el Capítulo 31).

Ya se entenderá mejor el tema luego de que explique qué es cada uno de estos dos mal llamados recursos.

2.2. La acción procesal

Al explicar el Capítulo 2 aclaré que esta instancia ostenta dos características que la identifican con la petición: ambas se presentan inicial-

mente y con claro contenido pretensional. Pero las distinguí adecuadamente al mostrar que la petición –al igual que las otras instancias posibles: el reacertamiento, la queja y la denuncia– es una instancia *unilateral* (se presenta exclusivamente entre dos sujetos: un particular y una autoridad) en tanto que la acción procesal es necesariamente *bilateral* (se presenta exclusivamente entre tres sujetos: dos particulares actuando antagónicamente en situación de paridad igualitaria y una autoridad que es equidistante de ellos).

También distinguí a la acción procesal del resto de las posibles instancias sosteniendo que –por la misma razón recién apuntada– el objeto de éstas es lograr *un procedimiento*, en tanto que el de aquélla es obtener *un proceso*. Y con eso presenté lo que considero que es un concepto elemental e inconfundible por irrepetible en el mundo jurídico.

Finalmente, sostuve que el método empleado para hacer estas tipificaciones mira con exclusividad a la actividad cumplida por los intervinientes en un proceso: juez y partes encontradas que litigan ante él.

De tal modo, si la actividad cumplida es lo que interesa para el caso y en el proceso deben ser bilateralizadas todas las afirmaciones antagónicas de las partes (consecuencia inevitable de la cláusula constitucional que garantiza la inviolabilidad del derecho de defensa en juicio, lo cual –a su turno– encuentra sustento en el principio de igualdad ante la ley) pude afirmar en el Capítulo 7 que la naturaleza jurídica de la defensa y, particularmente, de la excepción procesal, es la misma y exacta de la de la acción procesal: *las dos muestran un instar bilateral.*

De ahí que no denominé al respectivo capítulo –como se hace habitualmente– con el nombre de la *defensa del demandado* sino con el de la *reacción del demandado* (ver el Capítulo 7), dando a entender explícitamente que *acción y reacción* son anverso y reverso de una misma moneda (cuando el demandado reacciona oponiendo excepciones, por ejemplo, es obvio que acciona, en actividad que generará nueva actividad), esencialmente idénticas pero diferentes en cuanto a la oportunidad de su ejercicio: la reacción supone la existencia previa de la acción.

Ésta es la razón que explica por qué todo lo que se diga respecto de la acción procesal pueda ser mantenido respecto de la reacción procesal.

Aunque fatigosa para el lector, creo que toda esta recordación no ha sido inútil. Y es que importa ahora –precisamente en el tema relativo a la impugnación procesal– advertir que no siempre que se impugna se actúa bilateralmente (por ejemplo, el recurso de aclaratoria es claramente unilateral ya que no debe recibir sustanciación alguna entre la interposición y la resolución. De ahí se desprende su naturaleza de *reacertamiento*, no de *recurso*).

Con todas estas ideas a la mano, volvamos ahora a comenzar, reiterando conceptos: desde siempre se afirma que los medios conocidos de impugnación procesal son cuatro: *acción*, *excepción*, *incidente* y *recurso*.

Si bien se miran tales medios, acción (en el sentido de demanda), excepción e incidente son, esencialmente, siempre lo mismo: *acción procesal*, en tanto todos deben ser bilateralizados. Sólo el recurso procede legalmente, a veces, como instancia unilateral en tanto que otras como bilateral.

Parece claro, entonces, que –para que no haya confusiones al respecto, y ya que el vocablo *reacertamiento* tiene un preciso significado impugnativo y cubre todos los supuestos posibles de tramitación unilateral– la palabra recurso debe utilizarse exclusivamente en la técnica procesal para mencionar a un medio de impugnación de resoluciones judiciales que requiere imprescindiblemente sustanciación con ambas partes en litigio.

Descarto así que pueda haber recursos en sede administrativa: allí, el impugnante opera exclusivamente con reacertamientos y quejas y, eventualmente, con acción procesal sólo cuando decide judicializar una cuestión administrativa.

Y no es que todo pase por un problema puramente semántico: lo que trato de mostrar es un sistema en el cual ningún engranaje se contraponga con otro, inutilizándolo. De esto se da cuenta todo quien medita mínimamente sobre el asunto: no es en esencia lo mismo un *recurso administrativo* –que tolera una impugnación judicial después de ser resuelto– que un *recurso judicial*, cuya resolución final gana los efectos propios del caso juzgado y no admite impugnación posterior, salvo casos excepcionales que luego mencionaré.

Tampoco son esencialmente iguales entre sí todos los recursos judiciales (a nadie escapan las profundas diferencias que existen entre un recurso

de apelación contra una sentencia definitiva y un recurso de apelación contra providencia denegatoria de una cautelar).

Para finalizar: luego de tan extenso exordio, creo que el tipo de instancia denominado *acción procesal* puede ser utilizado mediante las cuatro vías que posibilitan su ejercicio (demanda, excepción, incidente y recurso) como medios de impugnación procesal, en tanto efectuemos adecuada distinción entre ellos y el resto de las instancias posibles de servir a la tarea de impugnar.

Veamos ahora cada medio en particular jugando armónicamente dentro de un sistema.

2.2.1. La demanda principal

En principio, se puede impugnar por esta vía todo acto jurídico que no sea una resolución judicial ni una actuación procesal.

Se trata, simplemente, de la presentación ante un juez de una demanda iniciadora de un proceso a base de una pretensión *declarativa* (descarto a las constitutivas, las cautelares y las de condena –ver el Capítulo 8– pues no pueden ser propiamente impugnativas) referida a:

a) *cualquier acto de particular* (contrato, negocio, testamento, etcétera) que el demandante afirme ilegítimo;

b) *cualquier acto de autoridad administrativa*[4], con la condición de que sea una resolución final obtenida después de transitar todas las vías de impugnación propias de la respectiva sede (lo que se denomina en el derecho administrativo *agotamiento de las vías administrativas previas*, obtenido por resolución expresa o por el transcurso del tiempo necesario para que cualquiera impugnación se considere denegada);

c) *cualquier acto legislativo contenido en ley en sentido formal*, con la condición de que el impugnante pretenda su declaración de inconstitucionalidad frente a alguien que intenta o puede intentar beneficiarse con su mandato[5].

[4] Sin importar al efecto la sede del Poder en el cual se dicta: Ejecutivo, Legislativo o Judicial.

[5] Lo que descarta la posibilidad de declarar una inconstitucionalidad en abstracto. Esto se ve muy claramente en la legislación argentina, en la cual el efecto de la declaración judicial alcanza sólo a las partes que han litigado acerca del tema.

Sin perjuicio de ello, siguiendo lo afirmado en el primer párrafo de este punto y como supuesto de verdadera excepción[6] –que se ha consagrado jurisprudencialmente después de mucha y sostenida prédica doctrinaria– también se sostiene doctrinal y jurisprudencialmente que puede referir a un acto definitivo de *autoridad judicial*: sentencia que haya ganado los efectos propios del caso juzgado.

Esto era definitivamente impensable hasta la mitad del siglo XX: el fenómeno del caso juzgado (cosa juzgada) se apartaba de todas las reglas conocidas de impugnación: razones de buena política legislativa así lo pregonaban para descartar el excesivo ánimo litigioso de la gente (*animus querulandi*), apaciguar definitivamente las pasiones encontradas y lograr, así, una adecuada convivencia pacífica, meta última y razón de ser del proceso.

Sin embargo, notables casos de fraude por medio del proceso, que se presentaron en la Argentina y en Colombia a mediados de la década comenzada en 1951, llevaron a la mejor doctrina americana a sostener la necesidad de equiparar a la sentencia judicial con cualquier otro acto jurídico.

De tal modo, se dijo, si es posible impugnar un contrato, un testamento, etcétera, ¿por qué no hacer lo propio con la sentencia judicial? ¿No es que todos son actos jurídicos?[7]

Y para poder responder positivamente a esta cuestión, se afirmó desde la jurisprudencia de máximo tribunal que los efectos del caso juzgado se producen sólo en *supuesto de proceso regularmente llevado*, no cuando la sentencia es producto de un *proceso aparente* seguido colusivamente entre el juez y una de las partes en contra y con demérito de la otra[8].

De aquí en más se habla en la doctrina de una *acción* (en rigor, una demanda) *autónoma de nulidad* mediante la cual se pretende obtener una sentencia judicial que quite a otra sentencia judicial anterior los

[6] Ya se verá luego cómo critico el tema.

[7] La literatura sobre el tema es vasta a partir de la década de los '60. Puede ser provechosa la lectura de los trabajos publicados en la época por Devis Echandía, Gelsi Bidart, Véscovi, Morello, etcétera.

[8] El *leading case* que resolvió eso fue el de "Campbell Davidson c/Provincia de Buenos Aires" y puede ser visto en *Fallos* de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, vol. 279, p. 59. También en la revista jurídica *El Derecho*, t. 36, p. 290.

efectos ganados por el fenómeno del caso juzgado. Sólo que cuando la doctrina teorizó acerca del caso, no habló de *caso juzgado fraudulento* sino de caso *juzgado írrito*, a partir de lo cual se le dio una insospechada amplitud a la posibilidad de demandar la respectiva nulidad[9].

A este supuesto excepcional de irregularidad esencial, cierta jurisprudencia ha equiparado otro caso: el de imposibilidad de coexistencia de la cosa juzgada proveniente de una sentencia con la actualidad que se comprueba en el plano de la realidad social (sentencia que indemniza a un obrero por incapacidad laborativa total y permanente que se encuentra trabajando posteriormente y con toda normalidad en la misma tarea laboral por la cual recibió indemnización; persona declarada muerta que aparece viva, etcétera).

Como se ve, el campo de la demandabilidad crece paulatinamente, lo que puede ser constatado en la prensa diaria que informa –cada vez con mayor habitualidad– de recurrente intervención judicial en casos que desde siempre han sido razonablemente considerados como no justiciables[10].

El resultado de esta notable extensión del terreno impugnativo contra sentencias judiciales pasadas en autoridad de caso ya juzgado no ha sido bueno. Antes bien, ha generado notable inquietud en la abogacía seria, por la grosera imprevisibilidad de lo que puede ocurrir y por la inestabilidad de las situaciones que se creían buenamente consolidadas, dando con ello pie a continuar litigando circularmente a quien tiene ímpetus, tiempo y capital para ello. Y todo, por cierto, en contra de la pacificación social.

De ahí que ya es tiempo de poner coto a esta corriente interpretativa judicial que ha ido más allá de la ilegitimidad producto del fraude, al proponer que puede arrasarse con todo lo que resulte subjetivamente injusto para el perdedor.

[9] El adjetivo castellano *írrito* significa inválido, nulo, sin fuerza ni obligación y proviene del verbo *irritar*: anular, invalidar. Y la anulación o invalidación puede derivar de cualquiera circunstancia subjetiva, lo que torna realmente peligroso el supuesto en estudio, pues su vigencia atenta contra el mantenimiento de la paz.

[10] Los ejemplos de lo que aquí afirmo son numerosísimos y pueden ser vistos con regular periodicidad en la tapa de los diarios de varios países de América. A ellos me he referido largamente en mi libro *El debido proceso de la garantía constitucional*, Zeus, Rosario, 2003.

Por lo demás, la solución está legislada desde antaño con la denominación de *recurso de revisión*, tanto en lo penal[11] como en lo civil[12]. Dada esta circunstancia, bien se haría en encuadrar los posibles casos de impugnación de una sentencia pasada en autoridad de caso ya juzgado en supuesto legislativo expreso previsto como causal de procedencia de este recurso.

Sin perjuicio de lo recién aseverado, todo esto se presenta generalmente como pretensiones dirigidas por un actor contra un demandado –con quien se sustanciarán– y que serán resueltas por el juez interviniente al efecto. Ya se comprenderá el porqué de esta obvia afirmación.

2.2.2. La demanda incidental

Se puede impugnar por esta vía a:

a) toda pretensión deducida por una parte contra su contraria dentro de un proceso ya pendiente (incoado mediante una demanda principal) con los alcances que he dado a las cuestiones incidentales en el Capítulo 24;

b) toda pretensión deducida por una parte contra su contraria dentro de un proceso pendiente con motivo de lo actuado por ella a raíz de un *accidente procesal* (ver el Capítulo 24);

c) toda pretensión de cualquiera de las partes procesales contra la actuación ilegítima cumplida dentro de un proceso ya pendiente *por un tercero que no ostenta el carácter de parte procesal* (ver Capítulo 19). El caso contempla, siempre y exclusivamente, supuestos de *impugnación objetiva por ilegitimidad* (varios ejemplos: testigo que declaró sin prestar juramento previo de decir verdad o que no dio razón de sus dichos; perito que confeccionó su peritaje sin notificar previamente a las partes acerca de la fecha y del lugar de realización para que pudieran controlar lo actuado por él; notificador que omitió cumplir pasos imprescindibles en la práctica de una notificación; destina-

[11] Ver, por ejemplo, Código Procesal Penal de Santa Fe, art. 489.

[12] Ver, por ejemplo, Código Procesal Civil de Mendoza, *art. 155*: "El recurso de revisión tiene por objeto hacer posible un nuevo examen de conocimiento de procesos finiquitados por sentencia definitiva, con el fin de reparar agravios que no pudieren ser reparados por otra vía judicial en el mismo proceso. Sólo procede por los motivos y en los casos enumerados taxativamente por el art. 144, inc. 9, de la Constitución".

tario de un pedido de informes que lo responde acerca de cuestiones que no figuran en sus archivos, etcétera).

La pretensión impugnativa debe sustanciarse siempre con la parte a la cual beneficia o beneficiaría la actuación irregular y, nótese bien, jamás con el propio tercero cuya actuación se impugna. Esta afirmación, que resulta obvia y pueril para el iniciado, no es comprendida por algunos jueces, quienes sustancian tales impugnaciones con la participación de los mismos terceros impugnados (¡!) a quienes terminan imponiendo costas, ¡cual si fueran partes procesales!

Por razones lógicas, el trámite de la demanda incidental debe estar sujeto a un procedimiento más breve y de menor importancia que el otorgado a la demanda principal. No obstante, ya se verá más adelante que hay varios códigos que ignoran esta regla elemental.

2.2.3. La excepción

Se puede impugnar por esta vía a:

a) la actuación cumplida por una de las partes en el proceso, que produce el efecto inmediato de convalidar una actuación propia anterior e inválida (ver el Capítulo 14) o que

b) no debía o no podía realizar o

c) una inactividad que, como tal, tiene consecuencias jurídicas disvaliosas para una de las partes procesales.

Muestro ejemplos que ayudarán a comprender el supuesto en trato:

a) una de las partes realiza una actuación procesal inválida, que se apresura a convalidar repitiendo o subsanando –por ejemplo– el mismo acto impugnable que, ahora sí, ha de producir efectos válidos;

b) una de las partes ha resultado triunfante en la resolución de una incidencia que ha impuesto costas a la perdedora. A raíz de ello, en ciertos códigos se permite que el acreedor impida el instar del deudor hasta tanto no pague las costas adeudadas[13]. Si, no obstante ello, el

[13] Por ejemplo, CPC de Santa Fe, *art. 328*: "El condenado en costas de 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".

deudor insta sin pagar, ya frente al acto concreto el acreedor debe impugnar lo actuado por la vía de la excepción, a fin de restarle todo efecto procedimental a ello y lograr así la detención del proceso;

c) después de transcurrido con exceso el plazo para que opere la caducidad de la instancia (lo que supone inactividad el juez y de ambos litigantes), una de las partes realiza un acto impulsor del procedimiento que tiene como efecto el purgar la caducidad ya operada.

En los supuestos a, y c, la parte que hubiera podido beneficiarse con la declaración de invalidez del acto o con la de la caducidad de la instancia puede todavía hacerlo si antes de consentir los efectos de los actos convalidatorios deduce contra ellos la respectiva excepción para, acogida ella, poder atacar la actuación inválida o la pura inactividad mediante demanda incidental.

En el caso b, se observa con claridad la procedencia de la excepción impugnativa.

En otras palabras: si una parte intenta impugnar un acto inválido o ganar los efectos propios de una inactividad de la contraria que han sido convalidados por la posterior realización de actos válidos, es menester que ataque a éstos por la vía de la excepción para defenderse de ellos y poder impugnar, ahora sí, los anteriores actos inválidos.

2.2.4. El recurso

Se puede impugnar por esta vía a toda resolución judicial, con las salvedades que luego mencionaré.

En esta amplitud recursiva quedan comprendidos los decretos, las providencias (o proveídos) de trámite y las sentencias principales e incidentales (o interlocutorias). No obstante esta afirmación, razones de política recursiva limitan a veces su alcance, como se verá en el # 3.1.5. de este Capítulo.

En los anteriores casos referidos a la demanda –tanto principal como incidental– hice hincapié en que la respectiva resolución debía ser dictada por el propio juez de la causa. Hasta aquí, parece una obviedad.

Pero vale la aclaración pues, tratándose de un recurso, desde siempre ha parecido conveniente que la resolución que deba recaer sobre esta instancia la dicte un superior jerárquico del juez que emitió el pro-

nunciamiento impugnado. No obstante, esta antigua regla muestra excepciones, como luego se verá.

Hasta aquí me he referido a los únicos medios de impugnación *propiamente dichos*. Haré ahora una salvedad respecto de:

2.3. La queja

Recordará ahora el lector que esta instancia tiene por objeto lograr la efectiva emisión de una resolución por parte de la autoridad que no respondió tempestivamente a una petición (eventualmente, cuando el orden jerárquico lo permite, también procede si no se responde a una instancia de reacertamiento).

Si bien se mira, al igual que el reacertamiento, la queja ostenta también claro contenido pretensional y supone la preexistencia de una instancia anterior (petición).

Pero no ataca propiamente una resolución –pues no la hay– sino al silencio u omisión de quien es responsable de dictarla[14]. Por eso es que no puede ser considerada como un medio de impugnación. Pero como todos los códigos le dan ese carácter, es que la trato en este acápite luego de salvar lo que opino al respecto.

De ahí que sea menester ahora recalcar que, a diferencia de lo que ocurre en el reacertamiento, procede siempre ante un superior jerárquico de la autoridad silente, ya que sería ocioso hacer la queja ante el propio funcionario que no respeta el cumplimiento de su deber de responder.

Esta instancia funciona en sedes:

a) *administrativa*, cuando las leyes de procedimiento respectivas establecen los "recursos" de "queja" o con alguna otra denominación que las leyes pueden dar caprichosamente a las hipótesis de procedencia. Lo propio ocurre en el caso del amparo judicial por mora de la Administración, y

b) *judicial*, cuando los códigos regulan la llamada *queja por retardo de justicia*. Cuando refieren a la denominada queja –o, peor aún, *recurso de queja*– por apelación denegada, lo hacen impropiamente pues, conforme con los términos que se utilizan en esta obra, no puede haber queja (pues no hay silencio de la autoridad) sino reacertamiento (pues hay decisión denegatoria de un recurso que se ataca afirmando que es errónea). Se comprenderán luego las implicaciones propias de esta tipificación.

[14] Recuerde que, al comenzar el tratamiento del tema, sostuve que sólo pueden ser impugnados los *actos* y no los meros *hechos*, aunque tengan trascendencia procesal.

Reitero: se desprende de lo expuesto que la queja no es ni puede ser un medio de impugnación procesal respecto de acto jurídico alguno.

Hasta aquí he tratado de mostrar cómo opera –en rigor, cómo debe operar– sistémicamente la impugnación procesal. Corresponde ahora analizar nuevamente el tema desde la óptica de las leyes procesales.

3. Los recursos

Luego de haber explicado cómo funciona –*rectius est*, cómo debe funcionar– el sistema de impugnación, trataré ahora el tema desde la óptica tradicional, con la esperanza de que el lector no se confunda al intentar reconocer la verdadera naturaleza de cada uno de los medios recursivos en particular.

3.1. Los recursos en general

Ya expliqué antes que el acto jurídico impugnado mediante la vía del *recurso* debe ser siempre una resolución judicial y no otro acto (administrativo, legislativo o de particulares)[15].

Sin embargo, como se verá luego, casi todos los códigos de procedimientos que tienen su origen en las antiguas leyes hispánicas, norman acerca de *recursos contra actos de la Administración* (en rigor, verdaderas *demandas*) y de *recursos contra actos administrativos dispuestos por los jueces* (no jurisdiccionales o de *jurisdicción voluntaria* y, en rigor, verdaderos *reacertamientos*).

Esta idea será reiterada en el siguiente # 3.1.2.

Antes de continuar con la explicación, es necesario advertir al lector sobre lo que sigue.

[15] Si bien se mira, vuelvo en el tema a la ortodoxia de Briseño Sierra mencionada en la cita 2.

3.1.1. Los conceptos previos necesarios para comprender el tema

Para lograr una adecuada comprensión del tema *recursos en general* es menester detenerse previamente en el tratamiento y comprensión de:

a) la *naturaleza* de la pretensión deducida en cada uno de los medios impugnativos en particular establecidos en las leyes;

b) los diversos *tipos de juzgamientos* que deben emitir los jueces acerca de cada recurso que son de su competencia funcional;

c) los *efectos* que produce la admisión o concesión de un recurso, y

d) la *naturaleza jurídica de la sentencia sujeta a recurso.*

Veamos cada uno de ellos.

3.1.1.1. La naturaleza de la pretensión recursiva

Surge ya de todo lo expuesto que el concepto de *recurso* envuelve la idea de un *control*[16] que efectúa el superior jerárquico[17] del juez que emite una resolución cuyo contenido afecta, por lo menos, a una de las partes procesales.

Sistémicamente, ese control debe ser solicitado sólo[18] por el propio

[16] Se entiende por *controlar* la inspección, comprobación, supervisión o verificación de algo. Una instancia de control judicial por un superior respecto de lo actuado por su inferior implica analizar la legitimidad y la justicia del pronunciamiento impugnado, conforme a lo alegado al respecto por el interesado.

[17] Cuando se trata de identificar al *superior*, se lo encuentra siempre en un grado de conocimiento ulterior, cuya decisión será la definitiva respecto de la materia objeto de la impugnación, a menos que la ley prevea otro grado más de conocimiento posterior (de hecho, hay un segundo grado respecto del primero; un tercero respecto del segundo, y así sucesivamente).

[18] Jamás puede efectuarse como mecánica propia del oficio judicial, elevando espontáneamente el juez de grado inferior su decisión para que sea controlada por el de grado superior, cual ocurre por ejemplo, en lo que se conoce en América con el nombre de *consulta* o, erróneamente, *recurso de consulta*, propio del sistema inquisitorial que aun rige la materia procedimental. En Argentina, esto se ve en la *Ley de Concursos*, por ejemplo, donde dispone el *art. 272*: "*Apelación*. Las regulaciones de honorarios son apelables por el titular de cada una de ellas y por el síndico. En los supuestos del artículo 265, incisos 1, 2, y, según el caso, el inciso 5, también son apelables por el deudor. En los restantes, sin perjuicio de la apelación por los titulares, *el juez debe remitir los autos a la Alzada, la que puede reducir las regulaciones aunque el síndico no haya apelado*". Y en el CPC de la Nación, *art. 253 bis*: "En el proceso de declaración

interesado[19] que se dice afectado, quien deducirá el recurso idóneo al efecto –y no otro– y lo fundamentará[20] sosteniendo las razones por las cuales provoca tal control, y dirá en qué consiste el objeto de su pretensión[21].

Esto tiene gran importancia a la hora de la cabal comprensión del tema, toda vez que el legislador ha previsto diversos medios recursivos para los disímiles posibles casos de imaginar respecto de actos producidos por el juez de grado. Y, así, posibilita la existencia de un *control* acerca de:

a) la regularidad del procedimiento llevado previamente a la emisión de la sentencia;

b) la motivación del juzgamiento acerca de los hechos controvertidos;

c) la apreciación de los medios de confirmación producidos sobre tales hechos;

d) la norma aplicada para resolver el caso;

e) la constitucionalidad de dicha norma;

f) la congruencia entre lo pretendido, confirmado y otorgado en la sentencia, etcétera.

Dado que la sentencia es un acto jurídico más pero con naturaleza normativa[22], se explica todo lo recién afirmado en cuanto puede tener relación con:

1) las condiciones del *acto en sí mismo* (por ejemplo, los supuestos previos: capacidad, interés y legitimación de los sujetos intervinientes en su formación y los requisitos de forma y contenido de la motivación), y

2) las condiciones de la *norma individual* que crea para el caso particular: por ejemplo, su forma, la idoneidad de su objeto, el sustento normativo previo, general y abstracto, etcétera.

de demencia, si la sentencia que la decreta no fuera apelada, se elevará en consulta. La Cámara resolverá previa vista al asesor de menores e incapaces..."

[19] O por sus representantes legales, convencionales o promiscuos.

[20] Como luego se verá en el texto, desde antaño se hace la fundamentación de todo recurso en un tiempo posterior al de su deducción, expresando las razones o *agravios* que el afectado dice tener respecto de la decisión judicial que le ha sido adversa.

[21] En este mismo punto se verá cuáles pueden ser las posibles pretensiones de control.

[22] Ver Capítulo 28.

Sistematizando adecuadamente estas ideas, ya puede decirse que el *objeto del control* refiere al tipo de conducta que el impugnante persigue obtener de la autoridad que lo efectuará y que puede ser de anulación y de crítica.

a) La *anulación*[23] procura la supresión, no la modificación, cual ocurre en el supuesto siguiente. De tal forma, el impugnante no se limita a tratar de detener los efectos de una sentencia, por ejemplo, sino que busca quitarle todo efecto legal, la desaparición de la conducta autoritaria impugnada.

Este tipo de objeto se halla en todos los *recursos de ilegitimidad*, en los cuales el impugnante sostiene que el procedimiento previo a la sentencia o la sentencia misma no se adecuan con las exactas previsiones de la ley y, particularmente, con el derecho constitucional a que se respete irrestrictamente la inviolabilidad del derecho de defensa en juicio.

b) La *crítica*[24] pretende la modificación (o su contrario: el mantenimiento) de lo ordenado por la autoridad en su sentencia, hace una valoración de la motivación de lo resuelto y, poniéndose en el lugar del juez, intenta reproducir su actividad siguiendo el *iter* de su pensamiento, pero desde otro punto de vista: el propio. Por eso es que quien critica puede llegar a resultado diverso al del contenido de la sentencia (la revoca, total o parcialmente) o al mismo que obtuvo la autoridad que emitió la decisión impugnada (la confirma).

Este tipo de objeto se halla en los *recursos de injusticia* que, con la denominación que le otorgue cada legislación, son los que se conocen como *apelación* en toda América.

Ya volveré sobre el tema al especificar en cada caso concreto cuál es el que le corresponde a un determinado recurso.

[23] Briseño Sierra utiliza en su lugar la voz *censura*, que refiere al juicio negativo que se hace de algo, especialmente del comportamiento ajeno. Y también quiere decir tachar o suprimir algo en un escrito. Yo he preferido el vocablo *anulación* (acción de *anular*), que refiere a dejar sin efecto o sin validez un documento, contrato o resolución por no estar conforme con lo que disponen las leyes.

[24] La voz *crítica* refiere al juicio o a la opinión que se hace sobre algo, especialmente con la intención de mejorarlo cuando no se está de acuerdo con ello.

3.1.1.2. Los juicios que se emiten acerca de un recurso

Ante la interposición de uno cualquiera de todos los recursos legislados en las diversas leyes locales, corresponde que se emitan dos juicios sucesivos (a veces ocurre sin solución de continuidad) con contenido claramente diferente:

a) el primero de ellos, denominado *juicio de admisibilidad*, tiene por objeto analizar y decidir liminarmente acerca de los requisitos puramente formales de la impugnación, es decir:

a.1) si la resolución impugnada puede o no ser objeto del recurso en particular que se ha deducido contra ella (de aquí en más me referiré al tema con la denominación *procedencia*);

a.2) si quien recurre tiene legitimación sustancial y legitimación procesal y, en su caso, si tiene interés para hacerlo (en adelante, *legitimación*);

a.3) si el recurso se interpone dentro del exacto plazo concedido al efecto por la ley (en adelante, *plazo*);

a.4) y con las formalidades exigidas para cada recurso (en adelante, *formas*): es decir, si debe o no ser fundado en el acto de la presentación, si debe constar por escrito o en simple diligencia verbal, si debe o no tener copia de la actuación, si debe contar o no con firma de letrado, etcétera.

Cuando el juez juzga que se han cumplido *todos* los requisitos de admisibilidad, debe ordenar su *admisión*[25] (o concesión). En caso contrario, el juez debe *denegarlo*[26].

b) El segundo de los juicios a emitir, denominado de *fundabilidad*, tiene por objeto analizar y decidir acerca de las razones o argumentos sustanciales o de fondo dados por el impugnante para sostener su pretensión recursiva.

Cuando el juez resuelve favorablemente acerca de dicha pretensión, *acoge*, *estima* o *hace lugar al recurso* (nunca *admite*). Cuando decide en forma contraria a tal pretensión, *rechaza*, *desestima* o *no hace lugar*

[25] Recuérdese que la palabra *admitir* significa *dar curso* o *iniciar el procedimiento respectivo*.

[26] Recuérdese que la palabra *denegar* significa no hacer lugar o no iniciar el procedimiento respectivo por razones puramente formales.

al recurso (nunca *deniega*) (en ambos casos, considerando las razones esgrimidas en cuanto al fondo del asunto)[27].

En los recursos que deben ser analizados en un doble grado de conocimiento (en general todos, menos los casos de excepción que inmediatamente mencionaré) *ambos juicios deben ser dados por dos jueces diferentes*:

a) el de admisibilidad, por el mismo juez de grado ante quien se presentó la impugnación;

b) el de fundabilidad, por su superior jerárquico en el respectivo grado, dentro de la escala de la organización tribunalicia.

En algunos "recursos" puntuales[28], y por las razones que explicaré más adelante, ambos juicios son emitidos por el propio juez que dictó la resolución impugnada.

3.1.1.3. Los efectos que genera la concesión de un recurso

En este punto se estudia el tema relativo a si la sentencia que contiene un mandato judicial debe o no cumplirse de inmediato cuando ha sido recurrida por lo menos por una de las partes en litigio.

Y –más allá de todo lo que pueda dilatar un trámite recursivo el inmediato y justo cumplimiento de la orden judicial– desde siempre ha parecido claro que una sentencia impugnada debe esperar su confirmación para poder ser ejecutada, habida cuenta de que la posibilidad de error en el juzgador hace a su propia condición humana.

De tal modo, cuando se recurre una sentencia –por la vía de cualquier recurso– la admisión (concesión) del medio impugnativo de que se trate sujeta a tal sentencia a una clara *condición:* se suspende su ejecución hasta tanto sea confirmada por quien debe emitir el juicio de fundabilidad. Recién a partir de la emisión de ésta es que puede ser ejecutada.

[27] Hago estas aclaraciones, que parecen impropias de una explicación seria del tema, pues con los años he visto innumerables resoluciones que confunden alegremente todos los términos recién referidos, dando luego pie a nuevas cuestiones impugnativas...
[28] En el lenguaje legal no se piensa si son verdaderos recursos, reacertamientos o demandas, cual ocurre en los casos de revocatoria, aclaratoria y rescisión, como luego se verá.

A esta clara *condición suspensiva* se le otorga procesalmente la denominación de *efecto suspensivo* de la concesión de cualquier recurso.

Sin embargo, hay ocasiones en las que el legislador contempla la necesidad de que la sentencia se cumpla excepcionalmente –sí o sí– de inmediato. Diversas razones abonan tal criterio (piense el lector, por ejemplo, en la urgencia de reponer una servidumbre de paso o de proveer de alimentos a una persona: parece prudente sostener que tales situaciones no pueden esperar el tiempo habitualmente prolongado que el trámite recursivo requiere para que la respectiva sentencia sea confirmada).

En estos casos, la ley establece que la concesión del recurso debe hacerse con *efecto no suspensivo*: la sentencia se ejecuta *ad referendum* de lo que resuelva en definitiva quien debe emitir el juicio de fundabilidad.

A igual resultado se puede llegar cuando la ley otorga a una sentencia un plus de certeza: por ejemplo, dictada con causa en un título ejecutivo, y el acreedor otorga fianza suficiente para lograr su inmediata ejecución.

De la misma manera en materia de recursos extraordinarios: se admite la ejecución inmediata de la sentencia impugnada, maguer estar aún sujeta a control de constitucionalidad, por ejemplo, cuando el pronunciamiento del segundo grado ha sido confirmatorio del de primero[29].

Hasta aquí la cuestión parece ser sencilla, pero no lo es. Sucede que en las leyes procedimentales, el *efecto no suspensivo* (palabras que suenan tan claras para explicar el problema) no es denominado así sino *efecto devolutivo* o *simplemente devolutivo*[30].

Para comprender el tema es imprescindible referir a la antigua legislación hispánica. Cuando un juez actuaba, lo hacía por delegación del Rey, ejerciendo la potestad jurisdiccional delegada explícita o implícitamente por él en cada caso litigioso (ya se ha visto en el Capítulo 9 que la jurisdicción es algo que se hace, no cosa que se tiene. Parece claro que esta moderna afirmación doctrinal era desconocida en el pasado, lo que explica el error lógico y semántico que he señalado).

De tal modo, al conceder un recurso de alzada presentado para ser resuelto por otro delegado jurisdiccional de mayor jerarquía funcional

[29] En el vocabulario forense esto se denomina equívocamente *doble conforme.*
[30] Esto se hace siempre al legislar el recurso de apelación. Sin embargo, el tema interesa por igual a todos los recursos de Alzada.

o por el propio Rey, el juez impugnado –en el acto mismo de la concesión– *devolvía la jurisdicción delegada al efecto.*

Las ideas son reiterativas en un sinnúmero de códigos procesales (se dice absurdamente, por ejemplo, que después de haber concedido un recurso, el juez *perdió jurisdicción*[31] y, por ende, debe abstenerse de intervenir en la respectiva causa).

De ahí lo del *efecto simplemente devolutivo* que, al no estar acompañado de una decisión expresa acerca de que la concesión tenía efecto suspensivo, pasó a ser considerado jurisprudencialmente con el significado de *efecto no suspensivo.*

En la habitual jerga utilizada por los códigos modernos –copia de los inexcusables errores del pasado– el problema se complica aún más: cuando refieren a que corresponde conceder un recurso con efecto suspensivo, legislan que debe ser concedido *en ambos efectos* (lo que en buen romance viene a significar que se devuelve la jurisdicción y que se ordena la suspensión de la ejecución de la sentencia impugnada). De donde resulta que *conceder con ambos efectos es sinónimo de concesión con efecto suspensivo.*

Para finalizar: algunos códigos previsores de un posible olvido del juez acerca del efecto con el cual debe conceder un recurso, establecen que si nada se dice sobre el tema es que la concesión se ha otorgado con efecto suspensivo.

Rozando con el tema recién expuesto, debo referir ahora a lo que se conoce como *efecto diferido*[32], mediante el cual se *difiere*[33] el tratamiento de numerosas apelaciones que versan sobre aspectos incidentales o puramente procedimentales hasta el momento final de la causa, en el cual el expediente sube a la Alzada por recurso concedido contra la sentencia que pone término al litigio.

Como se ve, no es un efecto propio de la concesión ni que interese a la ejecución o no de lo resuelto, sino sólo el traslado hacia el futuro del tratamiento de los agravios del caso. Y mientras tanto, el curso procedimental continúa como si nada hubiera pasado. De donde resulta que, a los fines aquí estudiados, el efecto *diferido* viene a ser una suerte de efecto *no suspensivo*[34].

[31] Recuérdese que la *jurisdicción* no es cosa que *se tiene* sino que *se hace.*

[32] Introducido en la Argentina por el CPC de la Nación, art. 247, procede en casos específicamente legislados para retrasar el tratamiento de la apelación hasta que tal recurso sea deducido contra la sentencia final que ponga fin al litigio. Por ejemplo, supuestos de la resolución que impone costas y regula honorarios en los incidentes (art. 69, 4º); declara inadmisible un hecho nuevo invocado en primera instancia (art. 366); desestima en juicio sumario la excepción de falta de legitimación para obrar, cosa juzgada, transacción, conciliación y desistimiento del derecho o las defensas temporarias (art. 496); que se dicte en juicio ejecutivo, salvo la que procede contra la sentencia y la providencia que deniega la apertura del proceso (arts. 509 y 557); etcétera.

[33] Significa retrasar algo o dejarlo para más tarde; y el correspondiente sustantivo es *diferimiento.*

3.1.1.4. Naturaleza jurídica de una sentencia sujeta a la interposición y a la resolución de un recurso

De cualquier forma que se la mire, toda sentencia admite *siempre* un recurso o una instancia de reacertamiento (aclaratoria, por ejemplo). Por ello, a menos que la ley establezca expresamente que los eventuales recursos deberán ser concedidos con efecto no suspensivo –en cuyo excepcional caso podrá ser ejecutada de inmediato y sin perjuicio de lo que se resuelva en definitiva sobre el tema (ya se verá cómo se reponen las cosas a su estado anterior)– *una sentencia recién dictada es un acto jurídico incompleto* que requiere:

a) ser notificada a las partes interesadas en su contenido y

b) esperar luego a que precluya el plazo acordado para interponer contra ella el recurso que exija el término más prolongado, si proceden más de uno.

Por eso, hasta tanto venza el respectivo plazo recursivo, la sentencia es un acto jurídico sujeto a la interposición de recurso.

Si el recurso del caso no se interpone, la sentencia adquiere *efecto ejecutorio* y ya puede ser ejecutada[35].

[34] Personalmente, no comparto la solución legal pues se ha tornado asaz injusta al dejar sin oportuna solución a un enorme número de asuntos que o no llegan a la sentencia o carecen de fundamento final al resultar hoy ganador del pleito el entonces apelante. Poca atención merecería el asunto si en los incidentes que quedan pendientes a la postre no se hubieran impuesto costas.

[35] El CPC de Santa Fe tiene norma expresa en tal sentido: "Las providencias y resoluciones judiciales de que no se hubiera interpuesto recurso alguno dentro del término legal, quedarán firmes y ejecutoriadas, sin necesidad de declaración alguna" (art. 108).

Si el recurso del caso se interpone y es concedido, ya no se trata de sentencia sujeta a la interposición de un recurso sino de sentencia con recurso admitido que se halla a la espera de su eventual confirmación, revocación o anulación por el órgano de control. De ahí que haya que distinguir entre dos casos en orden a cómo fue concedido el recurso: si con

a) efecto suspensivo, la sentencia es ahora un *acto jurídico sujeto a condición suspensiva*;

b) efecto no suspensivo (devolutivo), es un *acto jurídico sujeto a condición resolutoria.*

De ahora en más, se pueden saber las implicaciones propias de cada uno de ellos con sólo leer el Código Civil[36].

Finalmente: la sentencia de segundo grado de conocimiento que confirma la de primero, le otorga a ésta el efecto de *título ejecutorio* al convertir en *ejecutoriada* la sentencia inferior impugnada.

3.1.2. La clasificación de los recursos

A simples efectos docentes, la doctrina acostumbra a clasificar a los recursos teniendo en cuenta diversas circunstancias de acuerdo con:

a) el *número de grados de conocimiento*, en recursos de simple (por ejemplo, revocatoria) o de doble instancia (por ejemplo, apelación):

b) el *objeto de la pretensión impugnativa* deducida, en recursos de ilegitimidad (nulidad) o de injusticia (apelación);

c) la *extensión del contenido de la pretensión impugnativa*, en recursos ordinarios (apelación) y extraordinarios (casación);

d) el *número de jueces* que intervienen en su conocimiento, recursos horizontales y verticales;

e) para algunos autores, recursos principales y subsidiarios o auxiliares, etcétera.

[36] Cód. Civ., *art. 527*: "La obligación es pura cuando su cumplimiento no depende de condición alguna". *Art. 528*: "La obligación es condicional cuando en ella se subordinare, a un acontecimiento incierto y futuro que puede o no llegar, la adquisición de un derecho o la resolución de un derecho ya adquirido". *Art. 545*: "La obligación bajo condición suspensiva es la que debe existir o no existir, según que un acontecimiento futuro e incierto suceda o no suceda". *Art. 553*: "La obligación es formada bajo condición resolutoria cuando las partes subordinaren a un hecho incierto y futuro la resolución de un derecho adquirido".

Por supuesto, el tema se relaciona siempre con una legislación determinada, por lo que será allí donde deba ocurrir el lector para conocerlo adecuadamente.

Como se verá luego al explicar cada recurso en particular, todo esto no sirve –definitivamente– y bien se haría eliminando el tema de los planes de estudio de la asignatura.

Veamos ahora el régimen recursivo según la denominación que le dan las leyes de procedimiento.

3.1.2.1. Los "recursos" que son verdaderos *reacertamientos*

A pesar de la designación de *recursos* que le dan las distintas leyes procedimentales, son verdaderos *reacertamientos* y operan como tales (es decir, no son sustanciables con audiencia de ambas partes):

a) la aclaratoria;

b) la reposición o reconsideración o revocatoria, exclusivamente cuando procede contra providencia dictada de oficio o a pedido de la misma parte que recurre;

c) la apelación, cuando procede contra providencias dictadas de oficio o a pedido de la misma parte que apela. En ellas quedan comprendidas, obviamente, todas las decisiones de contenido puramente procedimental y las que versan sobre peticiones de otorgamiento de cautelas procesales (que no exigen previa sustanciación);

d) el "recurso directo" o "recurso de queja por apelación denegada" o "recurso de hecho";

Volveré sobre el tema al tratar en particular los que serán explicados en esta obra.

3.1.2.2. Los "recursos" que son verdaderas *demandas principales o incidentales*

A pesar de la denominación de *recursos* que le dan las distintas leyes procedimentales, son verdaderas demandas principales y, por consiguiente, deben ser sustanciadas con plena audiencia de la parte contraria:

a) el "recurso de amparo";

b) el "recurso de hábeas corpus";

c) el "recurso de hábeas data";

d) el "recurso contencioso administrativo" (en cualquiera de sus versiones);

e) el "recurso de atentado";

f) el "recurso de rescisión";

g) el "recurso de revisión".

Volveré sobre el tema al tratar en particular los que serán explicados en esta obra.

3.1.2.3. Los "recursos" *impropios* (o *recursos que no son recursos*)

A pesar de la denominación de *recursos* que le dan las distintas leyes procesales y sustanciales que los regulan, no son recursos todos aquellos que se otorgan como tales ante el Poder Judicial para hacer allí *un control de legalidad mínimo* –y obviar así todo lo contencioso administrativo– respecto de ciertos actos definitivos de órganos administrativos estatales o paraestatales.

A título simplemente enunciativo veamos algunos ejemplos tomados de la legislación vigente en la Argentina:

a) "recurso de recalificación" contra decisiones del Registro de la Propiedad Inmobiliaria;

b) "recurso de apelación extraordinaria" ante la Suprema Corte de Justicia contra decisiones del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas;

c) "recursos de apelación" contra decisiones de los más disímiles organismos: Consejo Superior del Notariado, Colegio de Abogados, Colegio de Procuradores, Colegio de Médicos, Colegio de Ingenieros, Superintendencia de Seguros de la Nación, Banco Central de la República, Aduana, AFIP, etcétera.

Todos estos "recursos" no son tales pues no impugnan decisiones judiciales.

Tampoco son demandas, pues ninguno de ellos tramita ante un juez de primer grado de conocimiento sino, antes bien, ante Tribunales superiores de la organización judicial, con la consiguiente pretermisión de instancia que torna ilegítimo el procedimiento por violación del derecho de defensa en juicio.

Aunque algunos operan como simples reacertamientos, no todos lo son, pues en ciertos casos hay bilateralidad del instar. Parecería más bien que en este caso funcionan como verdaderas demandas incidentales que, como tales, no son suficientes para garantizar el derecho al debido proceso.

Pocos son quienes han advertido la magnitud y la extrema gravedad del problema que señalo. Sin embargo, ambas advertencias surgen obvias y hacen ver que no se está cumpliendo con el mandato constitucional que asegura la inviolabilidad del derecho de defensa si, so pretexto de ahorrar trámite y tiempo de litigio, se elimina la demanda contencioso administrativa[37] y se la suple con un simple reacertamiento sin adecuada bilateralidad del instar.

En rigor de verdad, todo esto no merece una simple revisión sino una verdadera discusión. Por eso es que, si se elimina precisamente todo el primer grado de conocimiento judicial, se evita el debate igualitario y, con ello, se vulnera la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio.

Lo mismo cabe decir si se acepta la naturaleza de demanda incidental de la impugnación a la que vengo aludiendo: tampoco hay suficiente garantía de bilateralidad y, por ende, de igualdad procesal entre el impugnante y la autoridad.

Por cierto, todos estos casos son resabios autoritarios del corporativismo gubernamental que tanto tiempo se enseñoreó en los países de la región. Bien haríamos en intentar desmantelar toda esta red de seudoprocesos y retornar al auténtico orden constitucional que establece –lo reitero– la inviolabilidad de la defensa en juicio.

La explicación puntual de todos estos seudorecursos excede el esquema de esta obra, por cuya razón me limito a enunciarlos a modo ejemplificativo.

3.1.2.4. Los recursos propiamente dichos

Descartados todos los recursos que no lo son, cuadra ahora decir que me ocuparé en esta obra de los medios impugnativos habituales en

[37] En la cual ambas partes –administrado y autoridad– actúan (o, al menos, deben actuar) en pie de perfecta paridad.

los códigos actuales, sin importar si son verdaderos recursos o reacertamientos o demandas.

En esta tónica explicaré las impugnaciones conocidas como: a) apelación (puede ser reacertamiento o recurso); b) nulidad (ídem); c) revocatoria (ídem); d) directo (siempre es reacertamiento); e) atentado (siempre es demanda); f) rescisión (ídem), y g) revisión (ídem).

3.1.3. La renunciabilidad de los recursos

Se ha planteado recurrentemente en los estudios doctrinarios el tema relativo a si es posible renunciar al régimen de impugnación impuesto en general por la ley.

Por supuesto, no se trata de que quien ya se siente agraviado por una decisión en concreto se abstenga de deducir contra ella los medios recursivos adecuados al caso. Parece claro que si una sentencia judicial causa gravamen al perdedor en el resultado final del litigio, éste puede tener la alternativa válida de conformarse con su suerte –consintiendo tal sentencia– o de recurrir contra ella.

El problema que se plantea en este tema es otro: se trata de saber si un medio de impugnación puede o no ser *renunciado por anticipado*. En otras palabras: si alguien puede renunciar, por ejemplo, a deducir un recurso de apelación contra una sentencia que aún no se ha dictado.

El tema está bien resuelto en la mayoría de las legislaciones que lo tratan. Y, así, se permite la renuncia anticipada de los recursos de naturaleza *subjetiva* (revocatoria y apelación) en tanto que se prohíbe terminantemente la renuncia de todo recurso de naturaleza *objetiva* (nulidad y todo tipo de casación, incluida la constitucional).

Tan importante es el tema en orden al adecuado ejercicio del derecho de defensa y, sobretodo, al debido funcionamiento del sistema jurídico de que se trate, que cuando no obstante tal prohibición alguna parte renuncia a deducir eventual y oportunamente algún recurso de ilegitimidad, la cláusula respectiva debe tenerse por no escrita.

Algo similar sostuve ya al tratar el régimen de control oficioso de constitucionalidad. Dije allí que... si las partes pueden renunciar a la supremacía de la Constitución –hoy refiero a la supremacía del orden jurídico– todo el sistema que ella genera no es de orden público, con

lo cual de nada sirven las libertades y garantías individuales que el constituyente declaró inviolables...

Quede en claro lo dicho, entonces, para comprender por qué puede ser renunciado el recurso de apelación y no el de nulidad.

3.1.4. La inimpugnabilidad y la irrecurribilidad

Desde antaño se sostiene que hay actos jurídicos que son *inimpugnables* (es decir, no procede impugnación alguna contra ellos). A guisa de ejemplo, menciono:

a) los actos políticos no justiciables que he mencionado en el Capítulo 7, con las salvedades que allí he dejado expuestas;

b) los actos respecto de los cuales la ley no confiere acción procesal (casos de falta de acción y de caducidad de acción ya expuestos en el Capítulo 7);

c) las sentencias judiciales que han adquirido los efectos propios del caso juzgado, con las excepciones que he mencionado supra, en este mismo Capítulo.

Sin perjuicio de ello, muchos códigos procesales establecen categóricamente que hay pronunciamientos que son *irrecurribles* (es decir, no procede recurso alguno).

Creo que esto último es una exageración legal que no se condice con la realidad. Y es que toda decisión judicial es *siempre impugnable* –al menos– por la vía de la aclaratoria (recordar que para los códigos en general es un recurso, no un reacertamiento). De donde deviene inexplicable esta restricción impugnativa.

Finalmente, lo que sí pueden establecer los códigos –¡y vaya si lo hacen!– es la inapelabilidad de ciertas resoluciones judiciales (ellas son recurribles, pero por vía distinta de la del recurso de apelación).

Con lo cual el lector habrá de diferenciar adecuadamente el contenido de las voces *inimpugnable*[38], *irrecurrible*[39] e *inapelable*[40], pues todas tienen significados diferentes.

[38] La inimpugnabilidad significa que no se puede impugnar, no interesando al efecto el medio del caso pues ninguno está admitido.

[39] La irrecurribilidad significa que, si bien es impugnable, el acto de que se trate no puede ser objeto de recurso.

[40] La inapelabilidad significa que no procede el recurso de apelación, pero sí otros recursos.

En la tónica legal de establecer gran número de inapelabilidades –por cierto que de gran actualidad– se hace menester recordar acá la explicación dada *supra*.

3.1.5. La política recursiva

Desde siempre, se ha sostenido que la falibilidad humana –generadora de los más variados errores– impide que la posibilidad de juzgamiento de un litigio se agote con la sentencia unipersonal del primer grado de conocimiento.

Y por esto se acepta desde siempre la existencia de, por lo menos, un mínimo control[41] de ella por parte de un superior jerárquico (desde siempre, pluripersonal), pues eso asegura no sólo la posibilidad de obtener una mejor justicia final sino también el logro de un mayor esfuerzo del propio juzgador inferior que, por saber que lo controlarán, es de imaginar que tratará de hacer las cosas lo mejor posible.

De ahí que todas las leyes procesales consagren desde siempre un sistema de *doble instancia* en materia recursiva[42], con tratamiento en ambas de los hechos y del derecho que se encuentran en discusión[43].

Pero el control recursivo –y, principalmente el de la apelación, que es el recurso por excelencia– importa una necesaria dilación en el trámite del litigio y, con ello, un inevitable uso –no quiero decir pérdida, porque no lo es– de tiempo.

[41] El sustantivo *control* significa "comprobación, inspección, fiscalización o intervención" que un controlador realiza al controlar. Anoto aquí esta obviedad pues en el lenguaje jurídico de varios países de América, *control* ha sido sustituido por *contralor*: "funcionario encargado de examinar la legalidad y corrección de los gastos públicos". Nada que ver. Cabe aclarar que este significado es de reciente aceptación por la Real Academia, como derivación del antiguo significado del término: oficio honorífico que ejercía en la casa real quien era su ecónomo y, como tal, manejaba las cuentas de gastos. A raíz de tal aceptación, se usa ahora el verbo *contralorear* y el sustantivo *contraloría* (órgano encargado de examinar la legalidad y corrección de los gastos públicos).

[42] De donde resulta que hay decisiones judiciales que no son susceptibles de control posterior alguno: las que emite el último tribunal de cada sistema judicial. Ya se verá que esto ha preocupado grandemente desde la más remota antigüedad y que hoy se refleja en lo que la doctrina ha denominado revocatoria *in extremis*.

[43] Esto es, por otra parte, lo que indica la actual normativa internacional adoptada en la Argentina con rango constitucional: Pacto de San José de Costa Rica.

Tan simple circunstancia, sumada a la secular ineficiencia de los operadores del sistema para dar pronta y cumplida respuesta a todos los problemas que se les presentan a diario, ha hecho entrar al valor *seguridad* en clara tensión con el valor *celeridad*.

Y, buscando el legislador la construcción de una suerte de armoniosa convivencia entre ambos, ha aceptado normar la posibilidad de tal control de doble grado de conocimiento pero restringiéndolo con mayor o menor severidad en muchas oportunidades a base de aplicarle a muchos casos claras hipótesis de inadmisibilidad que ha imaginado andando los años y que, por cierto, vedan el acceso al control recursivo. Con lo cual, como es obvio, ha desaparecido de hecho la actividad controladora en importantísimo número de asuntos justiciables (en rigor, los más)[44] con notable demérito de la justa solución de los litigios y de la eficacia del proceso como medio por excelencia para mantener la paz social.

Para esto, se ha subordinado la admisibilidad de todo recurso de Alzada a la:

1) importancia jurídica del tema;

2) importancia económica del agravio;

3) deducción previa de otros medios de impugnación cuya inmediata solución puede llegar a evitar la Alzada;

4) inexistencia de competencia funcional superior para el caso, por renuncia de los interesados.

Todo ello será explicado luego.

Sin perjuicio de lo expuesto y como forma de conciliar los valores *seguridad* y *celeridad*, en la pasada década de los '50 y so pretexto de ganar el tiempo que requiere la tramitación de cualquier recurso de Alzada, se sostuvo mayoritariamente la necesidad de instalar legislativamente un sistema de *instancia colegiada única* en cuanto a los aspectos fácticos de importante cantidad de litigios y con un recurso extraor-

[44] A esto se ha unido una cerrada y muy restrictiva interpretación de los jueces de Alzada acerca de la admisibilidad de los recursos de doble grado de conocimiento que, por cierto, hace mucho más cómodo y descansado el desempeño de las funciones judiciales. Lo cual constituye, a mi criterio, suficiente explicación del fenómeno señalado.

dinario posterior, de tipo casatorio, para cuidar los aspectos puramente jurídicos de la sentencia impugnada[45]. Por cierto, el remedio fue peor que la enfermedad y generó, al menos en la Argentina, una fenomenal mora imposible de soportar.

Y todo lo que aquí he expuesto se hizo realidad en un sinnúmero de códigos que deben hoy adecuarse a la amplitud recursiva que consagran los pactos internacionales.

Corresponde explicar ahora los supuestos de restricción recursiva.

3.1.5.1. La importancia jurídica del tema como causal de restricción recursiva

Muchas veces, y tratando de privilegiar el valor *celeridad* por sobre el de la *seguridad*, el legislador declara que ciertas resoluciones judiciales son *irrecurribles*, generalmente con referencia expresa o implícita al recurso de apelación y a todos los recursos extraordinarios. Cuando hace esto es porque privilegia alguna situación distinta a la de la inviolabilidad de la defensa en juicio[46].

[45] El argumento fundante de esta tendencia era bien simplón: si un juez que actúa en soledad es controlado habitualmente por tres jueces que, por integrar un colegio pluripersonal deben necesariamente *deliberar* acerca de los agravios vertidos por el apelante para contrastarlos con los argumentos de la sentencia impugnada y, así, acordar la solución que corresponde dar al asunto litigioso, ¿por qué no eliminar el juez unipersonal y suplantarlo en instancia única por el colegio deliberativo? La aceptación de este argumento generó ahorro presupuestario pero no duración de los pleitos y mejor seguridad jurídica en los pronunciamientos judiciales, pues es bien sabido por todos los jueces que la efectiva deliberación personal, cara a cara, es muy rara de encontrar en la Argentina, donde todo el procedimiento consiste en hacer circular borradores que son acordados por los demás juzgadores. Por lo demás, la experiencia argentina demuestra que, en lo penal, todo esto ha sido carísimo y su resultado no ha pasado jamás de ser un completo fracaso.

[46] Por ejemplo, en el CPC de Santa Fe, toda resolución que recae sobre plazo para acreditar la personería invocada por el gestor (art. 42); que resuelve sobre materia de prueba (art. 156), salvo casos de los artículos 145 y 196; que recae sobre materia puramente procedimental (art. 326); que concede indebida o defectuosamente un recurso de alzada (art. 355); que recae sobre la forma como ha de tramitarse un juicio (art. 388); que despacha medida preparatoria de juicio ejecutivo (art. 394); que recae sobre incidente en juicio sumarísimo, donde sólo es apelable la sentencia definitiva y la que da por resultado la paralización de la causa (art. 414); que resuelve en definitiva el pleito, cuando se ha comprometido en arbitraje un asunto pendiente en última instancia (art. 440); que resuelve en definitiva en juicio ejecutivo, cuando el demandado

Es cierto que la esencia combativa del litigio –de todo litigio– y los ánimos siempre enconados de las partes antagónicas generan, en muchísimos casos, un claro abuso apelatorio[47] que se conoce y comprueba desde antaño y que todas las leyes procedimentales han tratado de evitar con dispar suerte y con diferentes medios. La constante que se advierte cuando se los estudia comparativamente es que todos responden a una clara política restrictiva en materia de apelación.

Por ahora, acordemos que esta política puede ser razonablemente buena, pues con ella se logra una mayor celeridad en gran cantidad de causas judiciales y, por ende, más economía procesal. Y cuando se admite que el tiempo es oro pero también justicia, los argumentos que justifican la restricción impugnativa se comparten con facilidad.

Pero –extraña paradoja al fin– dicha política también es mala, pues, so pretexto de ganar tiempo, se pierde –y más– en seguridad jurídica y, por lo tanto, en justicia final.

Se sabe desde antaño que la celeridad y la seguridad son valores que no van ni pueden ir de la mano: resulta obvio que todo trámite rápido no es seguro y que todo trámite que otorgue seguridad no puede ser rápido.

El problema del legislador, entonces, radica en tratar de buscar un punto de equilibrio intermedio que permita lograr celeridad y justicia final de la mejor forma posible. Ya se verá cómo se ha intentado lograr

citado en persona no opuso excepción legítima (art. 474); igualmente en caso de ejecución hipotecaria (art. 514); que resuelve incidente en juicio ejecutivo, donde sólo es apelable la sentencia –salvo caso del art. 474–, los autos que la ley declara tales y los que importan la paralización del juicio (art. 484); igualmente en caso de ejecución hipotecaria (art. 514); que decide sobre el mérito del remate en juicio ejecutivo, salvo caso de inmueble respecto del cual medió oposición (art. 498); que decide el juicio de apremio, salvo para el ejecutante (art. 509); que recae en juicio oral, donde existe un régimen recursivo propio (arts. 543 y 564); que recae en juicio seguido ante el juez comunal, salvo la sentencia sobre lo principal (art. 574); que recae sobre solicitud de venta de los bienes de la herencia, en juicio sucesorio, salvo que se tratare de bienes inmuebles (art. 622).

[47] Hago aquí similar reflexión a la ya hecha con anterioridad: si alguien abusa inmoralmente del proceso con la reiteración de apelaciones con única finalidad dilatoria, por ejemplo, lo único que corresponde es sancionarlo con todo el rigor posible y no, como se ha hecho en todas nuestra leyes, prohibir la apelación para que nadie, ni buenos ni malos, puedan utilizarla.

ello en algunos pocos sistemas procedimentales y se advertirá también cómo se ha puesto en riesgo el normal ejercicio el derecho de defensa.

Referiré ahora la manera con la cual se ha restringido grandemente el campo recursivo en el recurso de apelación y en todos los extraordinarios.

1) *La apelación*

Para la completa comprensión del tema es necesario decir liminarmente que en la legislación comparada se presentan dos sistemas primarios para normar la procedencia apelatoria:

1.a) el que la restringe a ciertos y determinados casos expresa y limitativamente expuestos en la ley (por ejemplo, CPC de Colombia, art. 351)[48] (y fuera de ellos no existe posibilidad recursiva alguna), y

1.b) el que establece su procedencia con mayor o menor amplitud genérica, sin mencionar limitativamente los posibles supuestos, derivando con ello a la interpretación judicial la admisión impugnativa en cada caso concreto (por ejemplo, CPC de la Nación, art. 242[49];

[48] CPC de Colombia, art. *351*: "*Procedencia.* Son apelables las sentencias de primera instancia, excepto las que se dicten en equidad de acuerdo con el artículo 38 y las que las partes convengan en recurrir en casación *per saltum*, si fuere procedente este recurso. También son apelables los siguientes autos proferidos en la primera instancia: 1) el que rechace la demanda, su reforma o adición, salvo disposición en contrario; 2) el que resuelva sobre la citación o la intervención de sucesores procesales o de terceros, o rechace la representación de alguna de las partes; 3) el que deniegue la apertura a prueba, o el señalamiento del término para practicar pruebas, o el decreto de alguna pedida oportunamente o su práctica; 4) el que deniegue el trámite de incidente, alguno de los trámites especiales que lo sustituyen contemplados en los artículos 99, 142, 152, 155, 158, 159, 162, 167, 338 parágrafo 3, 340 inciso final y 388, el que los decida y el que rechace de plano las excepciones en proceso ejecutivo; 5) el que resuelva sobre la liquidación del crédito en procesos ejecutivos; 6) el que decida sobre suspensión del proceso; 7) el que decida sobre un desistimiento, una transacción, la perención, decrete o levante medidas cautelares, o por cualquier otra causa ponga fin al proceso; 8) el que decida sobre nulidades procesales; 9) el que decida sobre excepciones previas, salvo norma en contrario; 10) los demás expresamente señalados en este Código".

[49] Su texto dice: "El recurso de apelación, salvo disposición en contrario, procederá solamente respecto de: 1) las sentencias definitivas; 2) las sentencias interlocutorias; 3) las providencias simples que causen gravamen que no pueda ser reparado por la sentencia definitiva".

CPC de Santa Fe, art. 346[50]; CPC de Perú, art. 365[51]; CPC de Uruguay, art. 250[52]).

Si se comparan entre sí los textos recién mencionados se comprobará que son disímiles aunque a primera vista se presenten como parecidos: y es que tienen diferente amplitud en la posibilidad apelatoria. De donde resulta que, cuanto más grande sea tal posibilidad (en los ejemplos recién citados, el más amplio es el CPC de Santa Fe), mayor será luego el esfuerzo imaginativo del legislador para inventar supuestos de restricción.

De ahí que en tal código, por ejemplo, ello ha ocurrido respecto de *cuestiones puramente procedimentales* y de *algunas relativas a la producción de los medios de confirmación procesal.* Y hago esta referencia específica pues toda explicación del tema debe partir necesariamente de una normativa concreta, ya que no son iguales las pautas políticas locales en materia recursiva.

Por eso es que, tratando acá de hacer un sistema de todo ello, tomaré un modelo patrón respecto de cada medio impugnativo que aquí trato, aclarando en cada caso cuál es la legislación de origen.

Refiero seguidamente a los dos supuestos restrictivos recién señalados.

1.b.1) *Las cuestiones puramente procedimentales*

Durante el curso de todo proceso existe un cúmulo de resoluciones judiciales que sólo tienen un estricto contenido procedimental (establecimiento del tipo de trámite que corresponde dar al proceso, fija-

[50] Su texto dice: "El recurso de apelación, salvo lo dispuesto para casos especiales, procederá solamente: 1) de las sentencias definitivas sobre lo principal en toda clase de juicios y actos de jurisdicción voluntaria; 2) de los autos que resuelvan incidentes, siempre que causen un gravamen que no pueda ser reparado por la sentencia definitiva; 3) de los autos y providencias que importen la paralización del juicio o del incidente".

[51] Su texto dice: "Procede apelación: 1) contra las sentencias, excepto las impugnables con recurso de casación y las excluidas por convenio de partes; 2) contra los autos, excepto los que se expidan en la tramitación de una articulación y los que este código excluya; 3) en los casos expresamente establecidos en este código".

[52] Su texto dice: "Procede el recurso de apelación: 1) contra las sentencias definitivas, sin más excepciones que las de segunda instancia y las demás que expresamente establezca la ley; 2) contra las sentencias interlocutorias, excepto las dictadas en el curso de una instancia cuya sentencia definitiva no es apelable y las dictadas en el curso de un incidente".

ción de fechas de audiencia, habilitación de días y horas, préstamos de expedientes, etcétera).

Si todo ello fuere apelable por el simple pedido de quien se dice afectado en el momento mismo de ocurrir el caso, los pleitos serían realmente interminables. Por eso es que gran número de leyes procesales establecen expresamente que las cuestiones puramente procedimentales *no son apelables*, en forma genérica[53] o específicamente en un cúmulo de casos[54].

La simple lectura de los casos genéricos y específicos previstos en las leyes como *irrecurribles* y como *inapelables* muestra la importancia del tema y la exactitud de la advertencia hecha *supra*.

De cualquier forma que fuere, siempre admiten revocatoria para que el mismo juez que dictó la resolución impugnada tenga la posibilidad de corregir el error que, se dice, ocasiona el agravio.

Sin perjuicio de ello, hay que buscar –otra vez imaginación mediante– un sistema que permita la ulterior revisión del agravio actual que no tolera alzamiento inmediato. Ya volveré oportunamente sobre le tema.

1.b.2) *Las cuestiones relativas a la prueba ("rectius est", confirmación) en general*

Durante el período procedimental abierto al efecto de producir medios de confirmación procesal, suelen presentarse muchas cuestiones que generan posibilidades apelatorias, habitualmente aprovechadas con el reprobable fin de dilatar artificiosamente el curso del proceso.

Esto se ha tratado de evitar en casi todas las legislaciones, que han prohibido la apelación en la mayoría de los asuntos relativos a la prueba[55], utilizando al efecto métodos diferentes:

[53] Por ejemplo, CPC de Santa Fe, *art. 326*: "No se admitirán sobre el procedimiento otros incidentes [léase *recursos*] que la reposición o la nulidad".

[54] Por ejemplo, el CPC de la Nación establece la *irrecurribilidad* de las decisiones que se dictan con motivo de las situaciones legisladas en los artículos 57, 126, 176, 191,194, 208, 319, 353, 385, 411, 414, 467, 499, 507, 508, 513, 515, 541, 678, 725, 747, 751, 771. Además, establece la *inapelabilidad* de las decisiones que se dictan con motivo de las situaciones legisladas en los arts. 38, 39, 96, 191, 366, 379, 560, 623 bis y 623 ter. Similarmente, el CPC de Santa Fe ha hecho lo propio, declarando *irrecurribles* a los casos previstos en los arts. 33, 35, 55, 56, 59, 120, 149, 164, 225, 265, 298, 341, 468, 479, 539, 600, 606, 608, 611 y 624; e *inapelables* a los casos contemplados en los arts. 42, 156, 326, 355, 388, 394, 414, 440, 474, 484, 498, 509, 514, 574 y 622.

[55] Por ejemplo, el CPC de la Nación, *art. 379*: "Serán inapelables las resoluciones del juez sobre producción, denegación y sustanciación de las pruebas; si se hubiere negado alguna medida, la parte interesada podrá solicitar a la Cámara que la diligencie cuando el expediente le fuere remitido para que conozca del recurso contra la sentencia definitiva". Similarmente, CPC Santa Fe, *art. 156*: "Con excepción de lo dispuesto expresamente en contrario, ningún auto relativo a la prueba es apelable..."

A) admitir la apelación interpuesta pero concederla con el denominado *efecto diferido* (ver *supra*, este mismo Capítulo). Con este método el problema no se soluciona ni de inmediato ni más adelante, según lo enseña la experiencia tribunalicia. Ésta indica también que es posible

B) *declarar inapelable toda cuestión relativa a la confirmación procesal.* En el caso –y habida cuenta de que el error puede existir y, con ello, ser legítimo el reclamo apelatorio– las leyes que se inclinan por tal solución admiten un recurso de nulidad deducido contra la sentencia que se dicte más adelante en la causa, por haber tramitado ésta con vicios procedimentales. Este método, vigente en el CPC de Santa Fe, Argentina, genera menor número de problemas que el anteriormente mencionado.

El tema será comprendido cabalmente cuando el lector llegue a la explicación del recurso de nulidad en este mismo Capítulo.

Por ahora, sólo resta advertir que la resolución relativa a la cuestión confirmatoria debe ser objeto de revocatoria si no gozó de previa sustanciación, pues el caso encuadra en el supuesto tratado en el número anterior.

2) *Los recursos extraordinarios*

En general, los recursos extraordinarios son de naturaleza casatoria, tanto de derecho constitucional cuanto de derecho común. De ahí que sus respectivas procedencias deban ser, desde siempre, necesariamente restringidas.

Para demostrar esta aseveración, tomo como ejemplo[56] el texto de la norma que regula el recurso extraordinario de inconstitucionalidad en la Argentina (ley 48, art. 14): "Una vez radicado un juicio ante los tribunales de provincia será sentenciado y fenecido en la jurisdicción

[56] Recuérdese que cada provincia argentina tiene un régimen recursivo similar, por lo que lo que aquí se dice puede ser visto también desde la óptica particular de cada legislación en concreto. Máxime cuando todas las del país se han convertido en calcos de la nacional.

provincial y sólo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia en los casos siguientes: 1) cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un tratado, de una ley del congreso o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación y la decisión haya sido contra su validez; 2) cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los tratados o leyes del Congreso, y la decisión haya sido a favor de la validez de la ley o autoridad de provincia; 3) cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional, haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho, privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio".

Con la simple lectura del texto transcrito se advierte sin más que la intención del constituyente fue establecer una Corte con competencia restringida –al estilo de la norteamericana– en función de último y definitivo guardián del cumplimiento efectivo de las normas fundamentales en un Estado federal, de necesaria coexistencia entre la Nación y cada una de las Provincias que la componen. La Corte debió, así, concretar toda su actuación judicial a asegurar la supremacía de la Constitución y la de los actos federales conforme a ésta.

En otras palabras: la aplicación del derecho común (no federal) y local es y debe ser efectuada sólo y excluyentemente por los tribunales de Provincias. Y, salvo caso excepcional, nunca por la Corte.

A mayor abundamiento de lo ya expresado, y en el mismo sentido, la propia ley 48 marca rumbo interpretativo en el texto de su artículo 15: "Cuando se entable el recurso de apelación que autoriza el artículo anterior, deberá deducirse la queja con arreglo a lo prescrito en él, de tal modo que su fundamento aparezca de los autos y tenga una relación directa e inmediata a las cuestiones de validez de los artículos de la Constitución, leyes, tratados o comisiones en disputa, *quedando entendido que la interpretación o aplicación que los tribunales de provincia hicieren de los Códigos Civil, Penal, Comercial y de Minería, no dará*

ocasión a este recurso, por el hecho de ser leyes del Congreso, en virtud de lo dispuesto en el inciso 11, artículo 67 de la Constitución"[57].

No obstante tan clara política constitucional restrictiva, la Corte Suprema inauguró a principios del siglo XX[58] una interpretación expansiva de su propia competencia funcional instalando muy pronto en la Argentina la doctrina de la *arbitrariedad* y, posteriormente, la de la *gravedad institucional.*

2.a) *La arbitrariedad*

Castizamente, este vocablo expresa la cualidad de *arbitrario.* Y éste, a su vez, significa "hecho por la voluntad, gusto o capricho de alguien, sin sujeción a reglas o leyes ni a la razón".

En la época en la que esto se gestó, y aunque con numerosísimas excepciones, el país no tuvo en general buenos jueces que, por la razón que fuere –capricho, interés político o desconocimiento de la ley– sometieron a los justiciables a unas hasta entonces insólitas situaciones de *injusticia notoria*[59]. Y a partir de esta novedad, se gestó una nueva ampliación de la procedencia recursiva, extendiéndola ahora a cuestiones

[57] Reforzando aún más la incompetencia de la Corte para resolver cuestiones atinentes a leyes comunes o locales, el art. 16 añade: "En los recursos que tratan los dos artículos anteriores, cuando la Corte Suprema revoque [la sentencia apelada] hará una declaratoria sobre el punto disputado y devolverá la causa para que sea nuevamente juzgada..."

[58] En el caso "Rey c/Rocha", del 2-12-1909 (*Fallos*: 112:384) se dijo que "el requisito constitucional de que nadie puede ser privado de su libertad o de su propiedad sino en virtud de una sentencia fundada en ley, da lugar al recurso ante el tribunal en los casos extraordinarios de sentencia arbitraria, desprovista de todo apoyo legal y fundada sólo en la voluntad de los jueces y no cuando haya simplemente interpretación errónea de la ley, a juicio de los litigantes".

[59] Ya Escriche entendía por tal a "la opresión o la 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, de poder en los procuradores, o de alguna de las solemnidades sustanciales del juicio, ora por no ser conforme al sentido y al espíritu de la ley, al sistema de jurisprudencia adoptado por los tribunales superiores, al derecho natural, a las buenas costumbres o a lo deducido y probado por las partes". Y añade, en el mismo sentido que se ha expuesto antes, que "fácilmente se comprende que la idea de la *injusticia*, en mayor medida que la de la *justicia*, representa un concepto puramente subjetivo, cualquiera sea el punto de vista desde que se le contemple, pues –dejando aparte los supuestos de mala fe– nunca un juez creerá que ha decidido injustamente, así como tampoco ningún delincuente admitirá la justicia de su condena".

de derecho común, en tanto el recurso se fundamentara en la existencia de una lesión a garantías constitucionales y se demostrara la relación existente entre ellas y la cuestión debatida y sentenciada[60].

La misma doctrina se expande muchísimo en la segunda mitad del siglo XX, en la cual se llega a establecer una suerte de catálogo de causales de arbitrariedad, cada vez más rico en supuestos que se tornan justiciables por la Corte.

El máximo defensor de ello es el gran maestro Augusto M. Morello quien, con su siempre respetada opinión, ha elogiado y sostenido permanentemente la existencia de un nuevo e implícito inciso 4 del artículo 14: la *arbitrariedad* de la sentencia inferior[61]. A tal efecto, ha expresado que "cada vez gana mayor espacio para la invención, para la capacidad de imaginar, para la participación, para el juego de mayores alternativas, fundamentalmente en lo que hace a la sentencia arbitraria en aspectos nada secundarios, con los resultados fructuosos, visibles y crecientes para la eficaz motivación de los fallos judiciales y los resultados útiles y justos de la jurisdicción".

Y con tal elogio y la defensa de tan importante doctrina y de toda la no menos importante que la acompañó hasta hoy, las causales de arbitrariedad fueron perfilándose recurrentemente a partir, siempre, de casos extremos que muchas veces son difíciles de repetir.

La buena doctrina nacional que se ocupó del tema[62] ha sistematizado adecuadamente las causales de arbitrariedad que ha imaginado la Corte en sus sucesivas composiciones.

Sin ánimo de agotar el tema, que no es propio de esta obra y al que rozo aquí tangencialmente con propósitos críticos, señalo que la *arbitrariedad* finca en los supuestos que a título ejemplificativo enumero seguidamente:

[60] A tales efectos, se invocaba el derecho de igualdad (a consecuencia de algún tratamiento discriminatorio) o el de la propiedad, o el de la inviolabilidad del derecho de defensa en juicio, etcétera.

[61] *El recurso extraordinario*, Platense, La Plata, 1987, p. 190. Doctrina posterior menciona como cuarto inciso a otro supuesto: el de *gravedad institucional*.

[62] CARRIÓ, Genaro, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978; BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1986.

a) apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso[63];

b) carencia de fundamentos en la motivación de la decisión[64];

c) menoscabo importante del derecho de defensa en juicio[65];

d) capricho judicial en la decisión, tomada a base de la simple voluntad del sentenciante[66];

e) violación de la esencia del orden constitucional[67];

f) ausencia de una razonada derivación del derecho vigente aplicable al caso, según lo debatido en él[68];

g) exceso en los límites de la razonabilidad[69];

h) contenido de omisiones, errores y graves desaciertos[70];

i) contravención del adecuado servicio de justicia[71];

j) exceso ritual manifiesto, con la consiguiente renuncia consciente a la búsqueda de la verdad material u objetiva[72];

k) violación del orden constitucional[73];

l) contravención de un adecuado o racional servicio de justicia[74], etcétera[75].

[63] Ver *Fallos*: 295:417, 296:120, etcétera.

[64] Ver *Fallos*: 295:140 y 278; 303:617 y 818, etcétera.

[65] Ver *Fallos*: 291:245; 296:256; 303:242 y 1134; 308:1762; 323:2462, etcétera.

[66] Ver *Fallos*: 296:456, 307:1875, etcétera.

[67] Ver *Fallos*: 289:107, etcétera.

[68] Ésta es la más común de las causales de arbitrariedad, según puede ser visto en la jurisprudencia de la Corte. Ver *Fallos*: 291:382, 292:254, 293:176, 303:120, 303:434, 306:717, etcétera.

[69] Ver *Fallos*: 214:678; 303:160 y 678; 306:115, etcétera.

[70] Ver *Fallos*: 286:278, 294:425, 303:1111, etcétera.

[71] Ver *Fallos*: 303:1646 y 2048; 306:717, etcétera.

[72] Ver *Fallos*: 238:550. Éste es el famoso caso "Colalillo", tan elogiado por la doctrina nacional y al cual yo asigno otra trascendencia: haber generado el decisionismo judicial que tanto vitupero en esta obra. Si se han leído con detenimiento todas mis críticas al subjetivismo judicial, se comprenderá fácilmente la razón por la cual no me gusta dicha sentencia.

[73] Ver *Fallos*: 289:107 (fallo dictado por conjueces de la CSJN).

[74] Ver *Fallos*: 303:1646, 306:717, 314:678, etcétera.

[75] Si se profundiza la lectura de los pronunciamientos de la Corte y se buscan frases que pueden ser convertidas por los especialistas en estándares jurídicos a efectos de imaginar nuevas procedencias del recurso, se llegará a extremos insospechados, como

Si se mira con detenimiento cada uno de estos estándares y se los analiza desde la óptica de la *injusticia notoria* que tanto duele, más allá de la extrema latitud que muestra el simple enunciado de cada uno de ellos, es claro que no puede dejar de compartirse la crítica laudatoria que a esta ampliación de competencia le ha hecho unánimemente la doctrina nacional.

Si el lector se toma el trabajo de leer con detenimiento las motivaciones de los pronunciamientos de la Corte que originaron este novedoso *tipo recursivo* recién inventariado en algunas de sus variantes, advertirá que todas ellas entrañan y muestran siempre un sentido de clara *injusticia notoria* que a todas luces es muy difícil de aceptar[76].

Sin embargo, esta intrínseca bondad ha generado un mal de inusitada magnitud y candente actualidad, que no puede desconocer jurista alguno.

En primer lugar, acoto que al privilegiar un subjetivo sentido de justicia y emplearlo en cada caso concreto al margen de los límites de la competencia funcional de la Corte fijados con absoluta precisión en el artículo 14 de la ley 48, resulta evidente para el menos avisado que se cambió jurisprudencialmente el texto y sentido restringido de la ley[77], que apuntaba –al igual que la Constitución– a un tribunal que no interviniera en cuestiones de derecho común sino en excepcionales casos de conflictos constitucionales entre Poderes del Estado y entre Nación y Provincias.

Y creo que es asaz claro que el máximo órgano de control de la Constitución, so capa de respetarla *mutatis mutandi*, se convirtió a la postre y de verdad en juez ordinario común al intervenir en juicios de desalojo,

puede ser visto en cualquiera de las obras que se ocupan detalladamente del tema. Y así es como se agranda cada día más el campo recursivo en materia extraordinaria, pues las Cortes provinciales copian luego a la Corte nacional su jurisprudencia imaginativa; y los tribunales de casación copian a ambas; y los tribunales colegiados de instancia única copian a todos los demás, etcétera. ¡Y después nos quejamos del exceso de pleitos y de la mora que ello genera irremediablemente!

[76] De ahí que la absoluta mayoría de los autores argentinos comparta la opinión del maestro Morello, transcrita *supra* en el texto.

[77] Y, elemental y obviamente, eso no es bueno.

de fijación de límites de medianería, de cobro de dinero, etcétera. Claro que desde la óptica de la Constitución. ¡Pero en el desalojo![78]

Y es que, con el tiempo, todos esos *tipos jurisprudenciales* de arbitrariedad se convirtieron en verdaderos *estándares jurídicos* que hoy se han enseñoreado en el ejercicio de la profesión de abogado y con importancia mayor a la de la propia ley.

Repárese en que, si se razona imaginativamente –cual lo apuntaba *supra* el maestro Morello– a partir del contenido literal de cada uno de los *estándares de arbitrariedad* (en rigor, del *abstract*[79] del fallo respectivo, pero despojado de sus consideraciones para el caso concreto en el cual fue dictado), puede ser aplicado sin más a miles y miles de asuntos justiciables.

Que es lo que ha ocurrido, desgraciadamente, gracias a la inconformista cultura de nuestros abogados, que pocas veces aceptan de buen grado los razonamientos judiciales que no le otorgan razón y, así, están siempre dispuestos a transitar todas las posibles e imposibles instancias tribunalicias en lo que creen buena defensa de derechos de sus clientes.

El resultado está a la vista: según estadísticas de la propia Corte nacional, al tiempo que esto se escribe, existe una masa crítica de expedientes en espera de sentencia que alcanza la impresionante friolera de miles y miles de asuntos. ¡Bajo todo punto de vista, imposible obtener un resultado eficaz, ya que jamás podrán ser resueltos por el elevado número de jueces que debe votar en cada cuestión justiciable como integrantes del Tribunal!

De esta situación nos hemos dado cuenta todos hace ya muchos años. Y en lugar de tomar el toro por las astas y resolver la inmensa mora que genera el problema recién señalado mediante la simple y fácil solución de volver al texto escueto de la ley, sin incisos adicionales e implícitos, y aceptando que la injusticia aunque notoria de un caso concreto no es otra cosa que un fin no querido del derecho[80], la Corte persiste en imaginar nuevas situaciones que puedan ingresar a su competencia funcional.

[78] Nada de esto es concebible en la competencia de la Corte de los Estados Unidos de América, que fue y debió ser siempre nuestro paradigma.

[79] Voz inglesa y castellanizada que refiere a un resumen de un artículo de revista, tesis doctoral, fallo, etcétera.

[80] Y que debe soportarse para evitar otro mal mayor, cual el que nos aqueja, al vivir sin el servicio de Justicia que todos anhelan.

Esto trajo como inevitable consecuencia que el mismo tribunal buscara la forma de poner coto al cada vez mayor ingreso de casos a su conocimiento. Y para ello generó jurisprudencialmente otros estándares jurídicos contrarios a los anteriores, que permitieran cerrar las puertas de la Corte, abiertas mediante la invocación de los supuestos de arbitrariedad ya vistos precedentemente.

Y así, el recurso que debe ser interpuesto conforme los recaudos previstos en el CPC de la Nación, artículo 257[81], hoy tiene otros requisitos de admisibilidad nacidos de la jurisprudencia de la propia Corte. Por consiguiente, debe:

a) ser inteligible[82];

b) no tener errores de redacción[83];

c) exhibir el título expreso de *recurso extraordinario*[84];

d) ser fundado en forma autosuficiente[85];

e) mostrar un planteo *oportuno*[86] de la cuestión federal que motiva el recurso[87] en forma inequívoca[88] y expresa, con mención concreta de

[81] Su texto dice: "El recurso extraordinario deberá ser interpuesto por escrito, fundado con arreglo a lo establecido en el art. 15 de la ley 48, ante el juez, tribunal u organismo administrativo que dictó la resolución que lo motiva, dentro de los diez días contados a partir de la notificación". A su turno, el art. 15 de la ley 48 dice: "Cuando se entable el recurso de apelación que autoriza el artículo anterior, deberá deducirse la queja con arreglo a lo prescrito en él, de tal modo que su fundamento aparezca de los autos y tenga una relación directa e inmediata a las cuestiones de validez de los artículos de la Constitución, leyes, tratados o comisiones en disputa, quedando entendido que la interpretación o aplicación que los tribunales de provincia hicieren de los códigos Civil, Penal, Comercial y de Minería, no dará ocasión a este recurso, por el hecho de ser leyes del Congreso en virtud de lo dispuesto en el inc. 11 del art. 67 de la Constitución".

[82] Ver *Fallos*: 244:507, 246:363, 249:317, etcétera.

[83] Ver *Fallos*: 308:2554, etcétera.

[84] Ver *Fallos*: 154:223, 187:663, etcétera.

[85] En esto ha derivado la *autonomía* del recurso.

[86] Salvo que sea *sorpresivo* por aparecer recién en una sentencia.

[87] Aunque no exige el uso de fórmulas sacramentales, sí requiere que la cuestión federal se presente al juez en la primera oportunidad en que se muestre. Esto es obvio para poder generar una adecuada contradicción acerca del tema y la correspondiente resolución del juez. Pero, lógicamente, no puede ir más allá de ello. En otras palabras: en tanto el tema haya sido introducido en la sede inferior y se haya podido debatir y resolver el asunto, no interesa si se hizo en escrito anterior o posterior a algún momento en particular.

[88] Ver *Fallos*: 243:497, 258:108, 286:290, etcétera.

la normativa federal en juego[89] y clara demostración de la conexión que guarda con ella la cuestión debatida en el respectivo litigio[90];

f) muy recientemente, además, la Corte ha limitado severamente la extensión de los escritos recursivos (a 40 páginas para los recursos y a 10 para las quejas por recurso denegado) en forma tal que, a mi juicio, puede llegar a ponerse en peligro la defensa en juicio[91], máxime

[89] Ver *Fallos*: 233:42, 293:323, 311:1804, etcétera.

[90] Ver *Fallos*: 239:468, 278:62, 287:130, 305:50, 306:136, etcétera.

[91] La Acordada de la CSJN está publicada en el B. O. del 21-3-2007 y dice textualmente: "En Buenos Aires, a los dieciséis días del mes de marzo de 2007, reunidos en la Sala de Acuerdos del Tribunal, los señores Ministros que suscriben la presente, *Consideraron*: Que el Tribunal estima conveniente sancionar un ordenamiento con el objeto de catalogar los diversos requisitos que, con arreglo a reiterados y conocidos precedentes, hacen a la admisibilidad formal de los escritos mediante los cuales se interponen el recurso extraordinario que prevé el art. 14 de la ley 48 y, ante su denegación, la presentación directa que contempla el artículo 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Que, precisamente, dicha ley del 14 de septiembre de 1863 es la que reconoció en cabeza de esta Corte la atribución de dictar los reglamentos necesarios para la ordenada tramitación de los pleitos, facultad que diversos textos legislativos han mantenido inalterada para procurar la mejor administración de justicia (art. 10 de la ley 4055; art. 21 del decreto ley 1285/58; art. 4º, ley 25.488); y que, con particular referencia a los escritos de que se trata, justifica la sistematización que se lleva a cabo como un provechoso instrumento para permitir a los justiciables el fiel cumplimiento de los requisitos que, como regla, condicionan el ejercicio de la jurisdicción constitucional que este Tribunal ha considerado como eminente. Por ello, *Acordaron*: I. Aprobar el reglamento sobre los escritos de interposición del recurso extraordinario y del recurso de queja por denegación de aquél, que como anexo forma parte integrante de este acuerdo. II. Agregar como inciso 8º del artículo primero de la acordada Nº 1/2004 el siguiente texto: "Los formularios con las carátulas a que se refieren los arts. 2º y 5º del reglamento sobre los escritos de interposición del recurso extraordinario y del recurso de queja por denegación de aquél". III. Disponer que este reglamento comenzará a regir para los recursos que se interpusieren a partir del primer día posterior a la feria judicial de invierno del corriente año. IV. Ordenar la publicación del presente en el Boletín Oficial. Fdo. Ricardo L. Lorenzetti. Elena I. Highton de Nolasco. Carlos S. Fayt. Enrique S. Petracchi. Juan C. Maqueda. E. Raúl Zaffaroni. Carmen M. Argibay. Cristian S. Abritta (Secretario)".

"*Reglas para la interposición del recurso extraordinario federal*:

"1) El recurso extraordinario federal deberá interponerse mediante un escrito de extensión no mayor a cuarenta páginas de veintiséis renglones, y con letra de tamaño claramente legible (no menor de cuerpo 12). Igual restricción será de aplicación para el escrito de contestación del traslado previsto en el art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

"2) Contendrá una carátula en hoja aparte en la cual deberán consignarse exclusivamente los siguientes datos: a) el objeto de la presentación; b) la enunciación precisa

cuando las propias exigencias de la respectiva Acordada requieren el uso de gran parte de esa extensión.

de la carátula del expediente; c) el nombre de quien suscribe el escrito; si actúa en representación de terceros, el de sus representados, y el del letrado patrocinante si lo hubiera; d) el domicilio constituido por el presentante en la Capital Federal; e) la indicación del carácter en que interviene en el pleito el presentante o su representado (como actor, demandado, tercero citado, etc.); f) la individualización de la decisión contra la cual se interpone el recurso; g) la mención del organismo, juez o tribunal que dictó la decisión recurrida, como así también de los que hayan intervenido con anterioridad en el pleito; h) la fecha de notificación de dicho pronunciamiento; i) la mención clara y concisa de las cuestiones planteadas como de índole federal, con simple cita de las normas involucradas en tales cuestiones y de los precedentes de la Corte sobre el tema, si los hubiere; como así también la sintética indicación de cuál es la declaración sobre el punto debatido que el recurrente procura obtener del Tribunal; no se considerará ninguna cuestión que no haya sido incluida aquí; j) la cita de las normas legales que confieren jurisdicción a la Corte para intervenir en el caso.

"3) En las páginas siguientes deberá exponerse, en capítulos sucesivos y sin incurrir en reiteraciones innecesarias: a) la demostración de que la decisión apelada proviene del superior tribunal de la causa y de que es definitiva o equiparable a tal según la jurisprudencia de la Corte; b) el relato claro y preciso de todas las circunstancias relevantes del caso que estén relacionadas con las cuestiones que se invocan como de índole federal, con indicación del momento en el que se presentaron por primera vez dichas cuestiones, de cuándo y cómo el recurrente introdujo el planteo respectivo y, en su caso, de cómo lo mantuvo con posterioridad; c) la demostración de que el pronunciamiento impugnado le ocasiona al recurrente un gravamen personal, concreto, actual y no derivado de su propia actuación; d) la refutación de todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas; e) la demostración de que media una relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso, y de que la decisión impugnada es contraria al derecho invocado por el apelante con fundamento en aquéllas.

"*Reglas para la interposición de la queja por denegación del recurso extraordinario federal*:

"4) El recurso de queja por denegación del recurso extraordinario federal deberá interponerse mediante un escrito de extensión no mayor a diez páginas de veintiséis renglones, y con letra de tamaño claramente legible (no menor de cuerpo12).

"5) Contendrá una carátula en hoja aparte en la cual deberán consignarse exclusivamente los datos previstos en el art. 2º, incisos a, b, d y e; y, además [...] f) la mención del organismo, juez o tribunal que dictó la resolución denegatoria del recurso extraordinario federal, como así también de los que hayan intervenido con anterioridad en el pleito; g) la fecha de notificación de dicho pronunciamiento; h) la aclaración de si se ha hecho uso de la ampliación del plazo, prevista en el art. 158 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; i) en su caso, la demostración de que el recurrente está exento de efectuar el depósito previsto en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

"6) En las páginas siguientes el recurrente deberá refutar, en forma concreta y razonada,

En razón de que las nuevas pautas restrictivas impuestas por la Corte resultaron a la postre insuficientes para detener la avalancha de recursos y, particularmente, de las quejas por denegatoria de la admisibilidad de recursos interpuestos ante tribunales inferiores, finalizando el siglo XX se utilizó al efecto otro mecanismo de solución: extender el uso del *writ of certiorari* en sus aspectos positivos, que luego describiré, para denegar a voluntad y sin fundamentación alguna una bien fundada queja.

todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la resolución denegatoria. El escrito tendrá esa única finalidad y no podrán introducirse en él cuestiones que no hayan sido planteadas en el recurso extraordinario.

"7) El escrito de interposición de la queja deberá estar acompañado por copias simples, claramente legibles, de: a) la decisión impugnada mediante el recurso extraordinario federal; b) el escrito de interposición de este último recurso; c) el escrito de contestación del traslado previsto en el art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; d) la resolución denegatoria del recurso extraordinario federal. Con el agregado de las copias a que se refiere este artículo no podrán suplirse los defectos de fundamentación en que hubiera incurrido el apelante al interponer el recurso extraordinario.

"*Observaciones generales*:

"8) El recurrente deberá efectuar una transcripción –dentro del texto del escrito o como anexo separado– de todas las normas jurídicas citadas que no estén publicadas en el Boletín Oficial de la República Argentina, indicando, además, su período de vigencia.

"9) Las citas de fallos de la Corte deberán ir acompañadas de la mención del tomo y la página de su publicación en la colección oficial, salvo que aun no estuvieran publicados, en cuyo caso se indicará su fecha y la carátula del expediente en el que fueron dictados.

"10) La fundamentación del recurso extraordinario no podrá suplirse mediante la simple remisión a lo expuesto en actuaciones anteriores, ni con una enunciación genérica y esquemática que no permita la cabal comprensión del caso que fue sometido a consideración de los jueces de la causa.

"11) En el caso de que el apelante no haya satisfecho alguno o algunos de los recaudos para la interposición del recurso extraordinario federal y/o de la queja, o que lo haya hecho de modo deficiente, la Corte desestimará la apelación mediante la sola mención de la norma reglamentaria pertinente, salvo que, según su sana discreción, el incumplimiento no constituya un obstáculo insalvable para la admisibilidad de la pretensión recursiva. Cuando la Corte desestime esas pretensiones por tal causa, las actuaciones respectivas se reputarán inoficiosas. Del mismo modo deberán proceder los jueces o tribunales cuando denieguen la concesión de recursos extraordinarios por no haber sido satisfechos los recaudos impuestos por esta reglamentación. En caso de incumplimiento del recaudo de constituir domicilio en la Capital Federal se aplicará lo dispuesto por el art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

"12) El régimen establecido en este reglamento no se aplicará a los recursos interpuestos *in forma pauperis*".

A esta altura de la exposición aceptará el lector que la Corte puede abrir recursos con sólo imaginar supuestos de gravedad o de arbitrariedad (que no podría abrir de acuerdo con el texto literal el art. 14 de la ley 48) y, una vez abiertos, puede cerrarlos mediante la invocación de requisitos creados también imaginativamente por su propia jurisprudencia, consolidada durante su reiteración durante muchos años.

De ahí que, a esta altura de mi vida, deba necesariamente compartir aquella hasta hoy exacta afirmación de un ilustre jurista[92]: "La gran cantidad de casos en los que la Corte declara mal concedidos o mal denegados los recursos por los superiores tribunales locales, al par que demuestra que éstos no están suficientemente penetrados de su espíritu y alcance dentro de la jurisprudencia del alto tribunal, contribuyen por su parte a robustecer el convencimiento general de que se trata de un resorte misterioso dentro del mecanismo judicial, cuyos profundos arcanos están fuera del alcance de la preparación forense vulgar, lo que hace que en cada caso ocurrente la procedencia o improcedencia del recurso dependa, para el que lo deduce, de causas insospechadas cuya revelación le produce siempre sorpresa y a menudo irritación".

2.b) *La gravedad institucional*

Además de los casos de arbitrariedad recién vistos, y por los avatares sufridos en el país durante los últimos años, la Corte hizo nueva ampliación de su competencia, extendiendo la admisión del recurso a lo que ahora llamó *existencia de gravedad institucional*[93] o de *razones institucionales suficientes*[94] o de *cuestión institucional de suficiente importancia*[95], etcétera. Y ello, siempre que este nuevo estándar surgiera a criterio del tribunal y al margen de los supuestos de competencia constitucional que marcan su competencia recursiva en el artículo 14 de la ley 48.

Y a efectos de lograr su intervención cuando fuere menester, más allá de la admisión de un recurso extraordinario, se importó desde los

[92] GARCÍA MEROU, Enrique, *El recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Coni, Buenos Aires, 1915.
[93] *Fallos*: 292:229, 247:601, 248:189, etcétera.
[94] *Fallos*: 228:539, etcétera.
[95] *Fallos*: 300:1110, etcétera.

Estados Unidos de América el *writ of certiorari*[96], mediante el cual la Corte de allí abre a voluntad, discrecionalmente y sin fundamentación alguna, los casos que estima deben ser tratados por ella en tanto el tribunal es un obvio órgano de cogobierno en el país.

En puridad de verdad, esto es una simple avocación[97] de la Corte respecto de un caso concreto. Y desde esta óptica es que debe ser estudiado el tema[98].

Esto es bueno dentro de un orden jurídico sistémico, pues se permite al máximo tribunal del que se trate intervenir frente a situaciones cuya gravedad puede poner en peligro la existencia o subsistencia de los valores que rigen toda la normativa legal. Claro es que tales situaciones generan estados de excepción y deben ser tratadas como lo son: excepcionalmente[99].

En esta tesitura, la Corte local permitió la apertura de su sede, luego de decir que tenía facultades de avocación no obstante carecer de ley reglamentaria al respecto. Y así, dijo que para ello se exige la existencia clara de cuestión federal y de gravedad institucional, que opera sólo en el marco de la competencia federal, que puede interponerse directamente

[96] Del inglés, *writ* significa "escrito, escritura (*The Holy Writ:* La sagrada escritura)" y, además, "auto, mandato, oficio, orden judicial, decreto judicial, ejecutoria"; y *certiorari* quiere decir "auto de avocación con el que un tribunal superior ordena a un juez inferior la elevación de una causa pendiente ante él". En otras palabras: *mandamiento de avocación*. Que es lo que se expide, precisamente, cuando la Corte ordena la elevación de una causa judicial pretermitiendo instancias inferiores (lo que se conoce como efecto *per saltum*). Algo similar, y en otro orden de cosas, se mostró ejemplarmente y desde antaño en la Constitución de Entre Ríos con las denominaciones de *injunction*: mandato, orden, requerimiento judicial y de *mandamus*: mandato, despacho, orden judicial.
[97] Recuérdese que la avocación no es un recurso sino una facultad que determina la aceptación de una concreta competencia funcional que se denomina, precisamente, *competencia por avocación*. Y esto, por cierto, no es una *apelación per saltum*, cual lo enseña una errada doctrina nacional que desconoce nociones elementales de derecho procesal.
[98] Esto comienza, en rigor de verdad, con el caso "Nieva, Alejandro y otros c/Poder Ejecutivo Nacional", luego "Rodríguez, Jorge s/Plantea cuestión de competencia", ver *Fallos*: 320:2851.
[99] Cual lo ha hecho desde siempre la Corte de los EE. UU. de América para beneficio de todos y, particularmente, de la convivencia sin discriminaciones.

ante la propia Corte y que no es menester guardar en la presentación los recaudos formales propios del recurso extraordinario[100-101].

Sin perjuicio de lo expuesto, el *certiorari* se utilizó también por la Corte para cerrar su competencia, no sólo para abrirla. Y esto se produjo mediante la ley 23.774[102] que modificó los artículos 280[103] y 285[104] del CPC de la Nación con pautas que no se condicen con el sistema jurídico vigente en nuestros países, que exigen desde las propias Constituciones la fundamentación congruente de todas las resoluciones judiciales.

Y esto parece, a primera vista, ser de manifiesta ilegitimidad, no obstante que la mejor doctrina nacional haya aplaudido largamente esta novedosa institución sosteniendo que "vino para quedarse" como fórmula aceptable para terminar con la fenomenal mora de la Corte[105].

Pero hay más restricciones que surgen de la propia ley: no cualquiera sentencia puede ser objeto de esta impugnación, admisible sólo respecto de: 1) *sentencias definitivas*, y 2) *dictadas por el tribunal superior de la causa*.

[100] Todas estas ideas, aparecidas en el caso "Dromi", fueron ratificadas en los casos "Antonio Erman González" y "Zulema Yoma".
[101] Y todo ello está bien pues la avocación no es un recurso sino una facultad que puede ser ejercida oficiosamente o a pedido de parte.
[102] B. O. del 16-4-90.
[103] Al art. 280 le introdujo, como segundo párrafo, el siguiente: "La Corte, según su sana discreción y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia".
[104] Al art. 285 le agregó el siguiente párrafo: "Si la queja fuere por denegación del recurso extraordinario, la Corte podrá rechazar este recurso en los supuestos y formas previstos en el art. 280, párrafo segundo".
[105] Adviértase dónde se encuentra la manifiesta ilegitimidad: la sentencia inferior debe ser necesariamente fundada, so pena de nulidad. El recurso extraordinario deducido contra ella debe ser obviamente fundado para resultar admisible. La sentencia que deniegue su admisibilidad debe ser fundada, cual todas las sentencias. La queja que se deduzca ahora ante la Corte contra tal denegación debe ser autosuficientemente fundada so capa de nueva inadmisibilidad. Y ahora, luego de todo este periplo de fundamentos recurrentes, la Corte dice en su *certiorari*, y sin fundamento alguno, que la queja carece de fundamentos idóneos para lograr la apertura del recurso. ¿Puede alguien comprender la lógica de este puro dislate? Esto, que puede ser bueno y funcional en el sistema norteamericano, en el cual la generalidad de los jueces no trabaja como los del sistema continental (los nuestros) en orden a fundamentar sus pronunciamientos, no tiene cabida en el orden constitucional argentino.

Para la exacta tipificación de ambos requisitos, ha sido necesaria la construcción doctrinal de la jurisprudencia que llevó añares hacer.

Es por eso que, desde no hace mucho tiempo, se acepta en el país que:

2.c) *Sentencia definitiva*

Es la que pone fin al *litigio* aunque deje subsistente el *conflicto*[106]. En tal concepto ingresa la sentencia que declara la caducidad de una instancia, la que rechaza liminarmente una pretensión so pretexto de no ser justiciable, la que niega la competencia federal, etcétera;

2.d) *Superior tribunal de la causa*

En un país de organización federal como el nuestro, es el tribunal que ocupa la cúspide del respectivo sistema judicial[107] aunque carezca de competencia recursiva ordinaria y la respectiva normativa no lo habilite para tratar los aspectos constitucionales involucrados en el recuso extraordinario[108].

3.1.5.2. La importancia económica del agravio como causal de restricción recursiva

En función del valor económico comprometido en la decisión impugnada, existe desde hace ya bastante tiempo otra clara restricción recursiva, que puede ser vista tanto en la apelación como en los recursos extraordinarios.

1) *En la apelación*:

Vuelvo al ejemplo de Santa Fe: su CPC, artículo 348 decía en 1962: "Para que proceda la apelación se requiere que el agravio que se pretenda reparar exceda de quinientos pesos cuando la resolución hubiera sido dictada por jueces legos o departamentales y de dos mil pesos cuando por jueces letrados". Poniendo al día esas cantidades, el artículo 43 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la misma Provincia esta-

[106] Recordar ambos conceptos expuestos en el Capítulo 1.
[107] Ésta es la doctrina que acepta la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del *leading case* "Strada c/Ocupantes" (ver *Fallos*: 308:490) ratificada en autos "Di Mascio" (ver *Fallos*: 311:2478). A tan sencilla solución se llegó después de existir mucha jurisprudencia contradictoria a partir de considerar *último tribunal* al que tenía competencia sólo para conocer de recursos ordinarios.
[108] Si bien se mira, esta tipificación conceptual del *superior tribunal de la causa* es un filtro notable para el ingreso de asuntos a la Corte. Y, por supuesto, para eso se hizo.

bleció en el año de 1987 que "En todos los casos, para la admisibilidad de la respectiva impugnación se requiere que el agravio exceda de una cantidad equivalente a diez unidades *jus*[109] a la fecha de dictarse el pronunciamiento recurrido..."

De la misma forma se limita la apelación en el CPC de la Nación, gracias al texto de su artículo 242[110].

2) *En el recurso extraordinario* no existe límite actual pero, en su lugar, se ha creado una importante gabela para restringir la presentación de quejas, tal como se verá luego.

3.1.5.3. La deducción previa de otros medios de impugnación cuya inmediata solución puede llegar a evitar la Alzada como causal de restricción recursiva

Otra forma de restringir la admisibilidad de los recursos de Alzada se hace imponiendo desde la ley la necesidad de transitar necesaria y previamente por otros carriles impugnativos.

[109] La unidad *jus* está definida en el art. 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 10.160: "Para asegurar un permanente y adecuado ajuste del monto pecuniario que determina la competencia cuantitativa, esta ley adopta la unidad *jus*, que representa el valor exacto de un salario mínimo, vital y móvil en el orden nacional". A su turno, el CPC de Santa Fe, *art. 694* describe otra unidad: la del *día multa*: "El importe del *día multa* equivaldrá a los emolumentos diarios que perciba el agente de la categoría presupuestaria inferior del Poder Judicial, para cuya determinación se tendrá en cuenta exclusivamente el *sueldo básico* y la *compensación jerárquica* dividido por treinta [como se ve, bien fáciles los cálculos a realizar...]. Las multas que no tengan por ley otro destino beneficiarán a la biblioteca de los tribunales y serán ejecutadas obligatoriamente por los agentes fiscales mediante el juicio de apremio. La falta de ejecución dentro de los treinta días de estar firme el auto que las impuso, el retardo en el trámite o el abandono injustificado de éste, será considerado falta grave".

[110] El texto dice: "...Serán inapelables las sentencias definitivas y las demás resoluciones, cualquiera fuere su naturaleza, que se dicten en procesos en los que el valor cuestionado no exceda de la suma de [...] Dicho valor se determinará atendiendo exclusivamente al capital reclamado en la demanda, actualizado si correspondiere a la fecha de la resolución, de acuerdo con los índices oficiales de la variación de precios mayoristas no agropecuarios. También se actualizará aquella suma, utilizando como base los índices del mes de junio de 1990 y el último conocido al momento de la interposición del recurso. Esta disposición no será aplicable a los procesos de alimentos y en los que se pretenda el desalojo de inmuebles o en aquellos donde se discuta la aplicación de sanciones procesales" (texto conforme con la ley 23.850, que he elegido para mostrar las dificultades que todo esto presenta). Otro dislate y pura complicación para litigantes y tribunales...

Y esto es correcto pues, al posibilitar que el juez de grado cuya decisión se impugna pueda corregir por sí mismo los errores que se imputan a su decisión, se ha encontrado un buen método para solucionar problemas dentro del proceso sin sobrecargar indebidamente el trabajo de la Alzada.

Estos medios de impugnación previos asumen, así, un carácter *basal* sobre el cual ha de construirse el régimen recursivo de doble grado de conocimiento y se relacionan con dos circunstancias: a) la existencia de *cuestiones procesales no sustanciadas* y resueltas con el solo instar unilateral, y b) la de *omisión de cuestiones* o de *errores materiales* o de *cuestiones oscuras*. Explico ambas.

a) *Cuestiones procesales no sustanciadas*

En todo trámite judicial, cada posible instar debe recibir siempre del juez una providencia que estime o deniegue la pretensión procedimental contenida en la respectiva instancia[111] (por ejemplo, correr traslado de la demanda, abrir la causa a prueba, fijar fechas de audiencia, conferir traslados a las partes para alegar, ídem al apelante para expresar agravios, etcétera).

Cuando se trata de proveer estas peticiones, al igual que las que muestran contenido cautelar, nunca se exige necesaria audiencia previa de la parte contraria[112] para admitir o denegar la respectiva pretensión. Y ello en razón de que, cualquiera fuere el contenido de la respectiva resolución, jamás se altera el derecho de defensa de la parte contraria en razón de que a ella siempre le cabe la posibilidad de deducir recurso de revocatoria si lo resuelto le produce agravio procedimental.

Lo mismo ocurre cuando la respectiva pretensión obtiene del juez una decisión denegatoria: es ahora el propio peticionante quien puede deducir la revocatoria del caso.

En este supuesto, si la providencia de marras puede generar en quien ha instado el respectivo acto un gravamen tal que permita, por ejemplo,

[111] Esto es clara expresión del *deber de proveer* que tienen todos los jueces respecto de las pretensiones de las partes.

[112] Esto es obvio en todo acto de conexión de instancias: cuando se confiere un traslado a una de las partes acerca de lo que pretende la otra, no parece sensato darle audiencia previa acerca de ello.

la deducción de la apelación[113], no parece razonable que el juez deba concederla sin más (por el tiempo que demandará su tramitación en la Alzada) sin antes tener la oportunidad de advertir y corregir por sí mismo la eventual equivocación que ha provocado dicho gravamen.

De la misma forma ocurre en el supuesto anterior, cuando es la parte contraria a la que instó la que recibe un agravio suficiente como para apelar ante el superior.

En estos casos, muchas legislaciones contemporáneas que reiteran la correcta solución dada al problema por las leyes españolas del pasado, exigen que en forma previa a la interposición de la apelación, el agraviado deduzca reposición o revocatoria (recordar que, según el caso, funciona como reacertamiento y como recurso), con lo cual la deducción de la apelación es de carácter *subsidiario* o *eventual*[114]. Sólo si aquél es denegado o rechazado por el juzgador, tiene que decidir acerca de la admisión de ésta y obrar en consecuencia.

Esta impugnación previa a la apelación se convierte, así, en su *basamento* (de ahí que le he dado antes el nombre de *recurso basal*) y es de tránsito imprescindible siempre que se intente apelar una resolución judicial dictada *sin anterior sustanciación*.

Atención: tal como se verá luego al tratar el recurso de reposición, apunto aquí que éste es el meollo de la procedencia impugnativa.

Finalmente: la comunidad de los plazos recursivos determina que la apelación deba ser deducida conjuntamente y en subsidio de la revocatoria. En otras palabras: el sintagma *en subsidio* viene a representar aquí el exacto significado de una pretensión eventual: nace sólo si la primera, a la cual subsidia, es denegada (ver el Capítulo 8).

Por supuesto, todo lo aquí expresado es de plena aplicación a las sanciones que los jueces pueden imponer oficiosamente a las partes y a los abogados.

b) *Omisión de cuestiones* y *existencia de cuestiones oscuras* o *corregibles en la resolución*

Hay ocasiones en las cuales el juzgador

[113] Recordar que, según el caso, funciona como reacertamiento o como recurso.
[114] Se tiene por interpuesta sólo si es denegada o rechazada la revocatoria.

b.1) ha omitido tratar al sentenciar ciertas cuestiones debidamente planteadas ante él, o

b.2) ha dejado cuestiones oscuras y, por ende, incomprensibles, en la redacción de su pronunciamiento, o

b.3) ha cometido algún error material en el texto de su sentencia.

Todo ello puede ocasionar gravamen a alguna de las partes y, por tanto, generar interés en deducir la correspondiente apelación.

Pero parece claro que resulta absurda la elevación de la causa al superior si el propio juez puede suplir la omisión, aclarar el concepto oscuro, o corregir el error material.

De ahí que todas las leyes procesales legislen acerca de la *aclaratoria*, ya sea como remedio o como recurso (recordar que siempre es una instancia de reacertamiento) que se convierte en un paso necesario (basal) para lograr la admisión de la apelación.

En otras palabras: si se apela inicialmente una sentencia porque, por ejemplo, no impuso costas al perdedor, la Alzada no será abierta si no se dedujo en forma previa la aclaratoria de rigor y fue negada la respectiva petición.

Para poder terminar con el tema, se hace menester ahora pedir al lector que tome conciencia de cómo y cuánto se restringe procedimentalmente la apertura de un recurso de Alzada. Si lo hace, deberá hacer coherentemente su propio juicio de valor acerca de nuestro sistema legal y de su constitucionalidad.

3.1.5.4. El pago de gabelas como causal de restricción para la interposición de quejas

Otro modo de restringir la actividad recursiva en grado extraordinario es imponer el pago adelantado de, a veces, importantes gabelas para acceder a una instancia superior que, si a la postre resulta inadmisible, se pierde su importe en beneficio de las arcas del propio tribunal, que lo utiliza luego para adquirir libros a su biblioteca o para afrontar otras necesidades del servicio.

Nadie podrá negar que esto, más allá de su clara inconstitucionalidad, es decididamente inmoral: no es razonable sujetar la prometida garantía de justicia al pago de una suma de dinero que se pierde si el recurso

no se admite por la razón que fuere y que, cual ya se ha visto precedentemente, puede ocurrir por una suerte de arte de birlibirloque que surge del profundo arcano en que se ha convertido la apertura de un recurso extraordinario.

Esto ocurre en el orden federal argentino[115] y en la Provincia de Santa Fe[116], menciones que hago ahora pues las he usado para hacer *supra* referencias a ellas.

3.1.5.5. La inexistencia de competencia funcional superior para el caso, por renuncia de los interesados como causal de restricción recursiva

La última causal que los autores citan, en cuanto a restricción recursiva refiere, se encuentra en la renuncia que los interesados hacen para deducir recursos de Alzada en tanto la materia litigiosa sea de naturaleza transigible.

Y ello es correcto y se acepta desde antaño en tanto se renuncie anticipadamente a la interposición del recurso de apelación (recuérdese que es una impugnación para atacar afirmada injusticia). Pero no ocurre lo propio con otros recursos que se relacionan con vicios de ilegitimidad, que jamás pueden ser renunciados[117].

En el caso concreto de los recursos extraordinarios, parece claro que son siempre irrenunciables al pertenecer todos a la categoría de medios de impugnación que se relacionan con la *ilegitimidad* y no con la *injusticia* de un pronunciamiento judicial.

De ahí que la Corte procedió mal cuando rechazó su intervención en

[115] CPC de la Nación, *art. 286*: "Cuando se interponga recuso de queja ante la Suprema Corte de Justicia por denegación del recuso extraordinario, deberá depositarse a la orden de dicho tribunal la suma de pesos [...] El depósito se hará en el Banco de depósitos judiciales..." Y el *art. 287*: "Si la queja fuese declarada admisible por la Corte, el depósito se devolverá al interesado. Si fuere desestimada o si se declarase la caducidad de la instancia, el depósito se perderá. La Corte dispondrá de las sumas que así se recauden para la dotación de las bibliotecas de los tribunales nacionales de todo el país".

[116] Ley 7055, art. 8.

[117] CPC de Santa Fe, *art. 29*, por ejemplo, dice: "Las partes pueden convenir la renuncia del derecho de apelar cuando el objeto de la controversia sea susceptible de enajenación o de transacción. No podrá convenirse la renuncia del recurso de nulidad".

recursos de inconstitucionalidad deducidos contra laudos arbitrales a base de los criterios legales[118].

3.1.6. La ¿constitucionalidad? de la restricción impugnativa

Después de tanta inimpugnabilidad, irrecurribilidad, inapelabilidad, etcétera, que he repasado recién y que volveré a referir al tratar específicamente el recurso de apelación, por la magnitud que ha alcanzado su actual restricción –claro exponente todo del triunfo de la extrema publicización procesal en la confección de las leyes que nos rigen actualmente– la adopción en nuestros países de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Pacto de San José de Costa Rica) ha venido a poner una cuota de garantismo en el orden jurídico vigente.

Y, así, su artículo 8º rige plenamente en la Argentina con rango constitucional: "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 inculpado 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 inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculpado 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 inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor

[118] Lo mismo ocurre respecto de pronunciamientos de tribunales de esencia política (jurados de enjuiciamiento), que jamás pueden quedar fuera del control de constitucionalidad (máxime cuando no son órganos de justicia).

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 inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4) El inculpado 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".

Y la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha atribuido un carácter "expansivo" a las garantías previstas en el artículo 8.2 recién transcrito, con el evidente propósito de ampliar la tutela judicial en todos los supuestos: "A pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, las garantías establecidas en el numeral 2 del mismo precepto se aplican también a esos órdenes"[119].

Esto ha llevado a descalificar al recurso de casación penal por no tolerar la revisión por la Alzada de las cuestiones de hecho resueltas por el tribunal inferior. De donde habrá que replantear en la Argentina la constitucionalidad de todos los recursos que hemos adoptado inútilmente durante los últimos años y que, en rigor, han entorpecido el sistema judicial.

3.1.7. Los presupuestos de toda impugnación

La doctrina nacional ha presentado hasta ahora el tema de manera diferente al que utilizo en esta obra y que he elegido, pues creo que resulta mucho más útil para su mejor comprensión.

[119] En el caso "Ivcher Bronstein", párrafo 103; en el caso del "Tribunal Constitucional", párrafo 70, y "Excepciones al agotamiento de los recursos internos", párrafo 28. Y como lo sostiene Sergio García Ramírez: "He aquí un caso manifiesto de interpretación extensiva *pro homine*, con alcance general" (en *Panorama del debido proceso [adjetivo] penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana*, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2006, t. 2, p. 1132).

Para ser consecuente con el desarrollo del mismo tema en Capítulos anteriores, debo recordar ahora que en los Capítulos 7 y 11 expliqué el contenido del vocablo *presupuesto.*

En todos los casos he hablado de *supuestos* (*precedente* y *consecuente*, ambos de contenido puramente lógico y, por tanto, invariables), y de *requisitos actuales de realización del acto* con *eficacia* y *eficiencia*, de contenidos puramente legales y, por tanto, variables de legislación a legislación.

Veamos ahora estos presupuestos en cuanto al tema en tratamiento.

3.1.7.1. Los supuestos precedentes de las impugnaciones en general

El *supuesto precedente* (presupuesto *previo* o *anterior*) de las impugnaciones en general es siempre un *acto de autoridad* que afecta a un particular por razones objetivas de *ilegitimidad* o por subjetivas de afirmada *injusticia* (estas posibles razones ya las enuncié a título general al comienzo de este Capítulo, ver punto 1).

Pero no todo acto de autoridad es siempre susceptible de *todo* recurso sino sólo de *algunos* específicamente previstos en las leyes.

Y es así que existen legalmente tipificados muchos supuestos que se contemplan como de *procedencia* de cada recurso en particular (por ejemplo, no cualquier auto interlocutorio admite la apelación sino sólo aquel que causa un gravamen irreparable por la sentencia definitiva). Y esto es lo que, a efectos del tema en tratamiento, configura precisamente el supuesto precedente.

En rigor, este supuesto hace al *porqué* de la impugnación.

Se verá luego en detalle el tema respecto de cada recurso en particular, pues la variación del origen de este supuesto hace que cambien los requisitos actuales necesarios de cumplir en los diferentes casos.

Y para explicar ello no tengo otra opción que partir de una ley determinada, dada la enorme contingencia que existe en cuanto a la procedencia de cada recurso. Y, en orden a lo expuesto, he de elegir la ley procesal que, a mi juicio, la exponga mejor y más sistémicamente.

3.1.7.2. Los supuestos consecuentes de las impugnaciones en general

Los *supuestos consecuentes* (presupuestos *futuros* o *inminentes*) de toda impugnación varían en orden al tipo de pretensión impugnativa respecto de la resolución judicial que se obtendrá luego de tramitarla.

Si bien se mira, estos supuestos son los que refieren a lo que el impugnante pretende obtener (*objeto*) de su instar. En rigor, hacen al *efecto* o al *para qué* de la impugnación.

Todo esto será explicado más adelante, respecto de cada medio de impugnación en particular.

3.1.7.3. Los requisitos generales de todas las impugnaciones

Los presupuestos *actuales* o *coincidentes* con el momento de *presentación* de toda impugnación son los *requisitos* necesarios de cumplir por el impugnante para lograr la *iniciación* de su tratamiento procedimental y el oportuno otorgamiento o rechazo de la pretensión impugnativa.

Como se ve, estos *requisitos* se relacionan tanto con la *eficacia* como con la *eficiencia* del instar.

Los *requisitos de eficacia* son de carácter *extrínseco*[120] y deben presentarse siempre en el momento mismo de ser deducida la impugnación del caso en sede judicial, a fin de lograr que el juez actuante emita un *juicio de admisibilidad.*

Se vinculan siempre con las preguntas que pueden formularse para definir *cuándo*, *cómo* y *dónde* debe presentarse la impugnación.

A su turno, los *requisitos de eficiencia* son siempre de carácter *intrínseco*[121] y responden a la pregunta *qué hay que hacer* procedimentalmente para lograr el otorgamiento final de la pretensión impugnativa.

Todas estas preguntas serán respondidas al tratar cada medio impugnativo en particular.

[120] Recuerdo nuevamente que es *extrínseca* la cualidad o circunstancia que no se vincula con la esencia misma de la impugnación sino con sus modalidades de tiempo, forma, etcétera.

[121] Insisto aquí en que son *intrínsecas* las cualidades o circunstancias propias de las razones que motivan la impugnación y hacen a la esencia misma del supuesto consecuente que se pretende obtener luego de su tramitación.

3.1.7.3.1. Los requisitos generales *extrínsecos* para deducir impugnaciones

Estos requisitos se vinculan con la idoneidad del recurso elegido, con el lugar de su presentación, con el plazo para hacerlo y con las formas que debe contener, y son: 1) idoneidad del medio impugnativo deducido; 2) determinación del lugar en el cual se presenta la impugnación; 3) habilidad del plazo en el cual se deducen; 4) cumplimiento de las formalidades exigidas por la ley para su admisión.

Los explico.

1) *La idoneidad del medio impugnativo deducido por su adecuación con el supuesto precedente existente en el caso*

En razón de que los medios de impugnación y, particularmente, cada recurso procesal, tienen siempre un preciso y delimitado objeto, es menester que todo impugnante deduzca el único medio adecuado al fin propuesto y en función del supuesto precedente del caso.

Resulta claro hasta para quien es lego en la materia que si se propone una *apelación*, por ejemplo, el impugnante pretende lograr a la postre la revocación de la sentencia judicial apelada y no su mera *aclaración*, también por ejemplo, pues ello exige la deducción de una aclaratoria. Todo, en razón de que ambos medios de impugnación poseen objetos diferentes que no pueden ni deben ser confundidos entre sí.

De ahí que esta precisión técnica no es puro preciosismo lingüístico sino eje fundamental del funcionamiento de todo el sistema procesal. Y esto es así si realmente se aspira a que todo el litigar sea algo más que un arte o la sumatoria de habilidades personales, siempre generadoras de enorme arbitrariedad.

Resulta entonces necesario remarcar que, si conforme con la ley el único recurso procedente en un caso dado es el de apelación, por ejemplo, es errónea e inoperante la deducción de todo otro recurso que no sea, precisamente, ése.

Y esto se explica muy sencillamente, lo reitero, apenas se advierte cuáles son las posibles pretensiones de sustentar en los ejemplos puestos precedentemente, que son las que encorsetan la actuación del superior llamado a resolver la cuestión en definitiva, tal como se verá más adelante.

Si así no fuere, es obvio que estaríamos entronizando la arbitrariedad judicial, a la cual tanto se le teme desde antaño. Que es exactamente lo que ocurre cuando alguna doctrina postula terminar para siempre con las formas del proceso y reemplazar todo el andamiaje impugnativo con lo que se ha dado en llamar el *recurso indiferente*[122], mediante el cual se afecta groseramente el derecho de defensa en juicio de los particulares.

2) *La determinación del lugar en el cual se presenta la impugnación*

En razón de que los diferentes medios de impugnación ya vistos precedentemente (unilaterales: *reacertamiento*, y bilaterales por su esencia de *acción procesal*: *demanda principal*, *excepción*, *incidente* y *recurso*) difieren fundamentalmente entre sí, es obvio que el lugar de presentación de una impugnación puede ser distinto según se trate de un caso u otro.

Por ejemplo, es claro que el juez competente para recibir una instancia de apelación es, precisamente, el mismo que dictó la resolución que se intenta apelar. Pero si se desea discutir la competencia de un juez que ya está entendiendo de un litigio y al que el demandado considera incompetente, irá ante el mismo juez si deduce una excepción de incompetencia o ante el juez de primera instancia a quien él considera competente, si lo hace por vía de inhibitoria. Finalmente, si la impugnación debe ser deducida por la vía de una demanda principal (por ejemplo, en lo contencioso administrativo) habrá de ir al juez competente en la respectiva materia, o ante quien esté de turno, si hay más de uno, etcétera.

La cuestión reviste importancia pues el juez que reciba el instar ha de ser quien emita el respectivo juicio de admisibilidad y, con ello, permita el tratamiento de la pretensión impugnativa posterior.

De la misma manera, si la respectiva impugnación admite un desdoblamiento entre los juicios de admisibilidad y de fundabilidad y, en

[122] En esencia, para tal doctrina da lo mismo decir *apelo* que *no estoy de acuerdo* con... Total, ya se encargará el superior de hacer lo que debe hacer en el caso concreto, reconduciendo la pretensión recursiva por los carriles que su propio sentido de justicia le indiquen. Claro está, que todo ello sucede ante la sorpresa e indignación de la parte apelada... ¡Y parece ocioso insistir en que ello no es bueno para la pacificación social!

consecuencia, otorga la tarea de emitir éste a un superior jerárquico de aquél, queda también fijada la competencia superior.

De aquí en más, y para cada caso en particular, hablaré del tema refiriéndolo como *juez de la admisibilidad* y *juez de la fundabilidad.*

3) *La habilidad del plazo en el cual se deducen*

Los medios impugnativos conocidos como *excepciones*, *incidentes* y *recursos* están sujetos a una clara *condición de eficacia:* la de ser deducidos dentro del plazo de carácter preclusivo fijado por la ley para cada caso en particular.

De manera similar ocurre con el medio aceptado como *demanda principal*, pues se halla siempre sujeto a plazo de caducidad del instar (por ejemplo, impugnación judicial de un acto administrativo) o de prescripción del derecho (impugnación de un acto de particular por existencia de lesión, por ejemplo).

De ahí entonces que toda impugnación deba ser efectuada dentro del plazo acordado al efecto, debiendo ser computado éste no por días corridos sino teniendo en cuenta sólo los hábiles y contados desde el día siguiente a aquel en el cual se tiene conocimiento del acto. Algunas leyes otorgan al efecto un plazo adicional (las dos primeras horas tribunalicias del día siguiente hábil o todo el horario de atención al público del día hábil siguiente, etcétera). Queda a salvo todo plazo prescripcional, que se rige conforme las pautas establecidas al efecto en el Código Civil.

Todo esto, claro está, vale sólo para los juicios que tramitan por escrito. En los juicios con procedimiento oral, y para las impugnaciones que pueden presentarse andando el pleito (aclaratoria y revocatoria), los plazos corren de inmediato y precluyen definitivamente con la terminación de la respectiva audiencia.

4) *El cumplimiento de las formalidades exigidas por la ley para su admisión*

El legislador ha previsto para todos los casos una suerte de *acto patrón* para la deducción del medio de impugnación de que se trate.

Y así, ha establecido que puede ser presentado:

a) por escrito o verbalmente con asiento de lo actuado en una diligencia firmada por el interesado ante el secretario;

b) con eficiente fundamento impugnativo contenido en el mismo acto de deducción de la impugnación o en acto posterior;

c) sin o con copias acompañadas en suficiente número cuando la respectiva instancia es de carácter bilateral, a fin de poder conferir los traslados del caso;

d) sin o con firma de letrado, etcétera.

Dándose cabalmente en cada caso de impugnación la suma de todos los requisitos de admisibilidad precedentemente explicados, corresponde al juez disponer su admisión y ordenar en consecuencia la tramitación prevista por la ley respecto de cada medio impugnativo en particular.

Además, cuando se trata de recursos de doble grado de conocimiento en los cuales el juicio de la fundabilidad corresponde ser dictado por un superior jerárquico, debe establecer, al mismo tiempo, el efecto de su admisión, salvo que lo haya hecho la ley para el caso concreto.

Y, como ya se ha visto precedentemente, el modo de tramitación puede ser diverso según el caso.

3.1.7.3.2. Los requisitos generales *intrínsecos* para deducir impugnaciones

Estos requisitos se vinculan con la legitimación para impugnar, con el interés para obrar y con la fundamentación recursiva.

Los explico.

1) *La legitimación sustancial y procesal para impugnar*

Para la eficiencia de la pretensión impugnativa es menester que el impugnante tenga capacidad jurídica y procesal para poder deducirla, aspectos éstos que se ven con mayor claridad cuando la impugnación se efectúa por medio de demanda principal[123] o incidental[124] y no como cuando se lo hace por la vía de excepción o recurso, toda vez que en tales casos el impugnante ya está participando del curso de un proceso determinado en donde ha acreditado ambas capacidades.

[123] Piénsese en la impugnación de un acto administrativo (por ejemplo, por la vía de amparo o de lo contencioso administrativo).
[124] Piénsese en la deducción de una tercería.

2) *El interés para obrar*

De la misma forma, el impugnante debe afirmar –y llegado el caso, demostrar– un grado de afectación suficiente que habilite el camino impugnativo (ver clasificación del interés para obrar en el Capítulo 18).

En el caso de deducción de un *recurso*, el grado de esa afectación surge nítido de la simple comparación entre lo pretendido y lo acordado en la sentencia que se impugna. De donde resulta que quien ostenta la calidad de total ganador en la pretensión sentenciada, carece de interés para impugnar el acto aunque, como es obvio, sí lo tiene para sostenerlo frente a la impugnación del perdedor.

3) *La adecuada fundamentación del medio interpuesto*

Es éste el principal requisito de la eficiencia del instar, principalmente en materia de recursos procesales, en razón de que ningún juez está en condiciones de adivinar los motivos del reclamo respectivo.

Tal importancia se agudiza si se recuerda cómo es que se achica la materia del conocimiento judicial a medida que se escala en la cadena de grados de control recursivo: a mayor jerarquía del tribunal, menor posibilidad de ejercer la función.

Esto ya ha sido explicado en el Capítulo 28 y allí me remito. No obstante, recuerdo al lector que el tema litigioso compuesto de disenso acerca de los hechos invocados y del derecho alegado para subsumirlos en él, sólo es materia propia del juzgamiento del juez de primer grado. En cambio, el juez de grado de control (segundo, tercero, etcétera) no volverá a fallar jamás acerca de los *mismos temas*, pues lo que se lleva a su conocimiento y decisión no es un *nuevo juicio* sino tan sólo la razón del disenso del perdedor con los motivos expuestos por el juez inferior para sustentar su sentencia.

Por eso es que el juez de control está atado por la fundamentación recursiva del apelante, por ejemplo, y sujeto a lo que éste haya propuesto controlar. Y ello, aunque no comparta los demás aspectos del pensamiento del juez de grado inferior.

Esto se ve claro en las reglas de juzgamiento vigentes para cualquier juez superior, que se conocen desde antaño como *tantum appellatum, quantum devolutum* (lo que demarca la competencia funcional del superior) y como *ne reformatio in peius* (la que establece la *regla de con-*

gruencia que enseña que el juez de control no puede fallar –so capa de ser nula su actuación– acerca de un tema diferente del que le ha propuesto el apelante).

Cuando la fundamentación impugnativa debe hacerse en el acto mismo de interponer la impugnación (casos de demanda principal, demanda incidental, excepción, reacertamiento y algunos recursos, cual ocurre con cualquiera de los extraordinarios, por ejemplo), la carga de fundamentar se encuentra legislada en el respectivo articulado del código de que se trate[125].

Lo mismo ocurre con la reposición, no importando al efecto si la impugnación opera como reacertamiento o como recurso[126].

En todos los casos, parece que el tema es obvio y que a nadie se le ocurriría demandar, excepcionar o recurrir sin dar abundantes y precisas razones del reclamo para lograr llevar al juez la necesaria convicción que definirá el oportuno acogimiento de la respectiva pretensión.

Pero el legislador ha puesto especial cuidado en normar detalladamente el tema en lo que toca a recursos de doble grado de conocimiento (cual los de apelación y nulidad, por ejemplo), en cuyo caso prohíbe[127] desde antaño[128] que se fundamenten en el acto de interponerlos[129].

[125] Por ejemplo, el CPC de Santa Fe establece que toda demanda y reconvención debe ser fundada, ver sus arts. 130, 142, etcétera.

[126] Ver, por ejemplo, el CPC de Santa Fe, *art. 345*: "...Si el recurso fuere notoriamente infundado, el juez podrá desecharlo sin ningún trámite".

[127] Y está bien que así sea porque quien se queja por perder su pleito muchas veces lo hace con amargura y en términos que a pocos jueces gusta. Por de pronto, una forma correcta de impugnar es sostener la *arbitrariedad* del pronunciamiento, palabra ésta que siempre es mal interpretada por quien sufre la adjetivación. Y como de quien así se siente afectado depende la admisión o denegación del recurso, desde el corazón mismo de la historia procesal se estableció que el impugnante se contentara en tales casos con decir *que apela*, guardando toda la motivación impugnativa para presentarla directamente ante el tribunal de control. Cierto es que, con posterioridad, el juez impugnado podrá enterarse de todos los fundamentos del agraviado. Pero en las condiciones expuestas, eso ocurrirá mucho tiempo después y luego de que el superior se haya expedido sobre el tenor de los argumentos impugnativos, poniendo muchas veces paños fríos sobre el tema para permitir, cual lo quería Calamandrei, la subsistencia *de las buenas relaciones entre los jueces y los abogados...*

[128] Ver cualquier código de los siglos XVIII y XIX.

[129] La modernidad procesal, cuyos ímpetus legislativos han sido puestos principalmente en ganar tiempo en el curso procedimental a cualquier precio, a riesgo de cercenar severamente el derecho de defensa en juicio declarado inviolable por la Constitución nacional, ha logrado hasta ahora reducir los plazos, eliminar muchas defensas y varios medios de impugnación. Y todo, por no imaginar otra forma para lograr el propósito.

De ahí que en la tramitación de este tipo de recursos se les da un trámite en la Alzada que consiste en un traslado para generar al impugnante la carga de *expresar sus agravios*[130], lo que viene a significar que ése y no otro es el momento adecuado para presentar los fundamentos de la impugnación.

Y la ley especifica que si la carga no se cumple o se cumple deficientemente, el impugnante pierde la posibilidad de que su pretensión sea tratada en los términos que han sido propuestos.

En efecto: si los agravios no se expresan en el plazo establecido por la ley, se *declara desierto el recurso*[131] y, con ello, se confirma automáticamente la sentencia impugnada.

Pero si se los expresa de manera inadecuada, algunas veces merece igual solución en tanto que otras la ley otorga al juez la facultad de declarar al sentenciar que el apelante está conforme con las cuestiones de hecho expuestas por el juez inferior y, a ellos les aplica sin más el derecho que corresponda al caso[132].

De aquí surge la importancia de comprender su esencia[133]: debe ser

[130] Si procesalmente el *agravio* es la insatisfacción de una pretensión o el rechazo de una defensa (lo cual implica la derrota total o parcial de un litigante), la *expresión de agravios* refiere a la pieza procesal mediante la cual se fundamente un recurso de Alzada que no se motivó al interponerlo y que inventaría en concreto los errores que, a juicio del recurrente, ostenta el pronunciamiento impugnado.

[131] Tal como ya se dijo oportunamente, *deserción* es el abandono de un puesto, de una obligación o de un grupo, especialmente el que hace un soldado del ejército sin autorización. El uso jurídico del vocablo se hace por extensión analógica, referida ahora al abandono de la instancia de grado superior por incumplimiento de una carga procesal.

[132] So pretexto de la regla *jura novit curiæ*, tan cara al sistema inquisitivo según se ha visto ya en esta obra.

[133] Los requisitos que luego se enuncian en el texto existen desde antaño. Ya la Partida III, Tít. 23, Ley 26 normaba: "*Qué debe hacer el que se alza*: Mesurados deben ser en sus palabras aquellos que se alzaren, de manera que aunque se tengan por agraviados de lo que juzgaron los alcaldes, que no yerren contra ellos razonándolos mal o diciéndoles que juzgaran tuerto o denostándolos de otra manera. Mas débenle pedir mansamente que les den el pleito como discurrió e las razones como fueron tenidas, e el juicio que

siempre una crítica clara, seria, precisa, razonada y concreta, mediante la cual se refute cada motivación de la sentencia usada por el juez *a quo* para sentenciar como lo hizo (tanto en lo relativo a la consideración de los hechos litigiosos como de la normativa legal aplicable a ellos) y con la expresión de la solución final que se pretende obtener del tribunal *ad quem*.

Y con esto parece ya claro que se trata del requisito intrínseco de mayor importancia en materia recursiva, pues en él está la vida misma del recurso.

El tema genera ahora una específica forma de tramitar este tipo de recurso, tal como lo describiré *infra*.

De ahí que en la tramitación de este tipo de recursos se les dé un trámite en la Alzada que consiste en:

a) un traslado al impugnante para que *exprese sus agravios*[134];

b) del escrito fundante del recurso se confiere traslado al apelado para que discuta las razones expuestas por el apelante al pretender la anulación o revocación de la sentencia que lo convirtió en perdedor del litigio, a fin de que aquél pueda sostener la legitimidad o la justicia de la sentencia que le dio la razón y lo convirtió en ganador;

c) en el mismo acto de contestar los agravios del apelante, el apelado puede adherir[135] al recurso de la parte contraria y, en su caso, expresar

fuera dado sobre ellas. E el alcalde de quien se alzaren débelo hacer dándole traslado de todo bien e lealmente, no creciendo ni menguando ninguna cosa, e sellar el escrito con su sello..."

[134] Insisto en que esa carga genera la única oportunidad que tiene el apelante para presentar la fundamentación del recurso.

[135] La *apelación por adhesión* es una modalidad propia de este recurso que permite que quien no apeló la sentencia inferior pueda hacerlo luego, en la instancia superior, después de haber sido admitido un recurso de apelación interpuesto por la parte contraria y al tiempo de contestar los agravios del apelante. Doctrinalmente, se acepta que quien ha resultado levemente agraviado por una sentencia se conforme con su destino en tanto haga lo propio la parte contraria. De ahí que, si ésta impugna y ya ha precluido la posibilidad de hacerlo para aquél, se le otorgue una nueva oportunidad al efecto. Yo creo que esto es bueno y mejora notablemente el ánimo litigioso en muchas oportunidades. Sin embargo, no todas las leyes aceptan la apelación adhesiva y, cuando alguna lo hace, la jurisprudencia se encarga de poner toda suerte de trabas para evitar su normal desenvolvimiento: por ejemplo, sostener que es un *accesorio* de la apelación principal (¡¿de dónde puede sacarse esto?!), con lo cual cae automática-

sus propios agravios. Si esto ocurre, el trámite se cierra con un nuevo traslado al apelante originario –ahora en situación de *apelado*– para que conteste los agravios del apelante adhesivo;

d) si se da alguno de los supuestos excepcionales que algunas leyes prevén al efecto, a pedido del apelante se abre la causa a prueba por un breve plazo, transcurrido el cual y producidos o no los medios de convicción del caso, se generan nuevos y sendos traslados a ambas partes para que aleguen sobre su mérito confirmatorio;

e) el trámite se cierra con la providencia de *llamamiento de autos para sentencia*. Una vez precluido el plazo para impugnarla, queda el litigio en estado de ser resuelto.

Tenga presente el lector el trámite recién descrito, pues a él me remitiré oportunamente.

3.1.7.4. Los requisitos especiales de algunas impugnaciones

Algunos tipos de impugnaciones están sujetos a requisitos especiales propios de ellos. Por ejemplo, la impugnación contencioso administrativa está sujeta al requisito de que el impugnante haya agotado previamente la correspondiente vía administrativa.

De aquí en más, se harán constar cuando sea menester hacerlo.

3.2. Los medios de impugnación en particular

Se verá ahora qué es cada uno de los recursos en particular que norman habitualmente como tales los códigos procedimentales que rigen en materias civil y penal (no importa por ahora si tienen naturaleza de reacertamientos, de demandas –principales o incidentales– o de verdaderos recursos). Quedan excluidos, así, todos los medios de impugnación que no están específicamente legislados en tales códigos (por ejemplo, los mencionados *supra*, en los # 3.1.2.1., 3.1.2.2. y 3.1.2.3.).

Para facilitar la lectura del tema los agruparé:

a) por un lado, los recursos ordinarios basales de aclaratoria y de revocatoria;

mente si ésta, por ejemplo, es declarada desierta. Como se ve, no siempre se comprende la esencia misma del método y de sus implicaciones procedimentales.

b) por otro, los recursos de doble grado de conocimiento ordinario: de apelación y de nulidad;

c) luego, los llamados recursos auxiliares: directo y de atentado;

d) y finalmente, los recursos que claramente son verdaderas demandas: de rescisión y de revisión.

3.2.1. La aclaratoria

Esta impugnación se denomina así desde antaño, pero su nombre peca por defecto: no siempre lo que se pretende es una aclaración sino, y muchas veces, una ampliación de lo sentenciado. De ahí que el CPC de Uruguay lo denomine correctamente como *aclaratoria* y *ampliación*.

3.2.1.1. La naturaleza de la aclaratoria

Ya expliqué que el remedio procesal o el recurso denominado en los códigos como *aclaratoria*, opera siempre como verdadero *reacertamiento*[136] y tiene un carácter basal restrictivo de la apelación. Por tanto, es de tránsito necesario para que pueda ser apelable una resolución judicial que adolece de alguno de los problemas que marcan su procedencia.

Siempre es *unilateral* (de donde resulta que no cabe sustanciación alguna respecto de la pretensión respectiva).

3.2.1.2. Los presupuestos de la aclaratoria

Explicada ya la significación de este tema supra, en el # 3.1.7., toca ahora ver:

a) *Los supuestos precedentes de la aclaratoria*

El supuesto general es siempre *una resolución judicial* (no importando al efecto si se trata de sentencia, auto interlocutorio, auto simple, providencia de trámite, etcétera) que el impugnante considera oscura[137],

[136] Insisto particularmente en ello: nunca es un *recurso* en los términos definidos en esta obra.

[137] Lo que es confuso, poco claro o difícil de comprender.

o continente de errores materiales[138] (no conceptuales)[139], o que no muestra todos los elementos que debe contener según la ley[140].

b) *Los supuestos consecuentes de la aclaratoria*

Como el tema anterior hacía al *porqué* de la impugnación, éste hace a su *para qué*. Por tanto, en caso de ser admitida, se entiende que el juez aclarará el o los conceptos oscuros contenidos en su resolución impugnada, o corregirá los errores materiales puntualizados por el impugnante o suplirá las omisiones en las cuales ha incurrido.

c) *Los requisitos generales de la aclaratoria*

Ya se sabe que los presupuestos *actuales* o *coincidentes* con el momento de *presentación* de toda impugnación, son los *requisitos* necesarios de cumplir por el impugnante para lograr la *iniciación* de su tratamiento procedimental y el oportuno otorgamiento o rechazo de la pretensión impugnativa.

En el caso en estudio, corresponde presentar a:

c.1) *Los requisitos extrínsecos de la aclaratoria*

Ya han sido explicados en el # 3.1.7.3. y a lo allí dicho me remito.

Sin perjuicio de ello, cabe decir que el plazo para su deducción es siempre harto breve[141], que puede ser presentada por escrito o en diligencia y que no requiere acompañamiento de copias pero si de firma de letrado.

[138] Equivocación o desacierto referido a los aspectos extrínsecos de la sentencia (decir 1 por 100, norte por sur, actor por demandado o viceversa, etcétera), por lo que no puede alcanzar a aspectos puramente ideales o de juicio.

[139] Todo lo que sea razonamiento erróneo debe ser criticado para ser solucionado mediante otros tipos impugnativos (por ejemplo, revocatoria y apelación).

[140] Identificación de las partes litigantes, descripción del litigio sostenido por ellas, etcétera.

[141] CPC de la Nación, *art. 166*: "Pronunciada la sentencia, concluirá la competencia del juez respecto del objeto del juicio y no podrá sustituirla o modificarla. Le corresponderá, sin embargo [...] 2) corregir, a pedido de parte, formulado dentro de los *tres días* de la notificación y sin sustanciación, cualquier error material, aclarar algún concepto oscuro sin alterar lo sustancial de la decisión y suplir cualquier omisión en que hubiese incurrido sobre algunas de las pretensiones deducidas y discutidas en el litigio..." CPC de Santa Fe, *art. 248*: "Pronunciada y notificada la sentencia, concluye la jurisdicción del juez respecto del pleito, con excepción de los incidentes seguidos en pieza separada. Pero podrá corregir cualquier error material, aclarar algún concepto oscuro o suplir cualquier omisión siempre que se solicite *dentro de los tres días* de la notificación respectiva".

c.2) *Los requisitos intrínsecos de la aclaratoria*

Ya han sido explicados en el # 3.1.7.3. y a lo allí dicho me remito.

Sin perjuicio de ello, cabe decir que debe ser siempre fundada en el acto mismo de su interposición, haciendo notar en qué consiste la concreta pretensión aclaratoria o ampliatoria y solicitando expresamente el tipo de aclaración o de ampliación que se impetra, en orden a sus posibles casos de procedencia.

3.2.1.3. El trámite de la aclaratoria

Su naturaleza unilateral –recuérdese que *siempre* es una instancia de reacertamiento– impide toda tramitación ulterior a su deducción. Por tanto, una vez presentada, ya corre para el juez el plazo para resolverla.

3.2.1.4. Las impugnaciones que caben contra la resolución que decide la aclaratoria

En razón de que la decisión que recae sobre la pretensión de aclaratoria integra esencialmente la resolución impugnada, no es apelable en sí misma sino que corre la suerte impugnatoria de aquélla.

Sin embargo, es posible que nada aclare la decisión en la que el juez dice aclarar (corrigiendo, supliendo, etcétera).

En tal caso, algunos códigos posibilitan nuevas aclaratorias sucesivas hasta tanto el impugnante se muestre conforme con el resultado pretendido[142]. Otros, en cambio, toleran la apelación sin la previa y basal posibilidad de que el juez aclare su propia decisión.

La solución correcta es la primera.

[142] Si la aclaratoria es un medio basal de impugnación, según ya se ha visto y, además, es de tránsito previo y necesario para la admisibilidad de la apelación, por ejemplo, ¿cómo expresar agravios contra lo que no se comprende o lo que no existe en el texto de la sentencia apelada? La respuesta a esta cuestión es obvia. Sin embargo, la picardía procesal ha logrado el efecto contrario. En lugar de castigar el sistema inquisitorial que nos rige a quienes dan indebidas alongaderas a los pleitos, se elimina la posibilidad de nueva aclaratoria. Con lo que el problema se resuelve sólo en apariencia y se violenta de alguna manera el derecho de defensa del apelante, quien se verá forzado a expresar agravios en sede superior para que éste resuelva el problema en definitiva. Pero, nótese bien: sobre tal decisión no habrá doble instancia...

3.2.2. La revocatoria

El recurso de revocatoria[143] es conocido también como de *reposición*[144] o *reforma*[145] o *reconsideración*[146] o *súplica*[147].

La denominación correcta no puede ser otra que la de *reconsideración* pues lo que el impugnante pretende es precisamente eso: que el juez reconsidere algo que ya ha decidido. Y reconsiderada que fuere la cuestión, *repondrá* o no, *revocará* o no, *reformará* o no.

3.2.2.1. La naturaleza de la revocatoria

La revocatoria es un medio de impugnación que opera a veces como reacertamiento y, a veces, como recurso; y de ello depende que deba o no tener sustanciación antes de ser resuelta.

Las diferencias entre ambas surgirán del tratamiento que haga luego respecto de sus presupuestos y trámite.

3.2.2.2. Los presupuestos de la revocatoria

Explicado ya el significado de este tema supra, en el # 3.1.7., toca ahora ver:

a) *El supuesto precedente de la revocatoria*

Dos referencias concretas cabe hacer en cuanto a este supuesto:

a.1) en primer lugar, siempre es *una resolución judicial* (no importando al efecto si se trata de auto, decreto o providencia de trámite, etcétera), *que ha sido dictada sin sustanciación previa*, es decir, sin haber oído el juez a las dos partes antes de emitir la respectiva resolución.

Para el desarrollo de este tema tomo como ejemplo el CPC de Santa Fe, cuyo artículo 344 dice: "El recurso de reposición tiene lugar solamente contra las providencias, decretos y autos dictados sin sustancia-

[143] De *revocar*: de dejar sin efecto una concesión, un mandato o una resolución.

[144] De *reponer*: volver a poner las cosas a su primer estado. Es la denominación más generalizada.

[145] De *reformar*: volver a formar, reparar, restablecer, corregir, poner en orden.

[146] De *reconsiderar*: volver a considerar, meditar, reflexionar una cosa con cuidado.

[147] Antigua denominación de este tipo de impugnación cuando de él conocía un tribunal colegiado o de segunda instancia. Ningún código argentino lo llama con este nombre.

ción, traigan o no gravamen irreparable, a fin de que el juez o tribunal que los dictó los revoque por contrario imperio"[148].

Este supuesto es de antiquísima data y desde siempre ha sido utilizado como medio impugnativo basal para evitar en lo posible la apertura de una Alzada, tal cual ya lo expliqué antes[149] y rige con las mismas referencias en un sinnúmero de leyes procedimentales.

El sintagma *sin previa sustanciación* no fue utilizado por el CPC de la Nación cuyos redactores, pretendiendo hacer docencia a partir de una seudooriginalidad, establecieron en su artículo 238: "El recurso de reposición procederá únicamente contra las providencias simples, causen o no gravamen irreparable, a fin de que el juez o tribunal que las haya dictado las revoque por contrario imperio"[150].

Para entender el exacto significado de la norma, habrá que elucidar ahora qué es una *providencia simple*, ya que es la que puede ser objeto de este recurso.

Y para ello hay que retroceder en el mismo CPC hasta el artículo 160, que enseña: "Las providencias simples sólo tienden, *sin sustanciación*, al desarrollo del proceso u ordenan actos de mera ejecución..."

Como se ve, exactamente lo mismo. Pero con gran complicación para entender el meollo de la procedencia recursiva.

Tanto es así que la jurisprudencia nacional de todo el país que labora a base de este código distingue entre *apelación directa* y *apelación en subsidio*, sin advertir el carácter basal de la revocatoria. Insistiré sobre el tema al explicar la apelación.

A raíz de ello, por ejemplo, no se ha advertido que la providencia que admite y ordena una medida cautelar no es de mero trámite. Por lo tanto, a tenor del texto de CPC de la Nación, no cabría revocatoria salvo que lo dijere expresamente la ley[151]. Pero sí apelación, pues así

[148] La frase *por contrario imperio* nada quiere decir y sólo es clara rémora del pasado para lograr la comprensión del tema.
[149] El tema acabará de comprenderse cuando explique la apelación en subsidio de la denegación de una revocatoria.
[150] Advierta el lector la exacta sinonimia de la norma con la de Santa Fe. Hasta en la absurda mención del *contrario imperio*.
[151] Cosa que hace en el art. 198. Ver su texto en la nota siguiente.

lo dispone otra norma: la contenida en el artículo 198[152], con la salvedad de que la autoriza su procedencia en forma autónoma respecto de la revocatoria.

En Santa Fe, en cambio, y con otra redacción, que en esencia dice casi lo mismo (pero no exactamente igual, lo que provoca claras diferencias sistémicas), la admisión de una cautelar se hace sin sustanciación previa[153] y, al igual que en CPC de la Nación, también es apelable. Pero como se dicta sin sustanciación anterior, es necesaria una apelación subsidiaria de una revocatoria previa de tránsito imprescindible.

a.2) En segundo lugar, y dado que he dicho antes que la impugnación por revocatoria opera tanto como reacertamiento cuanto como recurso, resta ahora establecer la procedencia de cada una de estas vías respecto de las *resoluciones dictadas sin sustanciación previa*:

a.2.1) *La revocatoria como reacertamiento*

El supuesto precedente alcanza a las *dictadas de oficio* o *a pedido de la misma parte que impugna.*

Ejemplo claro del primer tipo son todas las que imponen sanciones procesales sin mediar pedido de parte en tal sentido; las que deniegan el despacho de cautelas procesales y, con ello, no conforman al peticionante; las providencias de mero trámite que han sido mal ordenadas, de oficio o a pedido de parte (por ejemplo: el juez abre oficiosamente la causa a prueba y aún no se contestó la demanda; el actor pide que se ordene citar de remate al deudor en juicio ordinario y, luego, dándose cuenta de su error, solicita que se confiera traslado de la demanda, etcétera).

a.2.2) *La revocatoria como recurso*

El supuesto precedente alcanza ahora a las resoluciones dictadas *a pedido de la parte contraria de aquella que impugna.*

Ejemplo claro de ello es la revocatoria interpuesta por el embargado respecto de la orden de embargarlo dictada a pedido del embargante.

[152] Su texto dice: "...La providencia que admitiere o denegare una medida cautelar será recurrible por vía de reposición; también será admisible la apelación, subsidiaria o directa" (ver nota 170).
[153] CPC de la Nación, *art. 198*: "Las medidas precautorias se decretarán y cumplirán sin audiencia de la otra parte..."

lo dispone otra norma: la contenida en el artículo 198[152], con la salvedad de que la autoriza su procedencia en forma autónoma respecto de la revocatoria.

En Santa Fe, en cambio, y con otra redacción, que en esencia dice casi lo mismo (pero no exactamente igual, lo que provoca claras diferencias sistémicas), la admisión de una cautelar se hace sin sustanciación previa[153] y, al igual que en CPC de la Nación, también es apelable. Pero como se dicta sin sustanciación anterior, es necesaria una apelación subsidiaria de una revocatoria previa de tránsito imprescindible.

a.2) En segundo lugar, y dado que he dicho antes que la impugnación por revocatoria opera tanto como reacertamiento cuanto como recurso, resta ahora establecer la procedencia de cada una de estas vías respecto de las *resoluciones dictadas sin sustanciación previa*:

a.2.1) *La revocatoria como reacertamiento*

El supuesto precedente alcanza a las *dictadas de oficio* o *a pedido de la misma parte que impugna.*

Ejemplo claro del primer tipo son todas las que imponen sanciones procesales sin mediar pedido de parte en tal sentido; las que deniegan el despacho de cautelas procesales y, con ello, no conforman al peticionante; las providencias de mero trámite que han sido mal ordenadas, de oficio o a pedido de parte (por ejemplo: el juez abre oficiosamente la causa a prueba y aún no se contestó la demanda; el actor pide que se ordene citar de remate al deudor en juicio ordinario y, luego, dándose cuenta de su error, solicita que se confiera traslado de la demanda, etcétera).

a.2.2) *La revocatoria como recurso*

El supuesto precedente alcanza ahora a las resoluciones dictadas *a pedido de la parte contraria de aquella que impugna.*

Ejemplo claro de ello es la revocatoria interpuesta por el embargado respecto de la orden de embargarlo dictada a pedido del embargante.

[152] Su texto dice: "...La providencia que admitiere o denegare una medida cautelar será recurrible por vía de reposición; también será admisible la apelación, subsidiaria o directa" (ver nota 170).

[153] CPC de la Nación, *art. 198*: "Las medidas precautorias se decretarán y cumplirán sin audiencia de la otra parte..."

b) *Los supuestos consecuentes de la revocatoria*

Como el tema anterior hacía al *porqué* de la impugnación, éste hace a su *para qué*. Por tanto, en caso de ser admitida, se entiende que el juez, luego de reconsiderar la cuestión ya resuelta a raíz de la impugnación, revocará lo decidido y repondrá las cosas a su estado anterior.

c) *Los requisitos generales de la revocatoria*

Ya se sabe que los presupuestos *actuales* o *coincidentes* con el momento de *presentación* de toda impugnación, son los *requisitos* necesarios de cumplir por el impugnante para lograr la *iniciación* de su tratamiento procedimental y el oportuno otorgamiento o rechazo de la pretensión impugnativa.

En el caso en estudio, corresponde presentar a:

c.1) *Los requisitos extrínsecos de la revocatoria*

Ya han sido explicados en el # 3.1.7.3. y a lo allí dicho me remito.

Sin perjuicio de ello, cabe decir que el plazo para su deducción es siempre harto breve[154], que puede ser presentada por escrito o en diligencia y que, cuando opera como reacertamiento, no requiere acompañamiento de copias pero sí de firma de letrado. Por lo contrario, cuando funciona como recurso, es necesario el acompañamiento de copias para el respectivo traslado, ya que debe ser sustanciado.

c.2) *Los requisitos intrínsecos de la revocatoria*

Ya han sido explicados en el # 3.1.7.3. y a lo allí dicho me remito.

Sin perjuicio de ello, cabe decir que debe ser siempre fundada en el acto mismo de su interposición, no importando al efecto el que funcione como reacertamiento o como recurso. En todo caso, además, debe hacer notar en qué consiste la concreta pretensión revocatoria y solicitando expresamente el contenido de la resolución que se impetra.

3.2.2.3. Los juicios acerca de la revocatoria

El mismo juez que dictó la decisión impugnada es quien interviene

[154] CPC de la Nación, *art. 239*: "El recurso se interpondrá y fundará por escrito dentro de los tres días siguientes al de la notificación de la resolución; pero cuando ésta se dictare en una audiencia, deberá interponerse verbalmente en el mismo acto". Igual plazo acuerda al efecto el CPC de Santa Fe, art. 345.

para emitir, sin solución de continuidad, los juicios de *admisibilidad* y de *fundabilidad*.

3.2.2.4. Los efectos de la interposición de la revocatoria

La mera deducción de la impugnación tiene efecto *suspensivo* acerca del mandato contenido en la decisión impugnada. Sin embargo, no suspende plazo alguno para deducir el recurso de apelación[155].

3.2.2.5. El trámite de la revocatoria

Ya he dicho precedentemente que, cuando la revocatoria funciona como reacertamiento, no tiene trámite alguno. Por tanto, presentado que sea el recurso, el juez debe decidir de plano.

En cambio, cuando funciona como recurso, se impone la audiencia previa de la parte procesal que solicitó el dictado de la resolución que ahora se impugna. Por tanto, debe conferirse traslado a ella por un plazo igual al que se tuvo para deducir el recurso y, ahora, puede suceder que la decisión deba ser tomada a base de las propias constancias obrantes en el respectivo expediente (esto ocurre en la habitualidad de los casos): contestado el traslado o vencido el plazo para hacerlo, el juez debe resolver la cuestión sin más, ya que la orden de *traslado* lleva implícito el contenido de la providencia que llama *autos para sentencia*[156].

Pero cuando la solución de la revocatoria (tanto como reacertamiento cuanto como recurso) exige producir alguna prueba pues no alcanzan las constancias agregadas ya al expediente, algunos códigos prevén –y bien– un trámite específico[157].

[155] CPC de Santa Fe, *art. 347*: "Cuando el auto no hubiera sido sustanciado, sólo procederá el recurso de apelación si le precedió el de reposición, y la decisión de este último causará ejecutoria si no se interpuso en término y antes de resuelto aquél, el recurso de apelación".

[156] Por ejemplo, el CPC de Santa Fe, *art. 89*: "...Cuando no se trate de traslado o vista para contestar la demanda o reconvención, alegar sobre la prueba, aun en trámite incidental y expresar o contestar agravios, el decreto que los ordene llevará implícita la providencia de *autos para resolver*".

[157] Por ejemplo, el CPC de Santa Fe, *art. 345*: "...Si la resolución dependiere de hechos controvertidos que no consten en autos, el juez podrá dar a la revocatoria el trámite del juicio sumario".

La resolución que decide acerca de la revocatoria debe ser congruente y obviamente fundada[158].

3.2.2.6. Las impugnaciones que caben contra la resolución que decide la revocatoria

Contra la decisión que recae sobre la revocatoria (como reacertamiento o como recurso) sólo cabe aclaratoria. Sin embargo, contra la resolución que fue objeto de la revocatoria, caben también los recursos de apelación y nulidad deducidos en subsidio y *ad eventum* del resultado de la revocatoria.

Explicaré detenidamente el tema al tratar la apelación.

3.2.2.7. La denominada revocatoria *in extremis*

Hace relativamente muy poco tiempo que la doctrina inauguró esta suerte de recurso que ha tenido rápida difusión y aceptación jurisprudencial y que apunta a subsanar no sólo errores materiales (cual la aclaratoria) sino también, y excepcionalmente, a errores conceptuales de juzgamiento[159], cuando son esenciales, groseros y evidentes, y están contenidos en pronunciamiento de mérito que no admite recurso alguno[160] o que, de admitirlo, la vía apta es de muy difícil acceso o su procedencia realmente incierta.

En realidad, es un buen aporte al servicio de justicia, máxime en estos tiempos de notable inseguridad jurídica. Y, además, es de antiquísima prosapia legislativa ya que, en el fondo, no es otra cosa que el *recurso de injusticia notoria* creado en España por el Código de Comercio, artículo 1217[161]. De ahí que quepa sostener su vigencia y su

[158] En Santa Fe es exigencia de la Constitución provincial, según norma directamente operativa contenida en su art. 95. Solución similar da el CPC de la Nación en su *art. 34*: "Son deberes de los jueces: [...] 4) Fundar toda sentencia definitiva o interlocutoria, bajo pena de nulidad..."

[159] Por ejemplo, resolver el caso mediante la aplicación de ley no vigente o que no puede regirlo.

[160] Se entiende por *error esencial* a aquel que, sin ser un yerro material, es tan grosero y palmario que puede y debe asimilarse a este último.

[161] Su texto decía: "De la sentencia en grado de apelación confirmatoria de la de primera instancia, ni de la de revista en los casos en que ésta procede, no se da otro recurso en las causas de comercio que el de injusticia notoria: este recurso tendrá

oportuna incorporación a la ley procesal con la denominación con la cual se lo conoce desde hace siglos.

3.2.3. La apelación

La apelación es el recurso por excelencia y el más antiguo que se conoce legislativamente.

Siempre se vincula con aspectos puramente *subjetivos* y es el que utiliza quien ha perdido total o parcialmente una pretensión litigiosa para sostener la injusticia de la decisión judicial que no le otorgó la razón[162].

3.2.3.1. La naturaleza de la apelación

Ya se ha visto precedentemente que –al igual que la revocatoria– este tipo de impugnación procede a veces como *recurso* (cuando su naturaleza exige sustanciación, por ejemplo la que se deduce contra la sentencia que pone fin al litigio) y otras como *reacertamiento* (cuando no admite sustanciación alguna, por no haber parte contraria o ser ella ajena por ahora a la impugnación).

Ejemplos del último caso se ven en la apelación contra una medida disciplinaria que afecta sólo al interesado y en la apelación contra la denegación de una medida cautelar que podrá llegar a afectar al eventual cautelado, pero que aún no lo hace.

Por tal razón, se hará luego la adecuada diferenciación en el texto respectivo cuando ella tenga lugar.

3.2.3.2. Los presupuestos de la apelación

Explicada ya la significación de este tema supra, en el # 3.1.7., toca ahora ver:

a) *Los supuestos precedentes de la apelación*

Dos sistemas rigen en el continente y aparecen en los diversos códigos

solamente lugar cuando se interponga de sentencia definitiva y el interés de la causa exceda de cincuenta mil reales vellón". También con los *recursos de injusticia notoria y segunda suplicación* referidos en el Reglamento del 26 de septiembre de 1835 que tenían lugar contra las sentencias de revista en lo que no fueran conformes con la sentencia de vista, si fueren contrarias a la ley clara y terminante.

[162] El apelante siempre dirá que le quitó la razón, no que no se la dio.

vigentes: uno, que establece supuestos concretos y específicos para acordar cualquiera posibilidad apelatoria[163]. Fuera de ellos, la apelación resulta definitivamente improcedente.

Otro, cual ocurre en todos los códigos argentinos, que establecen pautas generales en las cuales debe encuadrar cada caso el juez de la admisibilidad de la apelación, a fin de conceder o denegar el recurso interpuesto.

Dentro de este sistema cabe distinguir entre diferentes casos a partir de la idea primaria de que la apelación, en cuanto recurso, cabe sólo contra resoluciones judiciales.

Puede ser ahora que tal apelación funcione con:

a.1) naturaleza de *recurso*. En tal caso, como regla general y tomando otra vez como guía el CPC Santa Fe[164] en su artículo 346[165], los posibles supuestos precedentes radican en la existencia de:

a.1.1) una *sentencia definitiva* dictada en lo principal (la que efectivamente resuelve el litigio y constituye el objeto del proceso que la precedió) en toda clase de juicios;

a.1.2) un *auto interlocutorio* (sustanciado previamente) en tanto cause un perjuicio tal que no pueda ser reparado luego por el contenido de la sentencia definitiva que ponga efectivo fin al litigio y en tanto la ley permita su impugnación. En esta categoría se encuentra toda resolución que pone fin al proceso sin haber resuelto el litigio, que es posible volver a empezar[166];

[163] Por ejemplo, el CPC de Colombia, ver nota 48.

[164] Me parece que se presenta mejor a los efectos sistémicos que pretendo lograr en esta obra, pues escapa a las definiciones tipo docente que ya he criticado antes de ahora respecto de los tipos de resoluciones judiciales y que han causado perplejidad a los jueces de todo el país, según se ve en el caos jurisprudencial reinante.

[165] CPC de Santa Fe, *art. 346*, dice: "El recurso de apelación, salvo lo dispuesto en casos especiales, procederá solamente: 1) de las sentencias definitivas sobre lo principal en toda clase de juicios y actos de jurisdicción voluntaria; 2) de los autos que resuelvan incidentes siempre que causen un gravamen que no pueda ser reparado por la sentencia definitiva; 3) de los autos y providencias que importen la paralización del juicio o incidente".

[166] Por ejemplo, la resolución que declara la incompetencia judicial, la que declara la caducidad de la instancia, etcétera.

a.1.3) una resolución que ordene la paralización del proceso o de un incidente cualquiera (a pedido de una de las partes y en perjuicio de la otra)[167].

Sin perjuicio de lo precedentemente expuesto, y como casos especiales de procedencia de la apelación como recurso o porque la ley es innecesariamente reiterativa, también se presentan como supuestos precedentes algunos otros que, sin esta salvedad, no podrían ingresar en alguna de las categorías ya descritas[168];

a.2) naturaleza de *reacertamiento*. En tal caso, como regla general y

[167] Por ejemplo, el CPC de Santa Fe, *art. 328*: "El condenado en las costas de 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".

[168] Como ejemplo de ello menciono casos legislados en el CPC de Santa Fe, respecto de los autos o sentencias que: 1) recaen sobre declinatoria e inhibitoria (art. 7); 2) impone corrección disciplinaria (art. 22); 3) deniega habilitación de día y hora (art. 55); 4) decide oposición a tramitación de exhorto proveniente de fuera de la provincia (art. 101); 5) declara oficiosamente en primera instancia la existencia de cosa juzgada o litispendencia (art. 141); 6) deniega la apertura a prueba de la causa (art. 145); 7) afecta a un tercero, obligándolo a exhibir compulsivamente un documento (art. 175); 8) sanciona a perito por no aceptar cargo (art. 180) y por no presentar dictamen (art. 194); 9) ordena un peritaje compulsivo en asunto que afecta al orden público (art. 196); 10) declara caduco un proceso (art. 233); 11) regula honorarios (art. 255); 12) ordena ejecución de sentencia otorgando la facultad de procurar el objeto de la obligación por un tercero (art. 264); 13) versa sobre apelación de cuentas observadas en caso de liquidación de astreintes (art. 267); 14) ordena medida precautoria (art. 284); 15) acuerda depósito de persona (art. 296); 16) resuelve arraigo (art. 331) y pobreza (art. 333); 17) deniega medida preparatoria de juicio declarativo (art. 394) y el que la despacha contra un tercero que no ha de ser parte en el litigio (art. 394); 18) ordena el sometimiento a arbitraje (art. 417); 19) declara la validez del embargo en la obligación de dar cosas (art. 456); 20) recae en juicio de desalojo (art. 523); 21) decide fijar monto provisorio de alimentos y expensas (art. 351) cuando el respectivo litigio no tramita ante tribunal colegiado de juicio oral (arts. 541 y 696); 22) decide acerca de acciones posesorias y de despojo (art. 536); 23) decide acerca de nombramiento de administrador de la herencia durante el trámite de la declaratoria de herederos (art. 594); 24) desestima la cuenta particionaria en juicio sucesorio (art. 611); 25) nombra administrador de la herencia en juicio sucesorio (art. 618); 26) recae sobre solicitud de venta de muebles de la herencia en juicio sucesorio (art. 622); 27) autoriza la venta privada de bienes de la herencia, en juicio sucesorio (art. 623); 28) declara cesante al administrador de la herencia, en juicio sucesorio (art. 625); 29) recae sobre acto de jurisdicción voluntaria (art. 668); 30) decide sobre incapacidad o cesación (art. 686); 31) decide nombramiento de tutor o curador (art. 687); 32) recae sobre autorización para contraer matrimonio (art. 691), etcétera.

tomando otra vez como guía el CPC de Santa Fe, en su artículo 346, los posibles supuestos precedentes radican en la existencia de:

a.2.1) una resolución dictada respecto de todo acto de jurisdicción voluntaria, pues el instar que llega a ese estadio es siempre de carácter unilateral;

a.2.2) un auto interlocutorio dictado *sin previa sustanciación* (siempre que cause un perjuicio tal que no pueda ser reparado luego mediante el contenido de la sentencia final que recaiga en cuanto a la pretensión deducida);

a.2.3) una resolución dictada oficiosamente o a pedido de la propia parte que impugna, que cause un gravamen que no pueda ser reparado por la decisión definitiva;

a.2.4) una resolución que ordene oficiosamente la paralización del proceso o de un incidente cualquiera.

En los últimos tres casos, los códigos que norman sistémicamente respecto del tema establecen que cabe siempre respecto de ellos la interposición de una *revocatoria previa* acompañada de una conjunta apelación en subsidio de su resolución negativa[169].

Y ya he sostenido *supra*, al explicar cuáles son los *recursos basales*, que esta exigencia es sistémicamente buena porque no sobrecarga inútilmente a los tribunales de alzada y, además, porque permite que ellos ejerzan correctamente su competencia funcional (que siempre se ejerce a base de los agravios que se exponen ante ella) y no cual ocurre en la añosa interpretación jurisprudencial del tema en el CPC de la Nación, cuyo artículo 198 tolera la interposición de una *apelación directa* sin el paso previo por el recurso de revocatoria[170].

[169] Así lo expresa el CPC de Santa Fe, *art. 347*: "Cuando el auto no hubiera sido sustanciado, sólo procederá el recurso de apelación si le precedió el de reposición y la decisión de este último causará ejecutoria si no se interpuso en término y antes de resuelto aquél, el recurso de apelación. El juez tramitará la reposición y, de admitir la revocatoria, proveerá lo que corresponda sobre el recurso de apelación".

[170] Respecto de las medidas cautelares, eso es lo que se desprende del texto del *art. 198*: "...La providencia que admitiere o denegare una medida cautelar será recurrible por vía de reposición; también será admisible la apelación, *subsidiaria o directa*". De más está decir que, sistémicamente esto es incorrecto pues si el juez inferior rechaza una cautela con el simple expediente de decir *no ha lugar* (cual ocurre por cientos de veces en la vida tribunalicia), no hay expresión de agravios que valga para fijar ade-

b) *Los supuestos consecuentes de la apelación*

Como el tema anterior hacía al *porqué* de la impugnación, éste hace a su *para qué*. Por tanto, en caso de ser admitida, se entiende que el superior del juez que dictó la sentencia apelada la revocará, convirtiendo así en ganador al apelante hasta ahora perdedor.

c) *Los requisitos generales de la apelación*

Ya se sabe que los presupuestos *actuales* o *coincidentes* con el momento de la *presentación* de toda impugnación, son los *requisitos* necesarios de cumplir por el impugnante para lograr la *iniciación* de su tratamiento procedimental y el oportuno otorgamiento o rechazo de la pretensión impugnativa.

En el caso en estudio, corresponde referir a:

c.1) *Los requisitos extrínsecos de la apelación*

Ya han sido explicados en el # 3.1.7.3. y a lo allí dicho me remito.

Sin perjuicio de ello, cabe decir que el plazo para su deducción es siempre harto breve[171] y que puede ser presentada por escrito o en diligencia[172].

Como en todos los casos, el apelante debe limitarse a la mera interposición del recurso, sin fundamento alguno y no requiere acompañamiento de copias pero sí de firma de letrado.

c.2) *Los requisitos intrínsecos de la apelación*

Ya han sido explicados en el # 3.1.7.3. y a lo allí dicho me remito.

Sin perjuicio de ello, cabe decir que, ya que no admite fundamento alguno en el acto mismo de su interposición, ello debe hacerse en

cuadamente la competencia funcional de la Alzada que, en el caso, no tendrá más remedio que estudiar el problema cual si fuere juez de primera instancia.

[171] CPC de Santa Fe, *art. 352*: "La apelación será interpuesta dentro de los *cinco días* de la notificación". Similarmente, CPC de la Nación, *art. 244*: "No habiendo disposiciones en contrario, el plazo para apelar es de *cinco días*".

[172] En Santa Fe, *art. 32*: "Toda gestión ante los jueces debe hacerse por escrito excepto [...] la interposición de recursos [...] que podrán hacerse verbalmente con nota en los autos bajo la firma del actuario y del solicitante". Similarmente, CPC de la Nación, *art. 245*: "El recurso de apelación se interpondrá por escrito o verbalmente. En este último caso se hará constar por diligencia que el secretario o el oficial primero asentará en el expediente".

momento posterior, el cual ocurre cuando ya ha sido admitida la impugnación, operando tanto como reacertamiento cuanto como recurso. Ya se verá cuál es ese momento al describir el trámite.

3.2.3.3. Los juicios acerca de la apelación

Éste es un típico recurso de doble grado de conocimiento: de ahí que:

a) el juicio de admisibilidad lo realiza el propio juez que dictó la sentencia y ante quien se la impugna, y

b) el juicio de fundabilidad lo efectúa su superior jerárquico después de tramitar la impugnación.

3.2.3.4. La admisión de la apelación

Ya se ha visto en el # 3.1.1.2. cuáles son los temas que debe meritar el juez inferior (*a quo*)[173] para admitir o conceder el recurso ante su superior (*ad quem*)[174].

También se ha dicho que debe otorgarle un efecto. A todo ello me remito.

3.2.3.5. El procedimiento de la apelación

3.2.3.5.1. Los modos de tramitar un recurso

Aunque la mayoría de los recursos previstos en las leyes locales tienen un trámite único, es común ver en los códigos procesales que la apelación, por ejemplo, puede ser objeto de trámites diferentes.

Esta distinción origina los *modos* de tramitación, conocidos desde siempre como *modo libre* y *modo en relación*.

La significación de ambos términos es simplemente histórica y no puede ser comprendida fuera del contexto legal de la época. El generalizado desconocimiento del tema en cuestión ha originado un cúmulo de pronunciamientos exóticos que pontifican sobre consecuencias procesales que nada tienen que ver con las legislaciones concretas que se ocupan del asunto.

[173] Expresión latina que significa *desde el cual*.

[174] Expresión latina que significa *hacia el cual*.

Veamos: parece claro que en una monarquía absolutista[175] cual la española, el soberano era el rey, cuyo origen divino lo convertía en la fuente y la personificación de todo el poder (lo mismo ocurría en la Roma imperial, donde los autores ven el más remoto antecedente del caso). De ahí que no sólo le correspondía dictar la ley y hacerla cumplir, sino también impartir[176] justicia (sancionar el incumplimiento de la ley) en cada caso particular.

Como el rey no podía ocuparse materialmente de conocer en persona todos los casos justiciables, debió delegar tal actividad en funcionarios inferiores –jueces– que administraban[177] justicia en su real nombre. Pero, como es obvio, reservaba para sí la última palabra y, por ende, la sentencia final que resolvería el litigio.

Situemos ahora el ejemplo en la época colonial: las demandas en primer grado de conocimiento (primera instancia) eran presentadas ante el juez que allí actuaba. Las apelaciones contra sus sentencias tramitaban (en segunda instancia) ante las Audiencias (literalmente, *lugar donde se escucha*) integradas por jueces conocidos con la denominación de *oidores* (literalmente, *los que oyen*).

Ante ellos actuaba un funcionario identificado como *relator* que se concretaba a relatar (de ahí su designación) verbalmente a los oidores lo ocurrido en cada asunto llegado a su conocimiento (para lo cual había leído y estudiado todas las actuaciones llegadas a él)[178].

[175] Es aquella que reúne en una sola persona todos los poderes y facultades de gobierno.
[176] Impartir significa *repartir una persona a otras algo que se puede dar*. En el caso, justicia.
[177] Hasta hoy se habla siempre de *administración* y no de *impartición de justicia*.
[178] La voz *relator* se emplea hasta el día de hoy, sólo que con diferente significado en el funcionamiento tribunalicio. Si bien en un principio algunos tribunales superiores aceptaron su instalación en la calidad de *auxiliares del órgano*, para que sus miembros obviaran el estudio personal mediante la propia lectura de los hechos controvertidos en una causa judicial y, en su lugar, se nutrieran del conocimiento de tales hechos a través del relato que sus auxiliares les hacían (cual ocurre hasta hoy en algunos países de América), pronto se convirtieron en muchos casos en los verdaderos y auténticos hacedores de las sentencias emitidas por el órgano. Por cierto, esto no ocurrió generalizadamente: conozco infinidad de buenos jueces que no toleran ni tolerarían que alguien redactara una sentencia por ellos (cosa que, obviamente, muchos abogados descubren de inmediato, conociendo el personal estilo de redacción de cada uno). Esto que aquí digo lo sabe todo el mundo y el foro abogadil lo acepta

Imaginemos ahora un acto celebrado en tales condiciones: tres oidores escuchan el relato de un relator mediante el cual toman conocimiento del litigio presentado para ser decidido por ellos y fallan de inmediato. A tan sencillo procedimiento se le dio el nombre de *trámite en relación*.

Ya se han visto en los Capítulos 9 y 28 las diferencias esenciales existentes entre las diversas sentencias susceptibles de ser dictadas escalonadamente en un mismo asunto judicial.

Recuerdo ahora que la materia sobre la cual versa el pronunciamiento del primer grado de conocimiento *es todo el litigio*, tanto en sus aspectos fácticos como jurídicos. La del segundo grado, en cambio, versa exclusivamente acerca de *los agravios* que el primer pronunciamiento ha producido al apelante (insisto: en el segundo grado no se juzga acerca del litigio sino acerca de cómo falló ese litigio el juez inferior y sólo en función de lo que al respecto ha dicho el agraviado).

Pues bien: si por cualquiera razón procedía una nueva apelación, ahora ante el propio rey –paradójicamente no sujeto, como soberano, a leyes procedimentales dictadas por él mismo– no había relatores que relataran agravios que él escuchase. Antes bien, *el juicio tramitaba de nuevo*. A este procedimiento se le dio la denominación de *modo libre*.

Cuando las leyes poshispánicas mantuvieron –inexplicable e inútilmente– la distinción entre modo libre y modo en relación, la doctrina insistió hasta el hartazgo en que la apelación tramitada en el modo libre no importaba un juicio *ex novo*[179], lo cual fue aceptado por la jurisprudencia mayoritaria.

Hoy ya no cabe mantener esa diferencia de trámite, máxime cuando las leyes que se ocupan del tema regulan en forma similar ambos modos: a los dos ya mencionados le asignan la misma secuencia procedimental, sólo que con plazos más reducidos en el modo en relación que en el modo libre.

con enorme azoramiento pero callada resignación, pues nada puede hacer para que sentencien personalmente quienes tienen el indelegable deber de hacerlo. De ahí que la idea cunda cada día más, con obvio detrimento del servicio y mayor desprestigio del Poder Judicial.
[179] En eso insistió particularmente Hugo Alsina.

3.2.3.5.2. Los trámites de la apelación

Hechas estas aclaraciones previas, veamos ahora cómo se tramita este recurso de doble grado de conocimiento, en tanto se interpone ante un juez (que es quien lo admite) y se resuelve por otro, de clara naturaleza de control.

1) *Trámite ante el juez cuya sentencia se apela*

Ante él se interpone y a él cabe expedirse acerca de la admisibilidad del recurso.

Si lo declara admisible (lo *concede ante el superior)* ordena y materializa la elevación del respectivo expediente.

En cambio, si lo deniega, el trámite se termina y nace para el apelante frustrado la posibilidad de deducir una *queja por apelación denegada*, que se verá *infra*.

Ya se sabe que, al concederlo, debe establecer el *modo* que se utilizará para el trámite (en aquellos códigos que admiten más de uno) y el *efecto* (suspensivo o no suspensivo) que tendrá la admisión en tanto dure la respectiva tramitación.

En ambos casos concluye definitivamente[180] la competencia funcional del juez inferior y no debe continuar interviniendo acerca el tema litigioso ya fallado. En cambio, puede continuar haciéndolo en cuanto a lo que se relacione con cautelas procesales, regulaciones de honorarios, incidentes pendientes que tramitan por separado, etcétera.

2) *Trámite ante el superior del juez cuya sentencia se apela*

Llegado el expediente a la Alzada y luego de ser notificada y consentida la integración del tribunal[181], se ordena conferir traslado al apelante para que exprese agravios[182] en el plazo que la ley fije al efec-

[180] Ya se vio oportunamente que el CPC de Santa Fe, *art. 248*, establece: "Pronunciada y notificada la sentencia, concluye la jurisdicción del juez respecto del pleito..."

[181] Recuérdese que los jueces de Alzada son recusables con y sin causa.

[182] Esto no ocurre en el CPC de la Nación respecto de los recursos concedidos sin efecto diferido, en razón de que el art. 246 ordena que "Cuando procediere la apelación en relación sin efecto diferido, el apelante deberá fundar el recurso dentro de los cinco días de notificada [automáticamente] la providencia que lo acuerde. Del escrito que presente se dará traslado a la otra parte por el mismo plazo. Si el apelante no presentare el memorial, el juez de primera instancia declarará desierto el recurso..." La norma

to[183] y con el apercibimiento de declarar desierto el recurso[184] en caso de no hacerlo tempestivamente.

Si el recurso no se fundamenta con la presentación de los agravios, el tribunal ha de aplicar el apercibimiento señalado y, en consecuencia, declarará desierto el recurso, con lo que la instancia termina, quedando automáticamente firme y ejecutoriada la sentencia apelada[185].

Por lo contrario, si se fundamenta adecuadamente mediante la tempestiva presentación de la correspondiente expresión de agravios, cabe

transcrita es jurídicamente inexplicable, máxime cuando el art. 245, inmediatamente antes de la norma recién citada, indica que "El recurso de apelación se interpondrá por escrito o verbalmente [...] *El apelante deberá limitarse a la mera interposición del recurso y si esta regla fuere infringida se mandará a devolver el escrito*, previa anotación que el secretario o el oficial primero pondrá en el expediente..." Esta norma es de antigua raigambre jurídica, cual lo he explicado antes, y trata de evitar que el juez apelado se entere ya mismo del contenido de los agravios que su sentencia ocasiona al perdedor. De ahí la notable incoherencia que existe entre el amenazar con la devolución del escrito si se funda en el acto mismo de interponerse y la exigencia de hacerlo cinco días después ante el mismo juez. ¿Se habrá legislado así, a contrapelo de la historia, para posibilitar una mayor comodidad de quienes llevan el trámite en la Alzada, aun a riesgo de sobrecargar con mayores labores al inferior ya atosigado con tanta cosa que debe hacer?

[183] El CPC de Santa Fe, que adopta este tipo de procedimiento, establece en su *art. 364* que "El superior ordenará que se corra traslado al apelante para expresar agravios dentro del término de diez días [...] con apercibimiento de tenerse por operada la deserción del recurso" (esto opera sí en el *modo libre*). Cuando se trata de apelación sujeta al *modo en relación*, el plazo es de cinco días (art. 378).

[184] Ver el Capítulo 25.

[185] En algunos códigos, la misma solución se da al supuesto de expresar agravios, pero deficientemente (CPC de la Nación, *art. 265*: "El escrito de expresión de agravios deberá contener la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas. No bastará remitirse a presentaciones anteriores..." A su turno, el *art. 266* dice: "Si el apelante no expresare agravios dentro del plazo o no lo hiciere en la forma prescrita en el artículo anterior, el tribunal declarará desierto el recurso, señalando, en su caso, cuáles son las motivaciones esenciales del pronunciamiento recurrido que no han sido eficazmente rebatidas". En el mismo supuesto, otras leyes autorizan al juez superior para que, al sentenciar, tenga al apelante por conforme con las cuestiones de hecho contenidas en la sentencia apelada. Con lo cual queda incólume el control acerca del derecho aplicado a tales hechos (CPC de Santa Fe, *art. 365*: "La expresión de agravios debe indicar concretamente los puntos de la sentencia con los que el recurrente está disconforme, so pena que la omisión de este requisito pueda ser tomada por el tribunal, al decidir la causa, *como conformidad con las afirmaciones de hecho contenidas en aquélla*").

ahora conferir traslado de ella al apelado por un plazo similar y con el simple apercibimiento de perder la chance de ser oído al respecto[186].

Sin perjuicio de ello, y en los códigos que autorizan la apelación por adhesión, el apelado puede convertirse en *apelante adhesivo* al tiempo de responder los agravios, en cuyo caso ha de expresar los propios, de los que debe correrse traslado a la contraria[187].

En muchos códigos se permite una excepcional apertura de período confirmatorio en la Alzada[188] y, de ocurrir ello y luego de producir los medios del caso, se abre una nueva etapa para alegar sobre su mérito.

Como se ve, todo el trámite de segundo grado de conocimiento importa un nuevo proceso igual en sus pasos al anterior: hay una etapa de afirmación (la expresión de agravios), una de negación (la de respuesta a los agravios), una de confirmación y una de evaluación sobre el mérito confirmatorio de los medios aportados.

Cosa igual ocurrirá, en un tercer grado de conocimiento que, si es de carácter extraordinario, ya no admitirá las etapas confirmatoria y alegatoria. Pero sí las otras dos.

La instancia termina, como siempre, con el llamamiento de autos[189].

[186] CPC de Santa Fe, *art. 366*: "De la expresión de agravios de correrá traslado al apelado por iguales términos a los establecidos en el art. 364". CPC de la Nación, *art. 267*: "Si el apelado no contestase el escrito de expresión de agravios dentro del plazo fijado en el art. 265, no podrá hacerlo en adelante y la instancia seguirá su curso".

[187] CPC de Santa Fe, *art. 367*: "El apelado podrá adherir al recurso al contestar la expresión de agravios, en cuyo caso manifestará los propios en el mismo acto; de los que se correrá traslado a la contraria. De igual modo se procederá si hubiere más de un apelante".

[188] CPC de Santa Fe, *art. 369*: "En los mismos escritos [agravios y contestación] podrán las partes pedir que se reciba la causa a prueba si se dieren los casos siguientes: 1) que se alegue algún hecho nuevo conducente al pleito, ignorado antes o posterior al término de prueba de primera instancia; 2) que alguna prueba ofrecida en primera instancia, con arreglo a derecho, no haya sido admitida o, por motivos no imputables al solicitante, no se hubiera practicado; 3) que se hubiesen invocado hechos de difícil justificación, aunque no concurran las circunstancias anteriores. En este caso, el tribunal decidirá discrecionalmente sobre la necesidad de la apertura a prueba. El término ordinario será la mitad del de primera instancia. El extraordinario no podrá exceder de cuarenta días. En ambos, la prueba deberá ofrecerse dentro de los cinco primeros".

[189] CPC de Santa Fe, *art. 372*: "Agregadas las pruebas, se mandará pasar el expediente a cada una de las partes por el término de seis días para que informen sobre su mérito. Producidos los informes, se llamarán autos para sentencia. Dentro de tres días de

Finalmente, todo este trámite, que es común en casi todos los códigos actuales que siguen el modelo español, no se presenta en el CPC de la Nación y los que lo han adoptado, en el caso de que la apelación se haya presentado en subsidio de una revocatoria. Y hago esta mención porque la solución legal que se halla contenida en su artículo 248 no sólo es asistémica sino que violenta y severamente el derecho de defensa en juicio y entorpece el normal funcionamiento de la competencia funcional de cualquier Alzada.

Veamos: la norma mencionada dice que "cuando el recurso de apelación se hubiese interpuesto subsidiariamente con el de reposición, *no se admitirá escrito alguno para fundar la apelación*". Esto es incomprensible y representa el triunfo de quienes privilegian el valor *celeridad* respecto del valor *seguridad jurídica*. Innecesariamente, ya que la lesión al derecho de defensa es mucho más importante que el ahorro del mínimo tiempo que puede durar una tramitación en la Alzada con traslados de días.

Adviértase que una revocatoria se motiva para lograr su acogimiento por el juez mediante la crítica[190] de su pensamiento fundante de la resolución impugnada.

Adviértase también que las motivaciones del recurso deben ser contestadas con argumentos razonados del juez que, en esta ocasión, puede introducir cualquiera cuestión no tenida en cuenta al momento de emitir la decisión original sujeta a la revocatoria.

De donde resulta que si la apelación subsidiaria deducida conjuntamente con la reposición es fundada en la Alzada, es asaz claro que la crítica contenida en la respectiva expresión de agravios deberá versar sobre las motivaciones del juez para rechazar la revocatoria, pretendiéndose así la reforma del decreto original.

notificado este decreto, podrán las partes, a su solicitud, informar *in voce*, en cuyo caso se señalará audiencia para que lo lleven a cabo cinco días después de terminado el estudio por los vocales. Si no se usare este derecho, vencido aquel plazo, el secretario pasará los autos a estudio de cada vocal, entregándoles sucesivamente por un término que no exceda de diez días. En casos urgentes o siempre que la cuestión sea de fácil solución, podrá ordenarse que el estudio se haga simultáneamente; pero si alguno de los vocales se opusiere, se procederá en la forma antes indicada".

[190] No otra cosa es una expresión de agravios.

Empero, si de acuerdo con el CPC de la Nación, este escrito no es admisible pues se tiene por suficiente fundamento de la apelación el presentado para sostener la revocatoria, se ve que se lesiona el derecho de defensa del impugnante pues carece de ocasión de criticar lo que debe ser el inequívoco blanco de sus argumentos.

Es éste otro pírrico triunfo del decisionismo judicial.

3.2.3.5.3. La resolución que decide la apelación y las impugnaciones que proceden contra ella

El juicio de fundabilidad dictado en segundo grado ordinario pone fin definitivo al pleito y, salvo supuesto de impugnación admisible (siempre la aclaratoria y, en ciertos casos, impugnaciones de carácter extraordinario que se verán luego) produce, a partir del vencimiento de los plazos respectivos, los efectos de *ejecutoria* (el mandato judicial puede ser ya ejecutado sin más) y de *caso juzgado* (el mandato judicial no puede ser impugnado salvo caso excepcional y por la vía de demanda judicial y no puede ser ignorado, desconocido o contrariado por juez alguno).

Ese juicio de fundabilidad se emite en una sentencia (dictada por el tribunal de control o de segundo grado) que debe tener requisitos particulares; además de ser fundada y congruente (ver el Capítulo 28) debe versar exclusivamente acerca de lo que constituye el litigio en segunda instancia, y que no es otra cosa que los agravios vertidos por el apelante en el escrito respectivo[191].

Además, y en homenaje a la celeridad, hay códigos que prevén contenidos adicionales de la sentencia, cual lo hace el de Santa Fe, artículo 246[192].

[191] Recuérdese que ésa es la etapa de afirmación y que ella no es otra cosa que la crítica de la sentencia inferior, sosteniendo su ilegitimidad o injusticia en la valoración de los hechos, de los medios de confirmación de ellos o del derecho que se les ha aplicado para resolver el caso.

[192] La norma es buena y su texto es el siguiente: "La sentencia dictada en segunda instancia no podrá recaer sobre puntos que no hubiesen sido sometidos a juicio en primera, a no ser: 1) sobre excepciones nacidas después de la sentencia; 2) sobre daños, perjuicios, intereses u otras prestaciones accesorias debidas con posterioridad a la sentencia de primera instancia; 3) sobre prescripción, de acuerdo con lo dispuesto por el Código Civil. En todos los casos, podrá decidir sobre puntos omitidos en primera

Esta sentencia definitiva en instancia ordinaria sólo puede ser impugnada por vía de aclaratoria y por el o los recursos extraordinarios que admita una normativa dada.

3.2.4. La nulidad

La impugnación por nulidad es tan antigua como la de la apelación y, a diferencia de ella, siempre se vincula con aspectos puramente *objetivos*. Además, es la que utiliza quien ha perdido total o parcialmente una pretensión litigiosa para sostener la *ilegitimidad* de la decisión judicial que no le otorgó la razón o la del procedimiento previo a su emisión.

3.2.4.1. La naturaleza de la nulidad

Ya se ha visto precedentemente que –al igual que la revocatoria y la apelación– este tipo de impugnación procede a veces como *recurso* (o sea, *acción procesal*, cuando su naturaleza exige sustanciación, por ejemplo la que se deduce contra la sentencia que pone fin al litigio) y otras como instancia de *reacertamiento* (cuando no admite sustanciación alguna, por no haber parte contraria o ser ella ajena por ahora a la impugnación; ejemplos de ambos casos se ven en la nulidad entablada contra medida disciplinaria que afecta sólo al interesado y en la deducida contra la denegación de una medida cautelar que podrá llegar a afectar al eventual cautelado, pero que aún no lo hace).

Por tal razón, se hará luego la adecuada diferenciación cuando ella tenga lugar en el texto respectivo.

3.2.4.2. Los presupuestos de la nulidad

Explicada ya la significación de este tema *supra*, en el # 3.1.7., toca ahora ver:

a) *Los supuestos precedentes de la nulidad*

En principio, casi todas las leyes procedimentales establecen que la

instancia, háyase o no pedido aclaratoria, siempre que no se trate de cuestiones a las que el *a quo* no pudo entrar a causa de la decisión dada a un artículo previo o que se trate de una sustanciada y omitida en la sentencia sin fundamento aparente, y que se pida el pronunciamiento al expresarse o contestarse los agravios. En este último caso, se dará traslado por tres días a la otra parte".

nulidad (no importa por ahora si como recurso o como reacertamiento) procede en los mismos exactos casos que la apelación; por tanto, aparentemente los supuestos precedentes son los mismos.

Así lo hace en forma expresa, por ejemplo, el CPC de Santa Fe en su artículo 361[193], al que tomo como modelo expositivo en este tramo de la explicación.

Por ello, tal remisión expresa conduce a que deba estudiarse cuál es el sistema imperante en un lugar dado para la admisión de la apelación a fin de aplicarlo sin más a este medio de impugnación.

Y ya expliqué *supra* en el # 3.2.3.2.a) que, a tales efectos, existen dos sistemas que aparecen en los diversos códigos vigentes:

1) uno, que establece supuestos concretos y específicos para acordar cualquiera posibilidad apelatoria: fuera de ellas, ambas impugnaciones (apelación y nulidad) resultan definitivamente improcedentes, y

2) otro, cual ocurre en muchos códigos argentinos, que establecen pautas generales en las cuales debe encuadrar cada impugnación el juez de su admisibilidad a fin de conceder o denegar la interpuesta.

Dentro de este sistema, y respecto de este tipo concreto de impugnación, también se debe partir de la idea primaria de que, al igual que la apelación, el recurso de la nulidad sólo cabe contra resoluciones judiciales[194].

Pero para la específica impugnación de nulidad, la idea se amplía: en tanto la apelación se vincula con afirmado vicio de *injusticia* y, por

[193] Su texto dice: "Sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 124 y siguientes, sólo son susceptibles del recurso de nulidad las resoluciones de que pueda interponerse el de apelación. Ambos se deducirán en el mismo término y se sustanciarán por los mismos trámites, Cada uno lleva implícito el otro, pero el superior no se pronunciará sobre el no deducido, a no ser que el recurrente lo solicite en el curso de la instancia". A su turno, el *art. 124* dice: "Ninguna actuación ni otro acto de procedimiento será declarado nulo si la ley no le ha impuesto expresamente esa sanción. Sin embargo, la omisión de un elemento sustancial autorizará al juez, apreciando las consecuencias materiales y jurídicas que se hayan derivado, a pronunciar la nulidad aun a falta de toda sanción expresa. La disposición prohibitiva está asimilada a la nulidad expresa".

[194] Cabe recordar aquí algo explicado en el Capítulo 14: la pretensión de declaración de nulidad puede ser entablada por *demanda* (impugna actuación extraprocesal de la contraparte), por *incidente* (impugna activamente una actuación procesal de la contraparte y de cualquier tercero que interviene en el proceso sin ser parte de él), por *excepción* (impugna pasiva o defensivamente una actuación procesal de la contraparte) y por *recurso* (impugna solamente una resolución del juez).

ende, sólo se puede atacar por tal vía *la decisión acerca del litigio concreto, principal, accidental* o *incidental* (y no otra cosa), la nulidad se relaciona con afirmado vicio de *ilegitimidad*: y tal adjetivación puede aparecer no sólo en la *propia resolución impugnada*, sino también, y como ya lo adelanté, en el *procedimiento cumplido en forma previa a ella*, por violación del derecho de defensa de la parte afectada.

Puede ser ahora que tal nulidad funcione con:

a.1) naturaleza de *recurso*. En tal caso, como regla general y tomando otra vez como guía el CPC de Santa Fe[195] en su artículo 346[196], ahora en armonía con su artículo 361 recién transcrito en nota al pie, los posibles supuestos precedentes radican en la existencia de:

a.1.1) una *sentencia definitiva* dictada en lo principal (la que efectivamente resuelve el litigio y constituye el objeto del proceso que la precedió) en toda clase de juicios;

a.1.2) un *auto interlocutorio* (sustanciado previamente) en tanto causa un perjuicio tal que no puede ser reparado luego por el contenido de la sentencia definitiva que ponga efectivo fin al litigio y en tanto la ley permita su impugnación. En esta categoría se encuentra toda resolución que da por concluida la discusión de un litigio incidental o accidental pero que deja subsistente el principal;

a.1.3) una resolución que ordena la paralización del proceso o de un incidente cualquiera (a pedido de una de las partes y en perjuicio de la otra)[197].

[195] Me parece que esta legislación es mejor que las demás vigentes en el país a los efectos sistémicos que pretendo lograr en esta obra, pues escapa a las definiciones tipo docente que ya he criticado antes respecto de las diversas variantes de resoluciones judiciales y que han causado perplejidad a los jueces de todo el país, según se ve en el caos jurisprudencial reinante,

[196] CPC de Santa Fe, *art. 346*, dice: "El recurso de apelación, salvo lo dispuesto en casos especiales, procederá solamente: 1) de las sentencias definitivas sobre lo principal en toda clase de juicios y actos de jurisdicción voluntaria; 2) de los autos que resuelvan incidentes siempre que causen un gravamen que no pueda ser reparado por la sentencia definitiva; 3) de los autos y providencias que imponen la paralización del juicio o incidente".

[197] Por ejemplo, el CPC de Santa Fe, *art. 328*: "El condenado en costas de 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".

Pero atención, todos los casos *supra* reseñados son supuestos precedentes del recurso de nulidad en tanto las respectivas resoluciones se hayan pronunciado en las condiciones establecidas en el artículo 360: "con violación y omisión de las formas prescritas bajo esa penalidad o que asuman carácter sustancial".

Sin perjuicio de lo precedentemente expuesto, y como casos especiales de procedencia de la nulidad como recurso o porque la ley es innecesariamente reiterativa, también se presentan como supuestos precedentes algunos otros que, sin esta salvedad, no podrían ingresar en alguna de las categorías ya descritas. Son los enunciados en la nota # 165;

a.2) naturaleza de *reacertamiento*. En tal caso, como regla general y tomando otra vez como guía el CPC de Santa Fe en su artículo 346, ahora en armonía con el artículo 360, los posibles supuestos precedentes radican en la existencia de:

a.2.1) una resolución dictada respecto de todo acto de jurisdicción voluntaria, pues el instar que llega a ese estadio es siempre de carácter unilateral;

a.2.2) un auto interlocutorio dictado *sin previa sustanciación* (siempre que cause un perjuicio tal que no pueda ser reparado luego mediante el contenido de la sentencia final que recaiga en cuanto a la pretensión deducida);

a.2.3) una resolución dictada oficiosamente o a pedido de la propia parte que impugna, que cause un gravamen que no pueda ser reparado por la decisión definitiva;

a.2.4) una resolución que ordena oficiosamente la paralización del proceso o de un incidente cualquiera.

b) *Los supuestos consecuentes de la nulidad*

Como el tema anterior hacía al *porqué* de la impugnación, éste hace a su *para qué*. Por tanto, en caso de ser admitida, se entiende que el superior del juez que dictó la sentencia impugnada la anulará[198] o la

[198] *Anular* significa dejar nula y sin aplicación una orden, disposición o documento que es inútil por no estar hecho conforme lo disponen las leyes.

casará[199], con diferentes consecuencias según que la nulidad se encuentre en la propia sentencia o en el procedimiento previo.

Ello será explicado luego, al tratar el contenido de la sentencia en la cual se realiza el juicio de fundabilidad.

c) *Los requisitos generales de la nulidad*

Ya se sabe que los presupuestos *actuales* o *coincidentes* con el momento de *presentación* de toda impugnación, son los *requisitos* necesarios de cumplir por el impugnante para lograr la *iniciación* de su tratamiento procedimental y el oportuno otorgamiento o rechazo de la pretensión impugnativa.

En el caso en estudio, corresponde referir a:

c.1) *Los requisitos extrínsecos de la nulidad*

Ya han sido explicados en el # 3.1.7.3.1. y a lo allí dicho me remito.

Sin perjuicio de ello, cabe decir que el plazo para su deducción es siempre harto breve[200] y el mismo que cada ley otorga al efecto de apelar. Además, que la nulidad puede ser presentada por escrito o en diligencia[201].

Como en todos los casos, el apelante debe limitarse a la mera interposición del recurso, sin fundamento alguno, no requiere acompañamiento de copias pero sí de firma de letrado.

c.2) *Los requisitos intrínsecos de la nulidad*

Ya han sido explicados en el # 3.1.7.3.2. y a lo allí dicho me remito.

Sin perjuicio de ello, cabe decir que, ya que no admite fundamento alguno en el acto mismo de su interposición, ello debe hacerse en mo-

[199] *Casar* significa *anular* y, particularmente, una sentencia de un tribunal inferior.
[200] CPC de Santa Fe, *art. 352*: "La apelación será interpuesta dentro de los *cinco días* de la notificación". Similarmente, CPC de la Nación, *art. 244*: "No habiendo disposiciones en contrario, el plazo para apelar será de *cinco días*".
[201] En Santa Fe, *art. 32*: "Toda gestión ante los jueces debe hacerse por escrito excepto [...] la interposición de recursos [...] que podrán hacerse verbalmente con nota en los autos bajo la firma del actuario y del solicitante". Similarmente, CPC de la Nación, *art. 245*: "El recurso de apelación se interpondrá por escrito o verbalmente. En este último caso se hará constar por diligencia que el secretario o el oficial primero asentará en el expediente".

mento posterior, y tal cosa ocurre cuando ya ha sido admitida la impugnación, operando tanto como reacertamiento cuanto como recurso.

Ya se verá cuál es ese momento al describir el trámite.

3.2.4.3. El trámite de la nulidad

Es el mismo que el de la apelación. Por tanto, rige para el caso todo lo explicado en el # 3.2.3.5.2.

3.2.4.4. La resolución que decide la nulidad y las impugnaciones que proceden contra ella

El juicio de fundabilidad dictado en segundo grado ordinario respecto de este tipo de impugnación puede declarar:

a) la *improcedencia* de la pretensión nulificante, en cuyo caso el respectivo pronunciamiento pone fin definitivo al pleito y, salvo supuesto de impugnación admisible (siempre la aclaratoria y, en ciertos casos, impugnaciones de carácter extraordinario) produce, a partir del vencimiento de los plazos respectivos, los efectos de *ejecutoria* (el mandato judicial puede ser ya ejecutado sin más) y de *caso juzgado* (el mandato judicial no puede ser impugnado salvo caso excepcional y por la vía de *demanda judicial* y no puede ser ignorado, desconocido o contrariado por juez alguno);

b) la *procedencia* de la pretensión nulificante, en cuyo caso el tribunal que emitió el respectivo pronunciamiento debe actuar una de las posibles alternativas que siempre establece la ley sobre el punto:

b.1) si se trata de *vicio contenido en el procedimiento* (y no en la propia sentencia), por haber existido en la especie una violación al derecho de defensa del impugnante, cabe anular o casar la sentencia impugnada y ordenar el reenvío de la causa a la sede inferior para que el subrogante legal del juez cuya sentencia se anuló, vuelva a tramitar la causa a partir del último acto procedimental declarado válido por el superior y, oportunamente, dicte nueva sentencia luego de haber otorgado la completa audiencia que el impugnante no tuvo hasta el momento;

b.2) si se trata de *vicio contenido en la propia sentencia*, por no respetar

las formas exigidas legalmente[202] para su dictado o por exhibir *vicio de incongruencia*[203], cabe anular o casar la sentencia impugnada, y

b.2.1) ordenar el *reenvío*[204] de la causa a la sede inferior para que el subrogante legal del juez cuya sentencia se anuló, emita nueva sentencia en condiciones de regularidad[205]; o

b.2.2) dictar la sentencia definitiva que ponga fin al litigio, cosa que puede hacer siempre que el procedimiento previo a ella no haya tenido vicio de inaudiencia.

Como se ve, dos soluciones antagónicas[206] que han coexistido en el

[202] Al respecto, y por ejemplo, el CPC de Santa Fe, *art. 244* ordena: "La sentencia debe contener, *bajo pena de nulidad*: 1) el lugar y fecha en que se dicte; 2) el nombre y apellido de las partes; 3) la exposición sumaria de los puntos de hecho y de derecho, en la de primera instancia; 4) los motivos de hecho y de derecho, con referencia a la acción [pretensión] deducida y derecho controvertidos; 5) la admisión o el rechazo, en todo o en parte, de la demanda y, en su caso, de la reconvención; 6) la firma del juez o miembros del tribunal".

[203] Recuérdese que la congruencia procesal es la exacta correspondencia que debe existir entre lo pretendido, resistido y regularmente probado con lo sentenciado. Y que la incongruencia puede ser: por otorgamiento de cosa diferente a la pretendida o respecto de persona no demandante o no demandada (*extra petita*), o por otorgamiento de más de lo pretendido (*ultra petita*), o por no resolver todo lo pretendido (*citra petita*), o por incoherencia interna, o por falta de mayoría de quienes juzgan en tribunal colegiado, o por falsa mayoría en la suma de sus votos.

[204] Vocablo usado desde antiguo en el derecho procesal, *reenviar* significa enviar una cosa al sitio de procedencia o a otro sitio, que es lo que hacen en general los tribunales con funciones de naturaleza casacional, que se limitan a anular y volver el asunto a la sede inferior para que alguien vuelva a fallarlo.

[205] Esto es lo que ocurre en todos los casos de *juicio oral*, toda vez que es menester la intervención personal de los componentes del tribunal íntegro en la audiencia de vista de la causa previa al dictado de la sentencia. Y, siempre que ésta sea anulada, no hay juez alguno (particularmente, los integrantes del tribunal que declaró la nulidad) que pueda dictar nueva sentencia por ignorancia de los hechos probados en la audiencia mencionada. De allí que haya que repetir toda la producción de la prueba desahogada en ella y, recién entonces, dictar nueva sentencia conforme lo allí confirmado. Al respecto, el CPC de Santa Fe (donde existe juicio oral en materia civil desde el año de 1962), *art. 570* expresa: "Cuando la Sala estimare que la sentencia impugnada ha violado [...] la ley o doctrina legal, declarará procedente el recurso, casará la sentencia y resolverá el caso conforme con la ley [...] Si considerare procedente el recurso por inobservancia manifiesta de las formas legales [nombre con el cual se refiere a la nulidad que aquí se halla en trato], declarará la nulidad y dispondrá que los respectivos subrogantes del tribunal que la consumó sustancien el proceso y dicten sentencia según corresponda".

[206] Ambas están legisladas en el CPC de Santa Fe, *art. 362*: "Si el procedimiento estuviere arreglado a derecho y la nulidad proveniere de la forma o contenido de la resolución,

tiempo y que todavía producen serias cavilaciones a los juristas, mostrando otra vez la clara y antigua tensión que existe entre *seguridad* y *celeridad*.

Para quienes privilegian el valor seguridad –hoy, los menos y yo entre ellos– parece imprescindible el reenvío a sede inferior en todos los casos, en razón de que si es el mismo tribunal superior el que dicta sentencia de segunda (o, a veces, de primera) instancia en la causa litigiosa, su resultado queda sin posibilidad alguna de control ordinario posterior. Reconozco que con ella se gana, y mucho, en celeridad y, por cierto, en economía. Pero ¿y la seguridad, que tanta falta nos hace hoy a los latinoamericanos en general, huérfanos desde hace mucho tiempo de justicia seria y expedita?[207]

Para quienes privilegian el valor celeridad –hoy, los más– resulta obvio que el reenvío debe ser eliminado y, así, posibilitar la emisión de la decisión final de la causa por el propio tribunal superior, aunque con ello se pretermitan instancias inferiores.

Al legislar el recurso de revisión en el CPC de Mendoza, Podetti insertó en su texto una valiosa nota que transcribo por su seriedad, aunque no comparta la solución adoptada: "Siempre se ha sostenido que los principios teóricos deben servir de base, pero no de obstáculo a las soluciones prácticas. Tal es el caso del concepto teórico de que las supremas cortes de justicia deben ser exclusivamente *tribunal de derecho*, de tal modo que sólo pueden pronunciarse revocando, anulando o casando (*iudicium rescindens*), pero no *tribunal de los hechos*, de manera que no podría pronunciarse sobre el fondo del litigio, reemplazando o sustituyendo a la sentencia (*iudicium rescissorium*). Tal criterio dilata innecesariamente la solución de los litigios y dificulta la interpretación de la doctrina de la Corte, ya que ésta no hace aplicación práctica de la misma al derecho vivo, que es el derecho del caso (la conducta humana en su interferencia intersubjetiva, en la teoría ego-

el tribunal de apelación así lo declarará y dictará la que corresponde. Si la nulidad proveniere de vicio en el procedimiento, se declarará nulo lo obrado que se relacione con la actuación nula o que sea su consecuencia y se remitirán los autos al juzgado que corresponda para que tramite la causa y dicte resolución".

[207] Máxime en estos tiempos, en los cuales se ha entronizado el decisionismo judicial gracias al cual, y muchas veces, se falla contra el texto mismo y expreso de la ley.

lógica del derecho). Por eso, siguiendo la tradición de nuestra Corte nacional y lo dispuesto en el artículo 400 del código derogado, se establece que pronunciado el *iudicium rescindens*, se producirá sin solución de continuidad, la avocación, extendiéndose la competencia del tribunal a los hechos y, haciéndolo, se erigirá en el caso como tribunal de instancia para fallar definitivamente el litigio".

Finalmente, al igual que lo que ocurre en el caso de la apelación, el juicio de fundabilidad se emite en una sentencia que debe tener requisitos particulares; además de ser fundada y congruente (ver el Capítulo 28) debe versar exclusivamente acerca de lo que constituye el litigio en segunda instancia, y que no es otra cosa que los agravios vertidos por el apelante en el escrito respectivo[208].

Reiterando una idea ya expuesta, esta sentencia definitiva en instancia ordinaria sólo puede ser impugnada por vía de aclaratoria y por el o los recursos extraordinarios que admita una normativa dada.

3.2.5. El directo

Llamado desde siempre *recurso directo*, o *recurso de hecho*, o *recurso auxiliar* o *recurso de fuerza*[209], o *queja por recurso denegado*[210] o, cual lo hace alguna doctrina, *recurso de queja por apelación denegada*[211], es

[208] Recuérdese que ésa es la etapa de afirmación y que ella no es otra cosa que la crítica de la sentencia inferior, sosteniendo su ilegitimidad o injusticia en la valoración de los hechos, de los medios de confirmación de ellos o del derecho que se les ha aplicado para resolver el caso.

[209] Esta designación es muy antigua y su significado reside en el hecho de que el tribunal o juez eclesiástico conozcan de una causa ajena a su competencia o intenten llevar a cabo una actividad de ejecución sin el concurso de la competencia ordinaria. La denominación de *recurso*, que desde siempre le otorgó la legislación española constituye una clara imprecisión técnica, ya que no es un medio de impugnación de resoluciones judiciales sino una forma de solución de conflictos jurisdiccionales y de competencia. Originalmente era conocido con la denominación de *recurso de apelación contra el abuso* dirigido a la justicia civil para corregir afirmadas extralimitaciones de la competencia eclesiástica.

[210] Así lo llama el CPC de la Nación, art. 282.

[211] Como sucede con tantos otros temas en la literatura procesal, confusa y muchas veces errática, la denominación es incorrecta pues, a tenor de lo que ya se ha visto en esta obra, el *recurso de queja no es recurso* (ya que no ostenta la naturaleza de acción procesal y, por ende, no es sustanciable) *ni es queja* (pues ella sólo procede en caso de silencio del juez, no de actividad que se reputa errónea, cual ocurre en el caso).

un tipo de *impugnación auxiliar* mediante el cual el impugnante ocurre *directamente* ante el superior del juez que denegó por inadmisible un recurso de doble grado de conocimiento, pretendiendo que emita un juicio favorable de admisibilidad y que, a consecuencia de ello, ordene la inmediata elevación del respectivo expediente.

3.2.5.1. La naturaleza del "recurso directo"

Analizando su concepto y los supuestos específicos de procedencia que a su respecto marcan todas las leyes que lo consagran, resulta obvio que este "recurso" no tiene la naturaleza de *acción procesal*, por lo que no puede ser considerado *recurso*, sino la de un verdadero *reacertamiento*.

Y como tal, no es sustanciable, es de naturaleza claramente administrativa y, además y a consecuencia de ello, la resolución que recaiga sobre él no ganará jamás el efecto propio del caso juzgado. Tanto es así que, acogido un "recurso directo" y abierta por ejemplo una apelación a favor del apelante a su solo pedido, nada obsta a que la parte apelada pueda plantear exitosamente, en su momento y ante el tribunal de control, la pretensión de que ha sido mal acogida la apertura de la instancia de grado[212].

3.2.5.2. Los presupuestos del "recurso directo"

Explicada *supra* la significación de este tema en el # 3.1.7., toca ahora ver:

a) *El supuesto precedente del "recurso directo"*

El supuesto previo de este tipo impugnativo es siempre *una resolución judicial que contiene la denegación por inadmisible de cualquiera impugnación de doble grado de conocimiento* (apelación, nulidad y todos los

[212] CPC de Santa Fe, *art. 355*: "Salvo lo dispuesto para casos especiales, el auto por el que se conceda un recurso no será recurrible, y sólo podrá ser revocado o reformado en cuanto al modo o efecto en que se haya concedido, por el superior. La reclamación se interpondrá dentro de tres días de notificado el primer decreto de trámite. El incidente será resuelto previa audiencia y en el mismo día, hayan o no asistido los interesados".

recursos extraordinarios) presentada por el impugnante contra resolución respecto de la cual procede legalmente el recurso interpuesto[213].

b) *El supuesto consecuente del "recurso directo"*

Como el tema anterior hacía al *porqué* de la impugnación, éste hace a su *para qué*. Por tanto, en caso de ser admitido, se entiende que el juez superior o de control abrirá la instancia de grado que fuera denegada en su momento por el inferior. A consecuencia de ella, ordenará la inmediata elevación a su sede del respectivo expediente y, una vez llegado a ella, procederá a tramitar normalmente la impugnación de que se trate (apelación, nulidad o cualquier recurso extraordinario).

c) *Los requisitos generales del "recurso directo"*

Ya se sabe que los presupuestos *actuales* o *coincidentes* con el momento de *presentación* de toda impugnación, son los *requisitos* necesarios de cumplir por el impugnante para lograr la *iniciación* de su tratamiento procedimental y el oportuno otorgamiento o rechazo de la pretensión impugnativa.

En el caso en estudio, corresponde referir a:

c.1) *Los requisitos extrínsecos del "recurso directo"*

Ya han sido explicados en el # 3.1.7.3. y a lo allí dicho me remito.

Sin perjuicio de ello, cabe decir que el plazo para su deducción es siempre harto breve[214], que debe ser presentado por escrito[215] y que requiere firma de letrado.

Además, y para justificar la admisibilidad recursiva que se procura, el interesado debe presentar conjuntamente con su escrito de interposición[216] las siguientes copias:

[213] Así se halla legislado el tema en todos los códigos. Ver, por ejemplo, CPC de la Nación, arts. 282 y 285.

[214] CPC de la Nación, *art. 282*: "...El plazo para interponer la queja será de cinco días, con la ampliación que corresponda por razón de la distancia..." A su turno, dice el CPC de Santa Fe, *art. 356*: "Si el juez denegare la apelación, el apelante podrá recurrir directamente ante el superior pidiendo la concesión del recurso. El recurrente interpondrá la queja dentro de tres días si el superior residiere en el lugar del juicio o dentro de diez días en caso contrario..."

[215] No es posible presentarlo en diligencia en razón de las demás exigencias de interposición.

[216] En el CPC de Santa Fe, art. 356.

c.1.1) de la resolución apelada y de su notificación;

c.1.2) del escrito de apelación y de su cargo;

c.1.3) del auto denegatorio del recurso interpuesto y de su notificación.

Si bien se mira, todos son documentos esenciales para que el superior pueda controlar adecuadamente la legitimidad de la denegación por el inferior.

c.2) *Los requisitos intrínsecos del "recurso directo"*

Ya han sido explicados en el # 3.1.7.3. y a lo allí dicho me remito.

Sin perjuicio de ello, cabe decir que debe ser fundado en el acto mismo de presentación, con clara relación autosuficiente de los hechos acaecidos en la sede inferior y demostración razonada del error de juicio cometido por el juez al denegar la apelación.

3.2.5.3. El trámite del "recurso directo"

No tiene trámite alguno. Por eso es que, apenas hecha la presentación, pasa a resolución del tribunal respectivo.

3.2.5.4. Las impugnaciones que caben contra la resolución que decide el "recurso directo"

En la especie, cabe distinguir dos supuestos diferentes si el superior:

1) *acoge el recurso directo* y, por ende, admite la apelación oportunamente denegada, la parte contraria puede plantear en su momento la incorrecta admisión y pretender que se dicte nueva decisión denegatoria. Y esto es así toda vez que el apelado no fue oído en el recurso directo, precisamente, por carencia de sustanciación;

2) *rechaza el recurso directo*, la respectiva decisión es *sentencia definitiva* a los fines de la admisibilidad de un recurso extraordinario de inconstitucionalidad.

3.2.6. El atentado[217]

Este medio de impugnación, también denominado "recurso de innovación"[218], se encuentra legislado en el CPC de Tucumán (arts. 44 a 47)[219], donde opera para impedir cualquiera actuación judicial que avance en un procedimiento cuando la respectiva actividad no puede ser realizada por estar pendiente de solución alguna pretensión incidental o recursiva que paraliza el curso de la serie procesal.

[217] Aunque castizamente *atentar* significa intentar hacer daño grave a una persona o cosa, en el Derecho se amplía su significado desde antiguo a "emprender o ejecutar alguna cosa contra *la disposición de las leyes*" con referencia específica al acto que produce el efecto de quebrantar, violar, ofender o atropellar alguna ley, fuero, costumbre o propiedad.

Si bien se mira, es una impugnación directa que hace una suerte de contrapeso a cualquiera queja y que, como tal, participa de su naturaleza de reacertamiento. Y es que en tanto la queja procede directamente cuando el juez *no hace algo debiendo hacerlo* (retardo de justicia) o *lo hace, pero mal* a juicio del impugnante (apelación denegada), el atentado procede cuando el juez *hace algo no pudiendo hacerlo*, para que cese de inmediato en su actividad.

De tal modo, por esta vía se consagra legalmente un trámite ágil y expeditivo para lograr el resultado esperado de suspender la actuación judicial extemporánea, ya que su deducción suple a la interposición de una revocatoria con apelación en subsidio y sus respectivas tramitaciones, con notable ahorro de todo el tiempo que ello puede insumir.

Veamos ahora algunos de los temas relativos al atentado: a) su naturaleza; b) sus presupuestos (supuestos precedentes y consecuentes, y

[218] Su origen se remonta a la Partida III, Tít. 23, Ley 26: "...Otrosí tenemos por bien e mandamos que mientras que el pleito anduviere ante el juez de la alzada, que el otro juez de quien se alzasen no haga ninguna cosa de nuevo en el pleito ni en aquello sobre que fue dado el juicio. E sobre todo, defendemos que el alcalde no se atreva a denostar ni a maltratar a la parte que se alzare de su juicio, mas dele su alzada, como mandan las leyes de este nuestro libro".

[219] Los respectivos textos dicen: *art. 44*: "*Procedencia.* Cuando el ejercicio de la jurisdicción esté suspendido por la pendencia de un incidente o de un recurso que produzca efecto suspensivo, podrá reclamarse, respecto de la actuación de los jueces, directamente ante la Cámara de Apelaciones del fuero respectivo"; *art. 45*: "*Término.* Producido alguno de los supuestos del artículo anterior, la parte afectada podrá efectuar el reclamo dentro del tercer día de haber sido notificada de la actuación que lo motiva"; *art. 46*: "*Informe del juez. No innovar.* El tribunal, de inmediato, recabará al juez que dentro de las veinticuatro horas informe sobre los motivos de la queja y le adjuntará copia de la misma. En caso necesario, podrá ordenarle que no innove en la causa hasta la resolución de la cuestión"; *art. 47*: "*Resolución.* Expedido el informe del juez, la Cámara resolverá con la premura que el caso requiera. Si hiciere lugar a la reclamación, declarará la nulidad de las actuaciones afectadas y podrá realizar las declaraciones que juzgue convenientes".

requisitos actuales); c) su trámite, y d) las impugnaciones que se admiten contra la resolución respectiva.

3.2.6.1. La naturaleza del "recurso de atentado"

Aunque su denominación de *recurso* parece razonable, toda vez que siempre se impugna por esta vía una resolución judicial, he afirmado *supra* su naturaleza de reacertamiento pues la ley no prevé sustanciación alguna luego de su interposición.

3.2.6.2. Los presupuestos del "recurso de atentado"

Explicada *supra* la significación de este tema en # 3.1.7., toca ahora ver:

a) *El supuesto precedente del "recurso de atentado"*

El supuesto previo de este tipo impugnativo consiste siempre en una *resolución judicial que ordena realizar actuaciones procesales no obstante estar suspendido el procedimiento* por estar pendiente:

a.1) la tramitación de una apelación (recurso o reacertamiento) concedida con efecto suspensivo;

a.2) la resolución de una recusación o de un planteo de incompetencia (declinatoria o inhibitoria);

a.3) cualquier incidente cuya tramitación suspende el procedimiento.

b) *El supuesto consecuente del "recurso de atentado"*

Como el tema anterior hacía al *porqué* de la impugnación, éste hace a su *para qué*. Por tanto, caso de ser admitida, se entiende que el tribunal ordenará la suspensión de los procedimientos llevados adelante indebidamente, haciendo respetar con ello la detención del trámite previsto en la ley.

c) *Los requisitos generales del "recurso de atentado"*

Ya se sabe que los presupuestos *actuales* o *coincidentes* con el momento de *presentación* de toda impugnación son los *requisitos* necesarios de cumplir por el impugnante para lograr la *iniciación* de su tratamiento procedimental y el oportuno otorgamiento o rechazo de la pretensión impugnativa.

En el caso en estudio, corresponde referir a:

c.1) *Los requisitos extrínsecos del "recurso de atentado"*

Ya han sido explicados en el # 3.1.7.3., y a lo allí dicho me remito.

Sin perjuicio de ello, cabe decir que el plazo para su deducción es harto breve (tres días), que debe ser presentado por escrito directamente ante el superior del juez que atentó y que no requiere acompañamiento de copias (pues carece de sustanciación) pero sí de firma de letrado.

c.2) *Los requisitos intrínsecos del "recurso de atentado"*

Ya han sido explicados en el # 3.1.7.3., y a lo allí dicho me remito.

Sin perjuicio de ello, cabe decir que debe ser adecuadamente fundado, con clara expresión de las circunstancias que lo originan:

a) la existencia de un estado de pendencia que no admite la actuación judicial contra la cual se reclama, y

b) de una actuación judicial perjudicial a los intereses del impugnante que es improcedente en razón de que vulnera la suspensión del procedimiento.

3.2.6.3. El trámite del "recurso de atentado"

Admitida la impugnación, el superior ordena al juez inferior que expida un informe sobre los fundamentos de su accionar y le ordena no innovar durante la tramitación en curso. Vencido el plazo, que puede acortarse dadas las particulares circunstancias del caso, el superior resuelve con la urgencia necesaria, efectuando la declaración que la naturaleza de lo actuado requiera y estableciendo la indemnización y/o corrección disciplinaria que el juez inferior merezca. Además, se le imponen personalmente las costas causadas por la impugnación acogida.

3.2.6.4. Las impugnaciones que caben contra la resolución que decide el "recurso de atentado"

Caso de que el superior deniegue o rechace la impugnación, siempre cabe al impugnante la posibilidad de interponer la revocatoria del caso.

3.2.7. La rescisión[220]

Este antiguo medio de impugnación[221] se encuentra legislado actual-

[220] Rescisión es la acción y efecto de *rescindir*: dejar sin efecto un acto jurídico (en el caso, un procedimiento o una sentencia).

[221] Denominado también en el pasado como *recurso de audiencia*.

mente como tal en pocos códigos, cual el de Santa Fe, que vuelvo a tomar como patrón explicativo.

Allí, normado dentro del capítulo correspondiente a la *rebeldía*, aparece como remedio para lograr la declaración de nulidad de una sentencia dictada sin audiencia previa de quien ha sido declarado rebelde. También para interrumpir el procedimiento anterior a la sentencia cuando se ha cumplido en circunstancias que no han posibilitado el ejercicio de un adecuado derecho de defensa.

3.2.7.1. La naturaleza del "recurso de rescisión"

He puesto el título entre comillas pues no tiene propiamente una naturaleza de *recurso* (adviértase que no sólo cabe *contra una resolución judicial* (cual ocurre con todos los recursos) sino también *contra el procedimiento* que se cumple en tránsito hacia ella; y tampoco ostenta la naturaleza de *reacertamiento*, cual lo he apuntado respecto de la aclaratoria y, a veces, de la revocatoria, de la apelación y de la nulidad[222].

Se trata, entonces, de una verdadera demanda de nulidad (de *rescisión*) mediante la cual el impugnante pretende dejar sin efecto una sentencia o interrumpir un procedimiento.

Y dentro de esa categoría de demanda, cabe acotar que es de naturaleza *incidental*[223] (no *principal*), lo que explica que el juez competente para entender de ella sea el mismo cuya sentencia o procedimiento se impugna.

Eso le otorga la jerarquía de instancia de *acción procesal*, por lo cual su trámite tendrá que ser necesariamente bilateral.

3.2.7.2. Los presupuestos del "recurso de rescisión"

Explicada *supra* la significación de este tema en el # 3.1.7., toca ahora ver:

a) *El supuesto precedente del "recurso de rescisión"*

Este supuesto se presenta cuando se sigue un procedimiento o se ha

[222] Ver *supra* los títulos respectivos.

[223] En el lenguaje utilizado en esta obra cabe decir rectamente que es *accidental*, no *incidental* (ver Capítulo 24).

dictado una sentencia contra un demandado rebelde que, por fuerza mayor o por no haber tenido conocimiento del pleito, no pudo comparecer al proceso en el cual se le demandó a base de una pretensión declarativa cuya sentencia pueda adquirir efecto de caso juzgado material[224].

b) *Los supuestos consecuentes del "recurso de rescisión"*

Como el tema anterior hacía al *porqué* de la impugnación, éste hace a su *para qué*. Y, así, cualquiera sea el objeto de esta impugnación, se suspende la eventual ejecución de la sentencia dictada o a dictarse por todo el tiempo que demande su tramitación y, en caso de prosperar, se anula (o rescinde):

b.1) el procedimiento cumplido a partir del emplazamiento previo a comparecer al juicio, o

b.2) la sentencia y el procedimiento realizado en forma previa a ella, a partir también del acto de emplazamiento.

En ambos casos se ordena la nueva y regular tramitación del litigio.

c) *Los requisitos generales del "recurso de rescisión"*

Ya se sabe que los presupuestos *actuales* o *coincidentes* con el momento de *presentación* de toda impugnación, son los *requisitos* necesarios de cumplir por el impugnante para lograr la *iniciación* de su tratamiento procedimental y el oportuno otorgamiento o rechazo de la pretensión impugnativa.

Toca referir ahora a:

c.1) *Los requisitos extrínsecos del "recurso de rescisión"*

Ya han sido explicados en el # 3.1.7.3. y a lo allí dicho me remito.

En el caso en estudio, corresponde agregar que:

c.1.1) el impugnante debe ser un demandado *rebelde* declarado judicialmente como tal;

c.1.2) la deducción de la impugnación debe ser hecha en cualquier estado del juicio antes de la sentencia (cuando ataca el procedimiento) hasta seis meses después de ella (cuando se impugna la propia sentencia);

[224] CPC de Santa Fe, *art. 86*, dice: "Lo dispuesto en este título sobre [...] el recurso de rescisión [...] sólo es aplicable a los juicios declarativos después de los cuales no puede promoverse otro sobre el mismo objeto".

c.1.3) la presentación debe cumplir con la vigencia de los requisitos extrínsecos propios de toda demanda (ver el Capítulo 20).

c.2) *Los requisitos intrínsecos del "recurso de rescisión"*

Ya han sido explicados en el # 3.1.7.3., y a lo allí dicho me remito.

Sin perjuicio de ello cabe decir que, en la fundamentación de la impugnación, hay que afirmar necesariamente (y, llegado el caso, confirmar en forma convictiva para el juez) que:

c.2.1) ha mediado en la especie nulidad del emplazamiento previo, a raíz del cual no se ha podido tener conocimiento del pleito;

c.2.2) no se pudo comparecer al pleito por fuerza mayor;

c.2.3) desde la cesación de la fuerza mayor o desde la noticia del pleito hasta la instauración de la impugnación, no ha transcurrido un plazo mayor al del máximo del término legal de emplazamiento que corresponda al caso y treinta días más. Cosa que, por cierto, hay que demostrar.

3.2.7.3. El trámite del "recurso de rescisión"

Ya he dicho precedentemente que la rescisión es una verdadera demanda que, como tal, debe tramitar por la vía del juicio sumario o la del sumarísimo, según se determine en el código respectivo.

3.2.7.4. Las impugnaciones que caben contra la resolución que decide el "recurso de rescisión"

Dado el carácter de *proceso incidental* que muestra la rescisión, la sentencia que recaiga sobre la respectiva pretensión es susceptible de ser impugnada por la vía de los recursos de apelación y nulidad.

3.2.8. La revisión[225]

Este tipo impugnativo se encuentra habitualmente legislado en los códigos procesales penales y, a veces, en los civiles, cual ocurre en el caso del CPC de Mendoza, que adopto como patrón para presentar su explicación.

[225] *Revisión* significa nueva consideración o examen, comprobación, verificación.

En general, sirve para atacar sentencias definitivas en excepcionales casos previstos por cada ley en particular.

3.2.8.1. La naturaleza del "recurso de revisión"

He puesto el título entre comillas pues no tiene propiamente una naturaleza de *recurso* (adviértase que sólo cabe *contra una resolución judicial*, cual ocurre con todos los recursos) pero que ostenta *carácter definitivo* y con efecto de *caso juzgado material.*

Al igual que ocurre con la rescisión, esta impugnación es una verdadera *demanda* (*principal* en algunos códigos y, a veces, *incidental*[226] en otros) que, como tal, debe tramitar por la vía del juicio sumario o la del sumarísimo, según se determine en el código respectivo[227].

3.2.8.2. Los presupuestos del "recurso de revisión"

Explicada *supra* la significación de este tema en el # 3.1.7., toca ahora ver:

a) *Los supuestos precedentes del "recurso de revisión"*[228]

El supuesto general es siempre *una resolución judicial firme* que ha producido agravios no reparables por otra vía judicial en el mismo proceso en el cual se dictó.

Los casos justiciables por esta vía[229] se hallan enunciados en la Constitu-

[226] En el lenguaje utilizado en esta obra cabe decir rectamente que es *accidental*, no *incidental* (ver Capítulo 23).

[227] En Mendoza, el trámite se encuentra establecido en el *art. 148*: "Admitido el recurso, se correrá traslado a la contraria por quince días. La contestación debe ajustarse, en lo pertinente, a lo dispuesto en los arts. 140 y 141. Dada la contestación o vencido el plazo para hacerlo, se correrá vista por cinco días al procurador de la Corte, procediéndose luego como disponen los arts. 145 y 168, salvo que se tratara de recurso de revisión y fuera procedente la recepción de la prueba".

[228] De tanta importancia jurídica es este tema, vinculado estrechamente no sólo con un estricto criterio de justicia sino, y principalmente, con el objetivo final del proceso de mantener la perpetua paz social, que en algunos lugares tiene raigambre constitucional. Eso es lo que ocurre, precisamente, en la Provincia de Mendoza, Argentina, cuyo texto se glosa aquí.

[229] Yendo más allá del texto constitucional, el CPC de Mendoza, *art. 145* establece que "Los recursos extraordinarios que este Código autoriza: inconstitucionalidad, revisión y casación (inaplicabilidad de la ley), deben ser interpretados en forma *restrictiva*". Y esto es altamente criticable ya que debió decir en forma *estricta* (lo que significa hacerle

ción de Mendoza, *artículo 144, inciso 9*: "...Conocerá como tribunal de revisión en los casos en que después de pronunciada la sentencia definitiva de segunda instancia, la parte perjudicada obtuviere o recobrare documentos decisivos, ignorados, extraviados o detenidos por fuerza mayor, por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado la sentencia o por otra causa análoga; cuando la sentencia se hubiere dictado en virtud de documentos o de prueba testimonial y se declarase en juicio posterior que fueron falsas dichas pruebas o documentos; cuando la sentencia firme recayese sobre cosas no pedidas por las partes u omitiese resolver sobre alguno de los capítulos de la demanda, contestación o reconvención; y cuando la sentencia firme se hubiere dictado u obtenido en virtud de prevaricato, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta".

Si bien se mira, este último supuesto es, precisamente, el que aceptó como tal la Corte Suprema de la Nación en el famoso *leading case* "Campbell Davidson c/Provincia de Buenos Aires", ya citado varias veces en esta obra, en una titulada *Acción autónoma revocatoria de cosa juzgada fraudulenta*[230] que inauguró una proliferación de demandas similares. Y eso ocurre hasta hoy en todas las provincias argentinas.

Es claro que, de haber tenido legislado el medio impugnativo en trato, no habría sido menester inventar un tipo pretensional hasta entonces no aceptado por la jurisprudencia so pretexto de que *no había acción admisible* al respecto.

En lo penal, el modelo que adopto es el contenido en el CPP de Santa Fe, *artículo 489*: "La acción de revisión procederá, en todo tiempo y en favor del condenado, para perseguir la anulación de la sentencia firme:

decir a la ley lo que realmente dice) y nunca en forma *restrictiva* (hacerle decir a la ley menos de lo que dice). De la misma manera vale la crítica a la interpretación de los hechos que pueden tornar admisible esta impugnación.

[230] Esta denominación era explicable en la época en que el asunto se inició, pero no hoy, pues es obvio que se confunden los significados de las voces acción y pretensión, dando a aquélla el significado de ésta. Y lo que aquí apunto no es baladí, aunque lo parezca: precisamente en la Argentina, cuyo Código Civil data de la época en la cual se aceptaba buenamente la teoría clásica de la acción procesal (lo que ha marcado hasta hoy el lenguaje de todos los civilistas, que siguen hablando de *acción de divorcio*, de *acción de nulidad*, de *prescripción de las acciones*, etcétera), ha ocasionado que la Corte Suprema de la Nación, por ejemplo, se haya negado por años a aceptar la existencia de una *acción de inconstitucionalidad* (a raíz de lo cual jamás la admitió) por no estar normada como tal en la legislación vigente, Y así, con muchísimas otras cosas.

"1) si los hechos establecidos como fundamento de la condena fueren inconciliables con los fijados por otra sentencia penal irrevocable;

"2) cuando la sentencia impugnada se hubiera fundado en prueba documental o testifical cuya falsedad haya sido declarada en fallo posterior irrevocable;

"3) si la condena hubiera sido pronunciada a consecuencia de prevaricato, cohecho, violencia o maquinación fraudulenta cuya existencia hubiese sido declarada en fallo posterior irrevocable, o aunque no haya podido llegarse a dicho fallo por haber mediado una causal extintiva o que imposibilitó proseguir el ejercicio de la acción;

"4) cuando después de la condena sobrevengan nuevos hechos o elementos de prueba que, solos o unidos a los ya examinados en el proceso, hagan evidente que el hecho delictuoso no existió, que el condenado no lo cometió, o no se dieron las circunstancias agravantes típicas que el Juez o Tribunal tuvo en cuenta al pronunciar aquéllas".

b) *Los supuestos consecuentes del "recurso de revisión"*

Como el tema anterior hacía al porqué de la impugnación, éste hace a su para qué. Por tanto, caso de ser admitida, se entiende que el juez reverá la sentencia impugnada y resolverá definitivamente o reenviará la causa al inferior para nuevo juzgamiento[231].

El tema ha proporcionado muchas cavilaciones a los juristas, como se verá enseguida.

c) *Los requisitos generales del "recurso de revisión"*

Ya se sabe que los presupuestos *actuales* o *coincidentes* con el momento de *presentación* de toda impugnación son los *requisitos* necesarios de cumplir por el impugnante para lograr la *iniciación* de su tratamiento procedimental y el oportuno otorgamiento o rechazo de la pretensión impugnativa.

En el caso en estudio, corresponde referir a:

c.1) *Los requisitos extrínsecos del "recurso de revisión"*

Ya han sido explicados en el # 3.1.7.3. y a lo allí dicho me remito.

Sin perjuicio de ello, corresponde agregar acá que:

[231] En el CPC de Mendoza el legislador optó por la primera alternativa, largamente defendida en su obra por Podetti, su redactor.

c.1.1) la deducción de la impugnación debe ser hecha *después* de haber adquirido ejecutoria la sentencia impugnada y dentro del plazo de quince días[232] de la notificación o del conocimiento del hecho en el caso de las circunstancias referidas en el artículo 144, inciso 9º de la Constitución de Mendoza;

c.1.2) la presentación debe cumplir con la vigencia de los requisitos extrínsecos propios de toda demanda (ver el Capítulo 20), acompañar copias para la respectiva sustanciación y llevar firma de letrado;

c.1.3) para la admisibilidad de la impugnación debe ser abonada una gabela[233].

c.2) *Los requisitos intrínsecos del "recurso de revisión"*

Ya han sido explicados en el # 3.1.7.3. y a lo allí dicho me remito.

[232] Razonablemente, el plazo acordado al efecto es harto exiguo, al igual que el establecido para la interposición de la demanda contencioso administrativa en gran número de provincias. Si en este supuesto se puede alegar la necesidad de imponer pronto vallas definitivas a las contiendas con la administración (lo que no es intrínsecamente bueno frente al desborde administrativo que genera una antigua, recurrente y siempre perversa burocracia), en el caso de la revisión ello no se justifica en modo alguno: muchas veces pasa muchísimo tiempo desde el consentimiento de la sentencia que se impugna y la aparición del hecho o documento que torna admisible la impugnación. Y razonar acerca de lo ocurrido, justificar el comienzo del plazo, armar una estrategia procesal al respecto, conseguir letrado e imponerlo de las circunstancias que bien puede no conocer, redactar la demanda, pensar en la prueba que, además, hay que conseguir en diferentes reparticiones administrativas o judiciales, todo en el plazo de quince días (si se cuentan sólo los hábiles, son escasas *tres semanas*), creo que no alcanza para lograr un instar eficiente. De donde insisto en que es aceptable la crítica que aquí hago respecto de su innecesaria exigüidad.

[233] Que, en Mendoza, es del orden de 2% del valor económico del pleito. Lo que no es poco. Como se ve, otra restricción más que se suma a las que ya he relatado *supra*. En este orden de ideas, el propio Podetti anota el texto del art. 146 diciendo que "la ley debe contemplar los dos aspectos de los recursos extraordinarios: por un lado, la necesidad de esa válvula a los efectos de la cosa juzgada material que, aun en los mejores regímenes judiciales, puede resultar inicua en ciertas hipótesis; y, por otro, limitar su empleo con fines claramente dilatorios o como vía de desahogo del mal perdedor (¡!) o de quien no es capaz de discernir serenamente ante una sentencia adversa (¿quién podrá hacerlo luego del fragor del litigio?) Por eso se exigen recaudos cuyo cumplimiento requiere un serio examen jurídico de la cuestión y el depósito de una suma de dinero que puede perderse si el recurso se interpuso mal (*desestimación formal*) o si se carecía de derecho (*desestimación sustancial*). Recuerde el lector lo que sostuve al tiempo de tratar el tema como política recursiva de carácter restrictivo.

Sin perjuicio de ello cabe decir que, en la fundamentación de la impugnación, y conforme lo legisla el CPC de Mendoza, artículo 156 (que sigo estrictamente en esta ocasión) hay que establecer, clara y concretamente:

c.2.1) cuál de los supuestos previstos en el artículo 144, inciso 9º de la Constitución provincial contempla el caso;

c.2.2) de qué manera los documentos hallados o recobrados o la declaración de falsedad de la prueba pueden hacer variar la sentencia definitiva cuya revisión se pretende;

c.2.3) en el primer supuesto del artículo 144, inciso 9º, hay que acompañar los documentos del caso;

c.2.4) en el segundo supuesto de dicha disposición constitucional, hay que acompañar testimonio de la sentencia que declara la falsedad de los documentos o declaraciones de los testigos;

c.2.5) en el tercer supuesto constitucional hay que determinar cuál es la parte de la sentencia que se pronunció sobre cosas no pedidas y cuáles son las cuestiones fundamentales planteadas y no resueltas;

c.2.6) en el cuarto supuesto, hay que acompañar testimonio de la sentencia que declaró el prevaricato, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta.

Además, y en todos los casos, el impugnante debe transcribir fielmente en su demanda la resolución judicial que se impugna o, en su caso, efectuar una relación sucinta de los hechos y el derecho o doctrina que se ha aplicado.

3.2.8.3. El trámite del "recurso de revisión"

En Mendoza, el trámite se encuentra establecido en el *artículo 148*: "Admitido el recurso, se correrá traslado a la contraria por quince días. La contestación debe ajustarse, en lo pertinente, a lo dispuesto en los artículos 145 y 168. Dada la contestación o vencido el plazo para hacerlo, se correrá vista por cinco días al procurador de la Corte, procediéndose luego como disponen los artículos 145 y 168, salvo que se tratara de recurso de revisión y fuera procedente la recepción de la prueba".

3.2.8.4. Las impugnaciones que caben contra la resolución que decide el "recurso de revisión"

Aunque la ley que gloso no lo dice expresamente, creo que es de toda obviedad que la resolución que recae en la impugnación por revisión está sujeta a la interposición del recurso extraordinario de inconstitucionalidad, único posible localmente pues la revisión tramita ante la Corte Suprema de Justicia provincial.

CAPÍTULO 31

EL PROCEDIMIENTO CAUTELAR Y LA SOLUCIÓN URGENTE Y ANTICIPADA DE UNA PRETENSIÓN

Sumario:

1. Introducción al tema: las *medidas cautelares*
2. El procedimiento cautelar y la petición que lo origina: naturaleza
   - 2.1. Los presupuestos de toda cautela
     - 2.1.1. El supuesto precedente
     - 2.1.2. Los supuestos consecuentes
     - 2.1.3. Los requisitos generales
       - 2.1.3.1. Extrínsecos
         - 2.1.3.1.1. Competencia judicial
         - 2.1.3.1.2. Oportunidad
         - 2.1.3.1.3. Contracautela
       - 2.1.3.2. Intrínsecos
         - 2.1.3.2.1. Verosimilitud del derecho
         - 2.1.3.2.2. Peligro en la demora
     - 2.1.4. Los requisitos específicos
   - 2.2. Caracteres de las cautelas admitidas
   - 2.3. Clasificación de las posibles cautelas
     - 2.3.1. Protegen bienes
       - 2.3.1.1. Asegurando la ejecución forzosa de un derecho aún no declarado
         - 2.3.1.1.1. Embargo preventivo
         - 2.3.1.1.2. Secuestro
         - 2.3.1.1.3. Depósito judicial
         - 2.3.1.1.4. Inhibición general
       - 2.3.1.2. Posibilitando la ejecución forzosa de un derecho ya declarado
         - 2.3.1.2.1. Embargo ejecutivo y desposesión del bien embargado
         - 2.3.1.2.2. Intervención judicial
           - 2.3.1.2.2.1. Intervención recaudadora
         - 2.3.1.2.3. Inhibición general
       - 2.3.1.3. Manteniendo el *statu quo* mientras se discute sobre ellas:

2.3.1.3.1. Intervención controladora
2.3.1.3.2. Intervención administradora
2.3.2. Protegen derechos inciertos, manteniendo el *statu quo* de bien o de conducta
2.3.2.1. Prohibición de innovar
2.3.2.2. Prohibición de contratar
2.3.2.3. Anotación registral del litigio
2.3.3. Protegen personas que litigan o desean hacerlo
2.3.3.1. Asegurando su integridad
2.3.3.2. Posibilitando el litigio a quien no puede solventar los gastos propios del proceso: el otorgamiento de carta de pobreza o beneficio de litigar sin gastos
2.3.3.3. Estableciendo el otorgamiento de fianzas para
2.3.3.3.1. Asumir la defensa en juicio de un pariente
2.3.3.3.2. Posibilitar el cobro de eventual imposición de costas: arraigo en juicio
2.3.3.3.3. Posibilitar la ejecución de una sentencia no ejecutoriada
2.3.3.3.4. Asegurar la comparecencia del reo a juicio penal
2.3.4. Protegen la oportuna producción de pruebas
2.3.5. Protegen el desarrollo íntegro y regular del proceso penal
3. El anticipo judicial de la prestación demandada: naturaleza
3.1. Clasificación de los anticipos
3.1.1. Legales
3.1.2. Judiciales
3.1.2.1. Poderes cautelares genéricos
3.1.2.2. Orden de innovar en la situación jurídica actual
3.1.2.3. Sentencia autosatisfactiva

1. Introducción al tema: las *medidas cautelares*[1]

Habitualmente, toda la doctrina que se ocupa de este tema en América lo estudia bajo la denominación de *medidas cautelares* o *precautorias*, de muy antigua raigambre legislativa[2].

También se las conoce como *acciones cautelares*, y como *acciones aseguративas*, y como *acciones garantizadoras*, y como *procesos cautelares* y como *providencias cautelares*. Como luego se verá, nada de todo eso es.

A pesar de que varios autores argentinos elogian y defienden la designación de *medidas cautelares*, creo que con ella se peca, nuevamente, de grave defecto terminológico que lleva a seria confusión al legislador[3] y, a consecuencia de ello, a los magistrados judiciales.

[1] Este Capítulo ha sido ya publicado con algunas variantes en el libro *La cautela procesal*, Juris, Rosario, 2008.

[2] Tanto, que así se mencionaba al tema en la mayoría de los códigos vigentes en el siglo XX.

[3] Que, en la tarea de normar, incluye como *precautorio* a lo que no lo es: y así, a sus requisitos habituales se someten casos que no tratan de evitar inconvenientes, cual se verá *infra* en la nota 4, sino de adelantar o anticipar la pretensión demandada por medio de mandato judicial emitido sin audiencia previa de quien debe sufrirlo y acatarlo. El tema se comprenderá cabalmente luego de terminar la lectura de este Capítulo.

En efecto: castizamente, la voz *medida* ostenta inusual amplitud de significados y ninguno encierra cabalmente lo que con ello se menciona en el derecho procesal[4]. Ya se comprenderá el porqué.

Igual ocurre con la palabra *precautoria*[5], que tampoco describe integralmente el fenómeno que se analizará en este Capítulo.

Por mi parte, prefiero utilizar el sintagma *petición cautelar*, por las razones que se verán en el punto siguiente.

Con los imprecisos alcances ya vistos, la tutela judicial *cautelar* (o *precautoria*) se ocupó primariamente y desde antaño en proteger el crédito del acreedor que, para poder percibir su acreencia, precisaba cursar todo un largo y costoso proceso durante el cual el deudor podía llegar a insolventarse para evadir el pago de su deuda[6]. Y para ello, se le aseguraba, en la medida de lo posible[7], que pudiera recibir la prestación reclamada en el litigio luego de que ganara el pleito y debiera ejecutar la sentencia favorable a su interés.

Con este objeto en la mira, el legislador instauró la figura del *embargo preventivo*, mediante el cual –y hasta el día de hoy– se afecta un bien del deudor a su eventual remate a fin de lograr con ello el dinero necesario para que el acreedor pueda cobrar su acreencia.

Como es de toda lógica, la orden de embargo debe ser emitida siempre *sin previa audiencia del deudor* (pues, caso de saber él que dejará de disponer libremente del bien que se le embargue, es altamente posible que lo esconda o lo transfiera, burlando así los eventuales derechos del acreedor). Y así se hace sin excepción en todas las legislaciones procesales

[4] De todas las acepciones castizas del vocablo, la que más puede acercarse a ello refiere a *adoptar* o *tomar una disposición dirigida a* o *encaminada a prevenir cierta contingencia* o *a evitar que suceda algo*.

[5] Es lo que sirve de *precaución* y esta voz, a su turno, significa el *cuidado que se pone al hacer algo, para evitar inconvenientes, dificultades y daños*.

[6] Cosa que ocurre exactamente igual en la actualidad.

[7] La seguridad nunca es tal: el deudor puede morir, concursarse o quebrar, es posible que aparezcan acreedores con privilegio o de grado preferente, etcétera. En todos estos casos, el acreedor embargante no aseguró nada (en el sentido de dejar firme o seguro o de tener la certeza de que podrá percibir su crédito con el bien embargado).

vigentes en América latina (de ahí es que me parece apropiado denominar *petición* –y no *acción procesal*[8]– a este tipo de pretensión).

En razón de que el *embargo preventivo* es la figura cautelar más antigua en la legislación procesal y, además, la mejor, más extensa y detalladamente tratada, el resto de las cautelas imaginables aparecidas con posterioridad han remitido a aquella figura la normación de sus propias condiciones de actuación.

Y, hasta hoy, cuando la ley autoriza otra forma de protección cautelar diferente a la del embargo (por ejemplo, la prohibición de innovar) hace una remisión de sus propias condiciones a las del embargo preventivo, con lo cual éstas han pasado a convertirse de hecho en las *condiciones generales de todas las formas de protección cautelar*[9]. Esto se puede ver en casi todas las legislaciones de América, salvo en las pocas que ya han insertado una capítulo cautelar genérico referido a todos los supuestos legislados.

Por otro lado, y sin ostentar jamás la condición de *protección cautelar*, el legislador previó desde antaño la necesidad de anticipar el resultado de una sentencia judicial cuando graves razones lo exigían: por ejemplo, frente al cierre de una servidumbre de paso no quedaba más remedio a la ley que permitir que el juez ordenara su inmediata apertura y tolerar el tránsito por el respectivo camino mientras se discutía, precisamente, acerca del derecho a cerrarlo. La obviedad del ejemplo me exime de todo otro comentario al respecto.

De la misma forma, cuando una mujer que ha demandado su divorcio pretende percibir alimentos mientras dura la tramitación del juicio, es claro que debe recibirlos de inmediato, pues en caso de no ser así es posible que no alcance a ver jamás el final del pleito.

Los casos recién señalados a modo de ejemplo se encuentran invariablemente normados en la ley de fondo, *nunca en la procesal*, que sólo establece la forma de tramitar pretensiones a base de derechos contenidos en la ley de rango superior[10].

[8] Pues en cautela alguna hay bilateralidad del instar.

[9] Por ahora, y sin perjuicio de lo que se verá luego en el texto, tales condiciones son: *verosimilitud en el derecho, peligro en la demora* y *prestación de contracautela*.

[10] En esta tesitura, la jurisprudencia de siempre se mostró parca y cautelosa con los adelantos extemporáneos de los resultados pretendidos en el litigio. Así lo entendió la

A partir de la década de los años '50, cuando el legislador traspasó parte de sus facultades a los jueces, los dotó de poderes extraordinarios que, hasta entonces, rara vez habían tenido, tolerando de ahí en más lo que para el garantismo procesal ha pasado a ser a todas luces una inadmisible y peligrosísima discrecionalidad judicial.

Y con ello advino la todavía recurrente insistencia de la doctrina académica que postula aumentar cada día más los poderes judiciales, llegándose a lo que hoy se denomina como *poder cautelar genérico* y que luego será objeto de especial consideración y crítica.

En esta tesitura y dentro de tal marco, aparecieron nuevas "cautelas": por ejemplo, la *medida innovativa* y, hoy, la cada día más común *tutela anticipada*, a las cuales me referiré luego y que pronto fueron legisladas dentro del capítulo propio de *las medidas precautorias*.

Cuando esto se hizo, el legislador no advirtió que *nada cautelaba* sino que, bien por lo contrario, *anticipaba el contenido de una sentencia* declarativa o de condena que, además, en algunos casos no llega a dictarse jamás[11].

Pero la denominación de *medidas precautorias* o *cautelares* otorgada a estos anticipos de sentencia hizo que se les aplicaran sin más y directamente las condiciones propias del embargo preventivo (medida cautelar primaria y por excelencia).

Y, así fue que, a raíz de ello, *se obvió toda audiencia previa* de quien habría de sufrir los efectos de la declaración o de la condena del caso, mostrando a consecuencia de ella un claro perjuicio jurídico en su persona o en sus bienes y, por supuesto, a su constitucional derecho de defensa en juicio.

A tal punto se ha llegado en este notable desfase que, contrariando a

propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, como se puede ver en *JA* 2005-IV-67 y en muchos tribunales del país (*LL* 2005-A-475; *JA* 1998-I-469; *ED* 43-235, etcétera, hasta la irrupción del caso "Camacho Acosta c/Grafo Graf SRL", del 7-8-97 (*LL* 1997-E-653), referido a excepcional asunto de muy urgente solución. Por cierto, no cabe siquiera pensar en poner en tela de discusión su estricta justicia. Pero dado el auge que cobró tal solución, extensiva ahora a muchos otros problemas a veces no tan graves, la pregunta que se impone es otra: ¿puede obviarse el proceso con la mera invocación unilateral de una semejante urgencia?

[11] Con lo cual todo termina en sede cautelar. ¡Absurdo!

toda la lógica y a los más elementales principios que regulan el *debido proceso republicano*, se han instalado hoy en muchas legislaciones las denominadas *medidas autosatisfactivas*, muestra palmaria de lo que aquí se sostiene.

A tenor de las ideas expuestas, que creo ponen en su justo lugar al problema que aquí se estudiará, desarrollaré ahora el tema desde la óptica ya adelantada.

Mientras eso ocurre, habrá que tener siempre presente que desarrollaré en este punto y con exclusividad lo relativo a *las cautelas propiamente dichas*, dejando para después todo lo que sea anticipo de sentencia (ver el # 3, en este Capítulo).

2. El procedimiento cautelar y la petición que lo origina: naturaleza

Ya adelanté opinión respecto del tema en el número anterior.

Parece evidente que lo cautelar no es ni puede ser una *acción procesal*[12] pues lo característico de la actividad precautoria es que la pretensión del peticionante puede lograr inmediato proveimiento favorable del juez, sin la necesaria bilateralidad previa de la instancia.

Y ya se sabe que no hay acción si no hay bilateralidad en la discusión o, en otras palabras, si quien va sufrir los efectos de lo que se decida judicialmente no tiene audiencia anterior a lo que el juez decida al respecto.

Consecuente con ello, nada de lo relativo a las cautelas puede ser catalogado como *proceso*[13], toda vez que éste es, precisamente, el *objeto de la acción procesal*. De ahí que, descartada la naturaleza de *acción*, debe caer de inmediato cualquiera referencia a lo *procesal* (en rigor de verdad, todo lo relativo a la materia cautelar genera simples procedimientos, en los significados vistos en el Capítulo 2).

Todo esto queda resuelto doctrinalmente si se mira el tema a tenor de la explicación que, acerca de las *instancias*, he hecho en el Capítulo 2.

[12] En los términos ya vistos reiteradamente en esta obra.

[13] Aceptar que lo cautelar *no es proceso* –y definitivamente no lo es– hace que pierda de inmediato toda importancia la antigua y recurrente discusión académica de si se trata de un proceso autónomo o accesorio.

con *eficacia* y *eficiencia*, de contenidos puramente legales y, por tanto, variables de legislación a legislación.

Veamos ahora estos presupuestos en cuanto al tema en tratamiento.

2.1.1. El supuesto precedente de las cautelas en general

El *supuesto precedente* (presupuesto *previo* o *anterior*) de las cautelas en general varía en cuanto a si ellas se dirigen a preservar la *eventual ejecución de un derecho incierto* o a posibilitar la *ejecución actual de un derecho ya cierto*.

Me ocuparé aquí sólo de los primeros, cuyos supuestos precedentes se vinculan siempre con la existencia de un litigio actual o eventual e inminente, en el cual se dictará una sentencia que será menester ejecutar.

En rigor, este supuesto hace al *porqué* de la cautela.

Pero también, como luego se verá en el lugar pertinente, hay ciertas cautelas que responden, además, a otros supuestos que son propios de ellas.

2.1.2. Los supuestos consecuentes de las cautelas en general

Los *supuestos consecuentes* (presupuestos *futuros* o *inminentes*) de toda cautela respecto de la sentencia que se obtendrá luego de un proceso legítimamente llevado por el juez, son los que refieren a lo que el peticionante obtendrá (*objeto*) con la eficacia y la eficiencia del acto *cautela en particular* (hacen al *efecto* o al *para qué* de ella).

Todo esto será explicado más adelante respecto de cada cautela en particular.

2.1.3. Los requisitos generales para otorgar cautelas

Los presupuestos *actuales* o *coincidentes con el momento de admisión* de la cautela son los *requisitos*, que se relacionan tanto con su *eficacia* como con su *eficiencia*. Los vemos a continuación.

Los *requisitos de eficacia* deben presentarse siempre en el momento mismo de ordenar el juez la cautela y son de carácter *extrínseco*[16] e *intrínseco*[17].

[16] Recuerdo nuevamente que es *extrínseca* la cualidad o circunstancia que no se vincula con la esencia misma de la cautela.

[17] Insisto aquí en que son *intrínsecas* las cualidades o circunstancias propias de las

Los *requisitos de eficiencia* tienen que ver con el resultado que se aspira a obtener con cada cautela en particular y varían en función de la diligencia que el cautelante ponga al efecto. Se referirán luego con la denominación de *supuestos consecuentes.*

Volvamos ahora a los requisitos de eficacia:

1) Los *extrínsecos* se vinculan con las preguntas que pueden formularse para definir: a) *¿quién debe ordenar la cautela?*; b) *¿cuándo debe ser ordenada?*, y c) *¿cómo se ordena la cautela?*

2) Los *intrínsecos* responden a la pregunta que hay que hacer para saber *¿qué debe meritar el juez antes de ordenar la cautela?*

En los puntos que siguen serán respondidas estas preguntas.

2.1.3.1. Los requisitos generales *extrínsecos* para otorgar cautelas

Son tres: 1) la competencia del juez; 2) la adecuada oportunidad para dictarla, y 3) la prestación de contracautela.

Los vemos seguidamente.

2.1.3.1.1. La competencia judicial[18]

Lo que aquí se dice responde a la pregunta: *¿quién debe ordenar la cautela?*

La respuesta es obvia a poco que se piense el tema a partir del conocimiento previo y manejo de añeja legislación: es competente al efecto el propio juez que ya conoce del litigio, cuando es *actual* (es decir, ya

razones que motivan la petición cautelar y hacen a la esencia misma del supuesto consecuente que se pretende obtener con su dictado.

[18] Con tal denominación menciono sólo a la competencia estricta de los jueces y no de *los juzgadores*, tal cual lo hago a menudo en esta obra, en razón de que los árbitros en general carecen de facultades para cautelar, pues les está vedado todo uso de fuerza (recordar lo ya explicado en los Capítulos 1 y 9). Cabe añadir, sin embargo, que actualmente ha tomado notable impulso el uso del procedimiento arbitral y de los estudios relativos a la materia, en los cuales se enseña que los árbitros pueden ejecutar directamente sus decisiones. Claro está, en tanto no haya uso efectivo de fuerza. Y aunque se respete tal consigna, esto es peligroso para el mantenimiento del orden en procura de la paz social. Imaginemos a un árbitro cualquiera, esencialmente *un particular*, ordenando al Director de alguna repartición el Estado que efectúe concreta registración que puede cambiar derechos de terceros y se comprenderá la razón de esta crítica.

se tramita el respectivo expediente), y el juez a quien le correspondería conocer de él, cuando es *eventual* (es decir, cuando aún no se presentó la demanda).

Pero es asaz claro que nada obsta a que la cautela sea ordenada por cualquier otro funcionario judicial, habida cuenta de que la esencia de la actividad cautelar es puramente administrativa[19] y nunca fue, es o será jurisdiccional[20], actividad que compete exclusivamente a los jueces del Estado (ver el Capítulo 9).

De ahí que, pensando en un sistema que funcione adecuada y eficientemente, creo que bien se haría eliminando la tarea cautelar de la competencia de los jueces, claro está que en lo que toca a su dictado y no respecto de sus vicisitudes posteriores, pues en éstas hay o puede haber contienda.

No obstante, sin perjuicio de ello y volviendo a pensar el tema a partir de la ley, el componente de urgencia que tiene por naturaleza todo lo cautelar hace que desde antaño se tolere en casi todas las leyes procedimentales que las respectivas peticiones sean ordenadas por juez *incompetente*[21].

Como es de suponer, las mismas leyes establecen que luego de ser ordenada la cautela del caso, el juez incompetente que la dictó debe enviar al respectivo expediente al juez competente que ya entiende en la causa o que deberá conocer de ella en función de todas las pautas atributivas de competencia que ya se han visto en el Capítulo 10.

Pero debe tenerse en cuenta que no cualquier juez incompetente puede ordenar la cautela: sólo aquel que carece de competencia territorial,

[19] La naturaleza administrativa de la función no significa que pueda ejercerla otro Poder del Estado distinto del Judicial. La experiencia de la humanidad aconseja no tolerar que las tareas judiciales puedan ser cometidas por cualquier funcionario del Poder Ejecutivo. En lo particular, nuestra Constitución tiene norma expresa que, bien interpretada, lo veda y que hoy no se respeta, muy especialmente por la AFIP.

[20] Para reforzar esta idea recuerdo que, en la regulación de los turnos judiciales, es *usus fori* de antiquísima data el computar el ingreso de expedientes cautelares entre los *voluntarios* o *no contenciosos*, diferenciándolos de aquellos en los cuales existe litigio (son los *contenciosos*). De donde resulta que, aún sin saber los académicos lo que ahora se estudia en torno de la naturaleza jurídica de la actividad cautelar, ya alguien había intuido la esencia administrativa antes señalada.

[21] Una muestra más de lo dicho en cuanto a la esencia de la actividad. Y nunca nadie se rasgó las vestiduras por ello.

material, personal o cuantitativa, pero no puede hacerlo el juez que no tiene *competencia funcional* al efecto, toda vez que la pretermisión de la correspondiente instancia cercenaría el derecho de defensa de la parte que a la postre debe sufrir la cautela ordenada. En otras palabras: un juez de segundo grado de conocimiento no puede ni debe ordenar jamás cautela alguna, pues carece de facultades al efecto.

2.1.3.1.2. La oportunidad para ordenar cautelas

Lo que aquí se dice responde a la pregunta: *¿cuándo debe el juez ordenar la cautela peticionada?*

Dos cuestiones deben ser analizadas en este tópico:

1) si debe exigirse la existencia de un proceso ya pendiente al tiempo de ser solicitada la emisión de la cautela o si, por lo contrario, puede ser peticionada y obtenida antes de la existencia del litigio y con la sola promesa del peticionante de demandar oportunamente; y

2) si, en su caso, debe establecerse un plazo de caducidad de la cautela si no se demanda dentro de él.

En lo que toca a la necesidad de que exista ya proceso pendiente al tiempo de cautelar, parece claro que la respectiva petición puede ser presentada en el mismo texto de la demanda, en razón de que con su mera interposición surgen el litigio[22] y el proceso (objeto de la acción procesal). Y, también, en cualquier momento posterior, toda vez que quien puede lo más puede lo menos.

Pero es de toda lógica aceptar que la cautela se peticione y despache antes de ser presentada la demanda del caso y que dará sustento a la orden que se dicte al efecto: elementales razones de urgencia extrema que pueden presentarse en sinnúmero de casos así lo aconsejan[23].

[22] Recuérdese que, por definición, *litigio* es la simple afirmación en el plano jurídico del proceso de la existencia de un conflicto en el plano de la realidad social, con prescindencia de que éste exista o no en ella.

[23] Los ejemplos son muchísimos. Me basta sólo uno para que se advierta la entidad del problema: un armador fleta un barco debiendo una cuantiosa suma de dinero en el puerto de donde ya está zarpando. No hay tiempo material para buscar a un letrado que elabore lo que puede llegar ser una compleja demanda por la variedad de las pretensiones a deducir. ¿Cómo negar al acreedor de tal armador la posibilidad de impedir la partida o la de embargar de inmediato pertenencias del buque para cubrir

Ésta es, por otra parte, la tónica normativa constante en todas las leyes del continente.

3) En cuanto a la existencia de un plazo de caducidad de la cautela ordenada y trabada[24] antes de ser promovida la demanda del caso, es aceptable y coherente su disposición en la ley[25].

De ahí que siempre debe existir norma expresa al respecto, fijando un plazo razonable[26] a cuyo vencimiento debe operar automáticamente[27] la caducidad.

2.1.3.1.3. La prestación de contracautela como requisito para ordenar cautelas

Lo que aquí se dice responde a la pregunta: *¿cómo debe ser ordenada la cautela peticionada?*

Dado que la naturaleza jurídica de toda cautela es la propia de la instan-

su acreencia ante la eventualidad cercana de que nunca se haga con ella? Recuérdese que ya se ha visto en el Capítulo 20 que la parte procesal puede postular por sí misma y sin necesidad de dirección letrada cuando se trata de solicitar la prestación de tutela cautelar por los jueces.

[24] Castizamente, y entre otros varios significados, *traba* es lo que impide la realización de algo. Y eso es lo que ocurre con la media cautelar efectivizada, con o sin conocimiento del deudor: impide que él disponga libremente de un bien o que pueda actuar a voluntad respecto de su patrimonio.

[25] Adviértase que esto, que es moneda corriente en la vida tribunalicia, no es de vieja data. Y la actual y generalizada normativa que dispone la caducidad de cautela ordenada antes de la demanda ha venido a solucionar graves conflictos judiciales y a evitar el mal uso de la actividad judicial para presionar abusivamente el pago de una afirmada acreencia con sólo mantener *sine die* la vigencia de una cautela sin poder ponerle fin por ausencia de demanda.

[26] Como todo plazo procesal, debe ser en días (ver el Capítulo 13) y no muchos: no más de quince o veinte hábiles.

[27] En general, la caducidad no opera de pleno derecho sino que exige una declaración judicial al efecto. El problema de ello es que el juez no actúa oficiosamente (adviértase que en esta obra no se le reconocen facultades de ese porte) o desconoce o no puede llevar la cuenta del paso de los días acordados para demandar (cosa que bien podría hacerse en sede administrativa). Y, por supuesto, el cautelante jamás tiene interés en hacer cesar la cautela ya admitida. De donde resulta que el levantamiento puede operar sólo con la petición del cautelado, cosa imposible de ocurrir si él desconoce la traba de la cautela (piénsese, por ejemplo, en una simple anotación registral de la que el interesado puede tardar toda una vida en enterarse...).

cia de *petición*, no puede ni debe ser bilateralizada por el juez antes de admitirla. De ahí que no sea oído al efecto aquel contra quien se dirige.

De ahí que, en general, su admisión debe ser especial y adecuadamente ponderada[28] en cuanto a la vigencia de los requisitos intrínsecos de la respectiva pretensión cautelar, habida cuenta de que si bien y en general el resultado de la petición afecta sólo al peticionante[29], en este caso particular puede perjudicar seriamente a quien hasta ahora es un tercero en el tratamiento de la instancia: quien sufrirá los efectos propios de la cautela ordenada por ser actual o eventualmente demandado.

De ahí también que, como consecuencia de la falta de bilateralidad previa, todas las leyes exijan desde antaño que cada cautela admitida sea precedida del otorgamiento de una adecuada contracautela en cuya determinación, insisto, el afectado no participa[30].

La palabra *contracautela* no es castiza. Pero en el preciso uso forense, refiere a la *caución*[31] que debe otorgar el solicitante de la cautela para garantizar el pago de reparación indemnizatoria por el eventual daño que su efectivización provoque al afectado por ella.

Por eso es que el neologismo está bien utilizado en el caso, toda vez que la *contracautela* es, en esencia, una *verdadera cautela* que el cautelante[32] extiende a favor del cautelado[33] para el supuesto de que su propia cautela así contracautelada produzca eventualmente daño a éste[34]. Esta afirmación se muestra evidente cuando se advierte que la contra-

[28] O sea, examinada o sopesada con cuidado.

[29] Recordar todo lo expuesto en el Capítulo 2 acerca de cómo operan las varias instancias allí explicadas.

[30] Asevera la mejor doctrina que con ello se respeta el principio de igualdad procesal, cosa que es manifiestamente inexacta a poco que se piense que una caución, por importante que sea, no puede suplir la audiencia previa que debe operar como elemental e importantísimo derecho constitucional: nada menos que el de defensa en juicio.

[31] Es la garantía, fianza o medio con que se aseguran el cumplimiento de una obligación, de un pacto o de algo semejante.

[32] Neologismo que utilizo para mencionar genéricamente a quien peticiona la expedición de una cautela.

[33] Neologismo que utilizo para mencionar genéricamente a quien sufre los efectos de la cautela ordenada.

[34] Con lo cual el cautelado se convierte implícitamente en cautelante por voluntad de la ley, que procura no causar daño innecesario al regular la defensa de los derechos.

cautela participa absolutamente de todos los caracteres generales de las cautelas, tal como se puede ver en el # 2.2.[35]

Decretada la caución del caso, debe ser constituida después de la admisión de la cautela pero antes de su ejecución o traba, para así dejar expedito el procedimiento posterior.

Para eso, el juez debe fijar un monto dinerario a la caución que se prestará, teniendo en cuenta al efecto las circunstancias del caso que, casi siempre, debe adivinar precisamente por la falta de audiencia previa del cautelado. De ahí la ponderación de las circunstancias que antes he referido.

En principio, no hay relación obvia y clara entre la traba de una cautela cualquiera y el daño que ella puede provocar. Ésa es la razón por la cual añeja y seria jurisprudencia ha tratado de buscar y adoptar pautas objetivas para relacionar ambas cosas.

Y, así, en algunos medios forenses el monto respectivo se establece a base de un porcentaje (por ejemplo, el 30 o el 35%) de la cantidad cautelada, cuando se trata de dar suma de dinero[36], o de un monto cualquiera fijado voluntarista pero dizque prudentemente por el propio juez luego de considerar las circunstancias del caso. Téngase presente esto para comprender las críticas que haré en el punto siguiente al tema *verosimilitud del derecho*.

Descartado *ab initio* que el cautelante *siempre es personalmente responsable* por los daños que cause la traba de la cautela[37], resulta claro que

[35] Insisto en ello para que el lector lo tenga presente cuando explique *infra* las variadas cautelas que consisten, precisamente, en la prestación de fianzas.

[36] Este criterio no siempre refleja lo que ocurre en la realidad de la vida. Véase: una inhibición registral por mil pesos, por ejemplo, por la cual se caucionó la suma de trescientos (su 30%) para lograr su efectivización, puede generar la pérdida definitiva de la venta de importante inmueble con valuación cien veces superior al monto de la cautela. Pero no hay más remedio que optar por la aplicación de pautas objetivas, pues siempre será menos malo que aceptar con tolerancia la pura subjetividad del juez, por buena voluntad y empeño que ponga en el tema. Al fin y al cabo, el decisionismo judicial está preñado de buenas intenciones pero opera muchas veces al margen de la ley, lo que es inadmisible sistémicamente. Empero, de cualquier forma, las estadísticas judiciales de muchos años revelan que no hay prácticamente juicio alguno por reparación patrimonial fundada en exceso en la cautela.

[37] Se trata siempre de una clara responsabilidad aquiliana sujeta a sus condiciones y consecuencias.

de lo que aquí se trata es de mejorar la situación del eventual acreedor por daño que pueda sufrir en razón de ello, facilitándole el cobro de su acreencia llegado el caso de tener que hacerlo.

Finalmente: las posibles clases de caución que garantizan la obligación primaria del cautelante son tres: 1) real; 2) personal, y 3) juratoria. Las explico:

1) *Caución real* es la que constituye el propio cautelante o un tercero, gravando o afectando un bien determinado al pago de eventual acreencia del cautelado por daño sufrido a causa de la traba de la cautela.

Ejemplos de este tipo de caución son: el depósito judicial de dinero, títulos, valores o acciones que coticen en Bolsa, en cantidad suficiente para responder –a juicio del juez– a los daños eventuales; el autoembargo de bienes inmuebles o muebles registrables (con la respectiva anotación registral) o muebles no registrables (con el consiguiente depósito de ellos en otra persona, sujeta a las cargas y responsabilidades de los depositarios); la constitución de prenda con registro o de hipoteca a favor del cautelado, etcétera.

2) *Caución personal* es la que presta una tercera persona con capacidad de obligarse[38] y que, a raíz de ello, se convierte en fiador judicial[39] del cautelante.

Este tipo de caución no puede ser constituido por el propio cautelante[40], sino por un tercero convertido en su fiador.

[38] Código Civil, *art. 2011*: "Todos los que tienen capacidad para contratar empréstitos, la tienen para obligarse como fiadores, sin diferencia de casos, con excepción de los siguientes..."

[39] A este efecto se formaliza un verdadero *contrato de fianza* que, en la Argentina, está regulado en el Código Civil, *art. 1986*: "Habrá contrato de fianza cuando una de las partes se hubiere obligado accesoriamente por un tercero, y el acreedor de ese tercero aceptase su obligación accesoria". *Art. 1988*: "La fianza puede preceder a la obligación principal y ser dada para seguridad de una obligación futura [que es el caso de la fianza judicial], sin que sea necesario que su importe se limite a una suma fija. Puede referirse al importe de las obligaciones que contrajere el deudor". *Art. 1998*: "La fianza puede ser legal o judicial. Cuando la fianza sea impuesta [...] por los jueces, el fiador debe estar domiciliado en el lugar del cumplimiento de la obligación principal y ser abonado, o por tener bienes raíces conocidos, o por gozar en el lugar de un crédito indisputable de fortuna".

[40] Es que nadie puede ser fiador de sí mismo.

3) *Caución juratoria* es el juramento[41] que el mismo interesado (quien ya es naturalmente responsable por los daños que su cautela puede generar, según se vio *supra*) hace para asegurar que cumplirá llegado el caso.

Este tipo de caución sólo puede ser constituido por el propio cautelante que, como se ve, nada agrega con ello a su propia responsabilidad personal, cual ocurre en los casos anteriores, de donde resulta que no es serio ordenar cautelas a base de la simple promesa de portarse bien en el futuro, hecha ahora por quien desea cautelar a efecto de lograr la inmediata admisión de su pretensión[42].

También se utiliza en nuestros países en materia penal respecto de delitos menores, pues, de no aceptarse esto, no habría cárceles suficientes para contener a tantos imputados por ellos[43]. Y parece que ello es aceptable aunque no ortodoxo. Pero atención: jamás puede extenderse actualmente a las pretensiones de carácter no penal.

Veamos ahora cuáles son las excepciones a las reglas de exigencia de prestación de contracautela.

Las leyes en general aceptan que se prescinda de ella en ciertos casos que se justifican en atención a la persona que intenta cautelar.

Algunos ejemplos de tales casos son los que eximen de caución a quien:

1) se supone ostenta *indudable solvencia patrimonial*: por ejemplo, cuando el Estado nacional o provincial o municipal es la persona que intenta cautelar[44];

[41] Ya me he referido en el Capítulo 22 a la importancia histórica del juramento y al halo de desprestigio que actualmente lo rodea en la vida judicial. Doy aquí por reproducidas las críticas que allí expresé al respecto.

[42] Esto, que parece obvio, no lo es en la jurisprudencia generalizada en el Paraguay, por ejemplo, donde es moneda corriente otorgar cautelas millonarias con la simple caución juratoria del propio interesado en cautelar. ¡Y así son las cosas que ocurren por esos lares!

[43] Por ejemplo, para excarcelar a quien ha hurtado una gallina, la ley exige caución suficiente para lograr que el procesado del caso regrese al tribunal –luego de ser puesto en libertad– cada vez que sea citado a los efectos que fueren. Vale la pena pensar en qué fianza puede serle exigida a quien hurta gallinas para comer. De no aceptarse la solución práctica adoptada desde antaño por la justicia del ramo, habría que hacerlo excarcelable sin más o desincriminar el delito...

[44] Todo ello so pretexto de que se presume su solvencia. Lo que ha ocurrido en los primeros años del tercer milenio en muchos países de América latina y, particularmente,

2) ya ha obtenido una *sentencia judicial favorable* respecto de la pretensión cuya efectivización se intenta cautelar: esto resulta obvio a poco que se repare en que el derecho ya ha sido declarado a favor del cautelante;

3) ostenta la calidad de *cónyuge*, *socio*, *coheredero* o *comunero* respecto de los bienes gananciales, de la sociedad, de la herencia o del condominio;

4) litiga contra demandado declarado rebelde[45];

5) tiene la calidad de acreedor privilegiado sobre el bien que se intenta cautelar; etcétera (las hipótesis legales son contingentes y varían o pueden variar de legislación a legislación).

Además, se exime de prestar caución a quien ha sido agraciado[46] con el otorgamiento del *beneficio de litigar sin gastos* o ha obtenido lo que en muchas leyes se denomina desde antiguo *declaratoria* o *beneficio de pobreza* y, gracias a tal circunstancia, puede cautelar sin previa prestación de la fianza del caso. Me ocuparé específicamente de este tema en el # 2.3.3.2. Allí haré los comentarios del caso.

2.1.3.2. Los requisitos generales *intrínsecos* para otorgar cautelas

Lo que aquí se dice responde a la pregunta: *¿qué debe meritar el juez antes de ordenar la cautela en cuanto a las razones que fundamentan la respectiva petición?*

Y la respuesta se vincula con dos temas recurrentemente tratados en doctrina desde antaño:

en la Argentina, muestra que esto no pasa de ser una simple petición de principios que bien haríamos en dejar de lado: la grosera caída del sistema monetario de un país, repetida recurrentemente, hace que no se pueda mencionar con alegría su indiscutible solvencia a estos fines.

[45] Por ejemplo, CPC de Santa Fe, *art. 79*: "Declarada la rebeldía, podrá decretarse sin fianza el embargo contra el demandado para asegurar el resultado del juicio, y contra el actor, para asegurar el pago de las costas".

[46] Empleo *ex profeso* esta expresión, pues, en la Argentina de hoy, obtener tal beneficio constituye para algunos abogados sin escrúpulos –que los hay– el logro de una suerte de inmunidad tan privilegiada que muchas veces llega a convertirse en verdadera impunidad.

1) la necesidad de que, al tiempo de decretar la cautela solicitada, exista para el juez una clara *verosimilitud del derecho pretendido*, y

2) la de que se afirme y se acredite inicialmente por el cautelante la *existencia de urgencia* en la obtención de la cautela, pues se corre grave peligro de que la demora frustre el derecho litigioso.

Veamos cada uno de ellos.

2.1.3.2.1. La verosimilitud del derecho

Castizamente, es *verosímil* lo que tiene apariencia de ser verdadero y resulta creíble.

Es decir que, siguiendo esa idea en su verdadera significación, ante la mera invocación de un derecho por quien actúa o actuará como actor en un proceso a base de pretensión no penal, *el juez le cree* (!?) –a veces, sin más; otras, luego de investigar sumariamente algún documento o testimonio de tercero– y acepta subjetivamente que es *verdad aparente*[47] todo lo relativo a los fundamentos fácticos de la pretensión esgrimida.

Lo curioso del caso es que toda pretensión propia de una acción procesal[48] se dirige necesariamente contra otra persona que es o será demandada en juicio, pues es quien deberá otorgar en su momento la correspondiente prestación (cuya efectivización no puede realizar personalmente juzgador alguno).

A pesar de ello, y para forjar dicha creencia, el juez no la oye al efecto en los casos de otorgamiento de cautelas, pues la propia ley se lo prohíbe. De ahí que deba contentarse con los dichos del propio cautelante amén de atender algunos testimonios traídos por el mismo interesado para otorgarla sin más, siempre a espaldas de quien sufrirá los efectos inmediatos y mediatos de lo que se cautele.

Esto parece a simple vista un claro dislate en orden al adecuado resguardo del que debe ser siempre un irrestricto derecho constitucional

[47] Así lo sostiene toda la doctrina que se ocupa del tema. Sin embargo, recuérdese que es *aparente* lo que parece real o verdadero, pero que *no lo es*. ¿Es, acaso, un descuido del oficio?

[48] Téngase presente que es una instancia primaria y de contenido pretensional que debe ser necesariamente bilateralizada (ver el Capítulo 7).

de todo ciudadano a gozar del derecho de defensa en juicio, máxime cuando la cautela afecta gravemente la esfera de libertad del cautelado, por impedirle el ejercicio de algún derecho constitucional (cual el del normal uso de lo propio, por ejemplo).

Sin embargo, justo es reconocer que a veces se hace imprescindible ordenar alguna cautela para resguardar un derecho del cautelante (por ejemplo, el de propiedad) a riesgo de vulnerar otro (del cautelado) que puede incluso ser de mayor importancia en su esencia.

Adviértase a este efecto que hay muchas constituciones que, poniendo las cosas en el lugar en el que desde siempre debieron y deben estar, colocan al *derecho de defensa* sólo por debajo del *derecho a la libertad* y precediendo a *todo otro derecho*: al de propiedad, al de resguardo de la intimidad, al de inviolabilidad del domicilio o de la correspondencia, etcétera.

Corresponde aclarar ahora que todas las leyes procesales del continente hablan de *derechos verosímiles* a la hora de normar lo relativo a *todas las cautelas*, centrando en la persona del juez –figura central y hegemónica en el sistema inquisitivo de juzgamiento– toda la actividad procesal. A tal punto se ha aceptado esto, que ya está incorporado en las mentes jurídicas de estas tierras y, particularmente, en la de los magistrados judiciales de todos los fueros y grados de conocimiento[49].

De tal manera, la ley tolera y posibilita que el *juez crea* y que, de consiguiente, actúe voluntariamente, como mejor le parezca y, la mayoría de las veces, sin sujetarse a pautas de pura objetividad[50-51].

[49] Esta circunstancia no es baladí: precisamente son jueces en actividad quienes integran mayoritariamente la nómina de procesalistas que son académicos de lustre en el continente y, por esa misma razón, es a ellos a quienes se les encomienda invariablemente la confección o la reforma de leyes procesales. ¿Cómo, entonces, salir del círculo vicioso en el cual estamos inmersos y que tiene atrapados a todos los abogados que cumplen lo que se ha vuelto insalubre actividad de litigar?

[50] Que son las únicas que se aceptan y aconsejan en esta obra, en la constante búsqueda de un eficiente ejercicio de la abogacía y de una razonable previsibilidad de las soluciones judiciales.

[51] Muchas leyes procesales han tratado de incorporar pautas objetivas, que es lo único que garantiza una adecuada republicanización del proceso. Y así, aun exigiendo para la admisión de una cautela la existencia de verosimilitud del derecho pretendido, lo aceptan como tal, por ejemplo, cuando el demandado ha confesado en juicio, expresa o implícitamente, la existencia de la deuda demandada, o cuando se lo ha declarado

No obstante, toda la doctrina y jurisprudencia que se ha formado alrededor del tema lo acepta sin más y sin criticar la esencia misma de lo que apunto *supra*.

Por mi parte, creo que el funcionamiento de un verdadero *sistema* no puede depender en modo alguno de la pura subjetividad del juez actuante, por buena, noble, decente, estudiosa y dedicada que sea su persona.

Esto no es nuevo: los códigos más modernos (que no son necesariamente los últimos en entrar en vigencia)[52] han obviado el tema. Es más: alguna ley puntual resuelve el problema de modo diferente, al establecer expresamente que "...podrá el acreedor pedir embargo preventivo de los bienes del deudor sin necesidad de acreditar la deuda y con la sola condición de prestar fianza o caución real bastante para cubrir los daños y perjuicios si resultase que fue solicitado sin derecho..."; agregando, a renglón seguido, que "...en todos los casos, deberá justificarse la solvencia del fiador propuesto"[53].

Como ya habrá colegido el lector, el tema merece importante tratamiento en la formulación seria de un sistema de enjuiciamiento que respete la esencia propia del método acusatorio, único compatible con expresas y universales garantías constitucionales.

Seguidamente se verá similar crítica en cuanto al requisito restante.

Por ahora adelanto que este requisito relativo a la verosimilitud del derecho habrá de operar sólo respecto de ciertas cautelas y no de todas, tal como lo explicaré al tratar de cada una de ellas.

2.1.3.2.2. El peligro en la demora

Desde siempre se ha vinculado al otorgamiento de cautelas con el pe-

rebelde en el proceso por falta de comparecencia, o cuando se ha obtenido sentencia en su contra aunque no esté aún firme, etcétera.

[52] Entre los cuales abundan ideas inquisitoriales hasta constituir, algunas veces, un verdadero exceso de autoritarismo (ver, por ejemplo, el código peruano).

[53] Texto del CPC de Santa Fe, art. 277, vigente desde el 1° de febrero de 1962. A la fecha en la cual esto escribo, han pasado ya ¡45 años! y no se registra memoria de que haya habido un solo problema generador de responsabilidad por no estudiar los jueces si hubo o no verosimilitud del derecho en cada cautela de las miles y miles que han dispuesto a diario en tan dilatado lapso.

ligro que entraña la necesaria demora que existirá entre el momento de entablar la demanda y el de la ejecución de la sentencia que recaiga sobre ella, largo período durante el cual el demandado, por ejemplo, puede generar su insolvencia: a raíz de ello, es altamente probable que el mandato final del juez termine siendo inoperante y el proceso haya sido en vano.

De ahí que algunas leyes del pasado exigían que el juez comprobara personalmente la existencia de dicho peligro como insoslayable requisito de admisión para otorgar cualquier cautela.

Es más: cuidando otras leyes la esfera de libertad de quien debía sufrir los efectos de la cautela decretada (cosa que obviaban en cuanto al requisito anterior), algunas leyes hicieron más difícil la comprobación al exigir, por ejemplo, que la demora causara *perjuicio inminente* o *perjuicio irreparable* o mediara *extrema urgencia* o *circunstancias graves*, etcétera.

Y esto es lo que glosan los autores de la materia, dando por sentado que el cautelante debe convencer *unilateralmente* al juez, con variados argumentos y medios de prueba, de que hay *peligro* y hay *derecho verosímil.*

Sea como fuere, y atendiendo a que la comprobación de este peligro y de la verosimilitud del derecho insume enorme tiempo judicial, en lo que es obvia tarea administrativa y no jurisdiccional[54], ¿es razonable mantener este requisito en un sistema procesal, sin más y para *todo tipo* de cautela? ¿O habrá que realizar una tarea selectiva de pretensiones cautelares para que sean sometidas por la ley a la exigencia de diferentes requisitos de admisión? En el curso de las páginas siguientes haré esa selección con el confesado anhelo de encontrar un mejor método para impartir justicia en nuestros países.

Por ahora, repárese en que un juicio ordinario correcta, puntual y eficazmente llevado adelante por ambas partes y sin demoras innecesarias en el ordenamiento vigente en el CPC de Santa Fe, insume la

[54] Con lo cual sigue empleándose el poco tiempo de los jueces en tareas improductivas que son ajenas a la de sentenciar litigios, que es lo único que se espera de ellos como últimos garantes de la vigencia y de la tutela efectiva de los derechos y del mantenimiento de la paz social.

friolera de doscientos diez días hábiles, contando al efecto el total de los plazos necesarios para recorrer todas sus etapas en el primer grado de conocimiento.

Si a ello se le suma otro año calendario, que puede insumir el trámite del segundo grado de conocimiento, y aceptando que allí termina todo, pues las partes no recorren instancias de grado extraordinario, resulta que la menor duración de un pleito según los parámetros temporales brindados por la propia ley gira alrededor de los *tres años:* ¡cómo no aceptar, entonces y sin más, la existencia de dicho peligro![55]

Pero la experiencia judicial y abogadil de muchos, muchos años, me ha enseñado que, de hecho, los plazos se duplican por docenas de razones que todo el mundo conoce y acepta con calmada resignación.

Por eso es que creo que, a tenor de todas las críticas vertidas en este punto y en el anterior, la solución para cautelar adecuadamente sin que se perjudique el sistema y los intereses de las partes es presumir lisa y llanamente la existencia de tal peligro (al menos en los pleitos por cobro de sumas de dinero que, ya se sabe, duran años)[56] y cuidar de aplicar la pauta relativa a la existencia de un derecho verosímil sólo en los casos en los que ella realmente deba aparecer.

2.1.4. Los requisitos específicos para otorgar ciertas cautelas

Sin perjuicio de los ya vistos precedentemente, varios tipos de cautela tienen requisitos propios y específicos de cada una de ellas: serán enunciados en el lugar correspondiente.

[55] Con esto no cargo las tintas a funcionario judicial alguno. Tan sólo muestro una realidad que estimo se debe a la vigencia misma del sistema dispositivo, que deja al cuidado de las partes la defensa de sus derechos y la elección de la oportunidad para hacerlo. Y si la habitualidad del ejercicio profesional revela que entre paso y paso procedimental de un expediente cada abogado se toma el tiempo que puede en homenaje a las más variadas razones, que todo el mundo conoce y que nadie menciona cuando se habla de *mora judicial*, no hay más remedio que aceptar desde la misma ley la existencia del peligro del cual se habla en el texto.

[56] Estas dilaciones arrastran también a nuestros mal llamados juicios ejecutivos, que de tales tienen poco, como se ha visto en el Capítulo correspondiente: en mi ciudad, con jueces que ejercen competencia especial en cuanto a la materia ejecutiva, muchos pleitos duran más de tres años...

2.2. Los caracteres de las cautelas admitidas

Véase finalmente lo relativo a los caracteres generales de todas las cautelas que siempre, en todos los casos, son: accesorias, provisionales, modificables y caducables. Además, y como ya se vio *supra*, y salvo caso excepcional al cual luego he de referir, siempre son unilaterales en tanto no exigen bilateralidad previa para su admisión.

Por lo contrario, y maguer la valiosa opinión de algunos importantes autores, no es un carácter propio de las cautelas el ser *anticipo jurisdiccional* de la respectiva pretensión. Y ello por cuanto tal anticipo constituye otra especie que responde a necesidades diferentes, según se vio *supra* y se verá luego *infra*.

Los explico:

a) son *accesorias*[57] o *instrumentales*[58], por cuanto existen en consideración a un proceso en el cual se discute o, a veces, se discutirá un derecho incierto; o se posibilitará su ejecución cuando es cierto; o el del adecuado ejercicio de su defensa en juicio. De tal modo, este carácter determina que, terminado el proceso (lo *principal*) cae automáticamente la cautela (lo *accesorio*)[59];

b) son *provisionales*[60], pues subsisten sólo mientras duran las circunstancias que la generaron;

c) son *modificables* o *mutables*[61], toda vez que pueden variar en orden

[57] Según Código Civil, *art. 2328*: "Son cosas accesorias aquellas cuya existencia y naturaleza son determinadas por otra cosa, de la cual dependen, o a la cual están adheridas".

[58] Adjetivo invariable que califica a lo que sirve de instrumento o tiene la función de éste. A su turno, *instrumento* es lo que sirve como medio para conseguir un fin. En razón de que el proceso en sí mismo ha sido calificado por la doctrina como un instrumento al servicio de la finalidad de lograr la efectivización de una garantía o de un derecho material, es evidente que la cautela viene a ser *el instrumento del instrumento*. Téngase esto presente para cuando explique en este capítulo qué son las llamadas *medidas autosatisfactivas*.

[59] Esta automaticidad no implica que opere de *pleno derecho*, pues muchas veces es menester que el juez actuante proceda a ordenar expresamente el levantamiento de la cautela trabada sobre bien determinado, máxime cuando ha producido efectos en registros de bienes o en bienes en particular que se hallan en poder de terceros que, como tales, desconocen los avatares del proceso.

[60] No definitivas.

[61] Así se denomina lo que cambia o muda con facilidad.

a las necesidades y las circunstancias del caso. De tal forma, nunca adquieren carácter de *caso juzgado* (material o formal) por lo que las cautelas pueden ser ampliadas, disminuidas, sustituidas y levantadas;

d) son *caducables*, siempre que la ley admite que sean ordenadas en forma previa a la iniciación del proceso al cual acceden. Quedan a salvo de esta afirmación los anticipos confirmatorios que, por obvias razones de lógica pura, no pueden estar sujetos a caducidad alguna.

Además, también caducan algunos casos en los cuales ha mediado previa bilateralización de la pretensión, por así disponerlo el juez o la propia ley (v. gr.: arraigo y pobreza). Esto último no se advierte fácilmente en razón de que ambos ejemplos no son considerados como *cautelas* sino como *incidentes* (*rectius est, accidentes* en la nomenclatura utilizada en esta obra, ver el Capítulo 23). Volveré luego sobre el tema.

2.3. La clasificación de las posibles cautelas

Las peticiones cautelares en general, pueden tener por objeto la protección de:

1) *bienes*[62];

2) *derechos litigiosos* o *ciertos*;

3) *personas que litigan* o *desean litigar*;

4) *medios de confirmación procesal* y, en lo penal, de la

5) *regular continuación del proceso*.

Esta presentación del tema no es habitual en las obras que se ocupan de él en la doctrina nacional que, siguiendo a Calamandrei[63], las clasifican según su contenido y no de acuerdo con su finalidad. Y así, hablan de providencias:

a) *instructorias anticipadas*,

b) *dirigidas a asegurar la futura ejecución forzada del derecho hoy litigioso*,

c) *mediante las cuales se resuelve interinamente acerca de una relación controvertida* y

[62] *Rectius est*: en la mayoría de los casos, *créditos*, que serán eventualmente abonados con el producto de esos bienes.

[63] Ver su *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, EBA, Buenos Aires, 1945, ps. 53 y ss.

d) *que imponen una caución ordenada por el juez.*

Creo que teniendo en vista el objeto protegido será más fácil la comprensión de las críticas que seguidamente haré de las clasificaciones tradicionales.

2.3.1. Las cautelas cuyo objeto es la protección de bienes

Estas cautelas refieren genéricamente a *bienes materiales*[64] (cosas muebles, inmuebles –por su naturaleza, por accesión o por su carácter representativo– y semovientes) e *inmateriales*[65] (porción hereditaria o condominial, participación societaria, derecho intelectual, etcétera) y tienen siempre por objeto:

1) asegurar la eventual ejecución forzosa de un derecho aún no declarado y que se encuentra litigioso a la espera de que lo declare una sentencia o un laudo a dictar luego de un proceso; o

2) posibilitar la ejecución forzosa de un derecho ya declarado, por una sentencia o por la ley; o

3) mantener el *statu quo* actual de ciertos bienes mientras se discute sobre ellos en un proceso.

Las explico seguidamente.

2.3.1.1. La cautela de bienes para asegurar la ejecución forzosa de un derecho aún no declarado

Los diferentes tipos de cautela que responden a este enunciado son: el *embargo preventivo*, el *secuestro*, el *depósito judicial* de la cosa acerca de la cual se litiga y la *inhibición general.*

2.3.1.1.1. El embargo preventivo

Ya se adelantó *supra* que es el tipo de *cautela* que se hace *sobre bienes materiales* o *inmateriales*, agregando ahora que deben ser de *propiedad* o de *posesión*[66] del embargado y que tiene por objeto su específica

[64] Civilmente, son *cosas* los objetos materiales susceptibles de tener un valor.

[65] Civilmente, son *bienes* los objetos inmateriales susceptibles de tener un valor. Pero también las cosas son *bienes*, pues el conjunto de ellos constituye el patrimonio de una persona.

[66] Utilizo el vocablo en el preciso sentido del derecho civil: mantener la tenencia de una cosa y la voluntad de comportarse respecto de ella como si fuera su dueño.

asignación[67-68] al eventual[69] pago de un crédito aún no declarado como tal por sentencia o laudo (es *litigioso*) cuando, ya cierto y no abonado espontáneamente por el deudor, se requiera su ejecución forzosa.

Desde el momento de la efectivización del embargo, el cautelado (ahora, embargado)[70] puede continuar con el uso de la cosa (pues no se le quita la tenencia de ella[71], cual ocurre en el caso de secuestro), pero en calidad de *depositario judicial*[72], lo cual lo convierte en su

[67] La doctrina en general usa el vocablo *afectar* que, semánticamente, nada tiene que ver con lo que de aquí se trata. Recientemente, se acepta esta palabra dentro de los modernos diccionarios de uso del español corriente, pero como una subacepción relativa *al destino que se da a algo para cierta función o servicio.*

[68] Gran parte de la doctrina sostiene que, además de su "afectación" al pago, tiene por objeto la *inmovilización* de la cosa embargada. Es obvio que esto no es así: nada impide que la venda el propio embargado cuando es depositario de la cosa embargada. Sólo que tiene que hacerlo dando precisa noticia al comprador del estado jurídico de la cosa vendida y al juez que ordenó la cautela la de la venta efectuada, con lo cual sólo cambia la figura del depositario y no se altera la situación del garantizado. De no actuar así, el propietario comete uno de los tipos del delito de *defraudación* que, desde antiguo se conoce con la denominación de *estelionato*. El Código Penal argentino, en su *artículo 172*, dice: "Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño". Y en su *art. 173*: "Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece [...] 9) el que vendiere o gravare como bienes libres, los que fueren litigiosos o estuvieren embargados o gravados; y el que vendiere, gravare o arrendare como propios, bienes ajenos..."

[69] Empleo la palabra *eventual* con un doble significado: a) como el crédito aún no está declarado, es factible que sea rechazada la demanda al respecto, con lo cual el embargo caerá sin más; b) pero aun si la demanda prospera, pueden darse variadas circunstancias que determinen que el bien embargado y, por ende, asignado al pago de ese crédito, no sirva al efecto: por ejemplo, hay otro acreedor privilegiado, o de grado preferente en el cobro, o el deudor cae en quiebra, etcétera. A todo ello me referiré luego en el texto. Pero vale esta explicación ahora, pues me he negado a aceptar que la cosa embargada sirva para garantizar algo, tal como hacen quienes reman siempre a favor de la corriente y repiten cosas de otros sin pensar demasiado en las consecuencias que se logran.

[70] Recuérdese que en el Capítulo 15 hemos visto las diferentes denominaciones que van tomando las partes procesales durante el curso del pleito en orden a sus contingencias: incidentista e incidentado, apelante y apelado, embargante y embargado, etcétera.

[71] Salvo supuestos excepcionales que el juez debe meritar con toda prudencia.

[72] Lo que no le quita su carácter de propietario, gracias a lo cual puede, por ejemplo, usar natural y racionalmente de la cosa y venderla. Adviértase que esto es así en razón de que si la cosa perece, lo hace para el embargado, no para el embargante, quien puede volver a embargar lo que desee.

guardador y, como tal, debe abstenerse de ejercer todo acto que disminuya su garantía.

En la realidad, las diferentes leyes procesales regulan de manera diversa los posibles casos de embargo preventivo (por ejemplo, supuestos de contratos bilaterales, de créditos aún no constituidos por imputar el acreedor responsabilidad aquiliana al deudor, etcétera), que no hacen a la esencia del instituto y que no pueden ser objeto de tratamiento en esta obra en la cual, además, he afirmado la necesidad de disponer con amplitud este tipo de cautela, a punto de obviar lo relativo a la verosimilitud del derecho y al peligro en la demora.

De tal modo, el lector tendrá que ocurrir a su propia ley procesal para indagar cómo se trata allí el tema.

Véanse ahora los *presupuestos* del embargo preventivo: supuestos –precedente y consecuente– y requisitos actuales.

a) *El supuesto precedente*

Además del supuesto general propio de todas las cautelas (ya visto *supra* en el # 2.1.1.), es condición específica del embargo preventivo el conocimiento, por parte del embargante, de la existencia de bienes embargables de propiedad o posesión del embargado. Caso contrario[73] no hay razón alguna que justifique la emisión de esta cautela, por lo cual sostengo que no debe ser decretada.

b) *El supuesto consecuente*

Este supuesto posterior del embargo varía según que, al momento de embargar, se encuentren o no bienes para hacerlo: 1) si los hay, quedan asignados al eventual pago de la deuda cuando ella sea cierta y el deudor no la abone espontáneamente; 2) si no los hay o si, habiéndolos, no alcanzan para cubrir la suma a embargar, se habilita la inmediata admisión de otra cautela que deberá ser solicitada ulteriormente y decretada de inmediato por el juez: la *inhibición general*, que será tratada luego.

c) *Los requisitos generales para decretar el embargo preventivo*[74]

Ya se han visto en general en el # 2.1.3. y a lo allí expresado remito

[73] Adviértase que el desconocimiento de bienes sometibles a embargo es el supuesto precedente de la inhibición general, que trataré *infra*.

[74] Téngase presente que son las condiciones *actuales* o *coincidentes con el momento*

al lector, dejando nuevamente a salvo mi opinión respecto de los requisitos de carácter intrínseco que mencionan nuestros códigos procesales en general.

Insisto en ello con relación en cuanto al peligro en la demora y a la exigencia de comprobar previamente la verosimilitud del derecho que ampararía a ese embargo: ninguno de estos requisitos se justifica en el embargo preventivo, que supone, por esencia, que el bien embargado permanece en poder del deudor, sin sufrir desplazamiento alguno su tenencia actual (cosa que, como se verá, no ocurre en el caso de secuestro, en el cual la solución debe ser necesariamente otra)[75].

En otras palabras: el embargo sobre bienes del deudor puede alterar la situación jurídica, tanto del deudor como de algunos de sus bienes pero, atención, en nada modifica la situación de hecho existente al momento de la traba de la cautela: después de ella, todo permanece igual que antes en el terreno fáctico de la realidad social.

De ahí que esta antiquísima cautela, sobre la cual se han elaborado todas las demás, es la que menos daño causa o puede causar al deudor. De ahí también la posición doctrinal que muestro en el texto.

Resta agregar ahora, y en cuanto a los requisitos *extrínsecos*, algunas referencias puntuales a temas relativos a la efectivización del embargo ordenado por el juez y que tienen que ver con:

c.1) *La naturaleza de los bienes a embargar*

El embargo preventivo puede ser ordenado respecto de pretensiones (demandadas o por demandar) relativas a obligaciones, tanto de *dar sumas de dinero* como de *dar cosas ciertas y determinadas* y, también, por obligaciones *de hacer*: por ejemplo, otorgar una escritura pública.

de admisión del embargo y que se relacionan tanto con la *eficacia* como con la *eficiencia* de la cautela.

[75] Surge de lo dicho en el texto que no acepto doctrinalmente que pueda haber embargos preventivos sobre sueldos o cuentas corrientes bancarias o ingresos de fondos de comercio (ya se verá específicamente el tema más adelante, donde haré reflexión similar), todo obviamente embargable pero *ejecutiva* y no *preventivamente*, que es de lo que aquí se habla. Cierto es que las colecciones jurisprudenciales muestran numerosos ejemplos de embargos preventivos como lo que aquí critico. Pero ello es claramente ilegítimo, pues no es posible invadir el derecho de propiedad ajeno sin derechos patrimoniales judicialmente declarados o presumidos por la ley.

En los casos primero y tercero, el embargo debe ordenarse sobre bienes en general por un monto que se mencionará en el punto siguiente. En el caso referido a dar cosas ciertas y determinadas, el embargo debe ordenarse sobre la totalidad de ellas y, eventualmente para el supuesto de que no aparezcan al tiempo de trabarse la cautelar, sobre suma de dinero equivalente a su valor.

A tales fines, el juez libra[76] un mandamiento[77] de embargo que entrega a un oficial de justicia[78] para su inmediato diligenciamiento[79], otorgándole en el mismo acto las facultades necesarias para el eficaz cumplimiento de la orden de cautelar.

Tales facultades deben ser las suficientes para cumplir eficaz y eficientemente el mandato contenido en el respectivo mandamiento. De tal modo, debe contar con autorización expresa en su texto para allanar domicilio, solicitar el auxilio de la fuerza pública, los servicios de cerrajero, etcétera.

c.2) *El monto por el cual debe ordenarse el embargo*

El embargo sobre bienes en general decretado con motivo de cualquiera de los casos recién presentados debe ser *siempre valuado en dinero*. Su monto debe ser razonable y suficiente pero no excesivo, limitándose a la suma necesaria para cubrir el total de la deuda, sus intereses[80] y las eventuales costas estimadas prudencial y provisoriamente.

Todo ello debe ser establecido siempre por el juez de la forma más objetivamente posible, teniendo al efecto en miras el valor de venta eventual en subasta[81] del bien embargado para que pueda alcanzar

[76] En derecho, *librar* se usa con el significado de dar, expedir o comunicar.

[77] Es un mandato que da por escrito un juez para lograr la realización de algo. En el caso del embargo, es la orden dada a un funcionario subalterno para que practique y trabe la cautela en la forma y con las modalidades dispuestas al efecto.

[78] El oficial de justicia es un auxiliar jerárquico que integra la planta del Poder Judicial y cumple la función de ser el brazo ejecutor del juez fuera del edificio del tribunal. Así, es quien notifica, desahucia, secuestra, embarga, pone en posesión del cargo a ciertos funcionarios judiciales (depositarios, administradores, etcétera).

[79] La palabra *diligenciar* tiene en el campo procesal el significado de tramitar, cumplir o ejecutar un acto ordenado por la ley o por el juez.

[80] Los que hayan sido demandados: pueden ser compensatorios, sancionatorios, moratorios o punitorios.

[81] La voz *subasta* refiere a la venta pública en la que se adjudica lo que se vende al mejor postor o a quien ofrece más dinero. Se usa comúnmente el sintagma *pública*

a cubrir el monto total del crédito reclamado y los accesorios recién mencionados.

En el supuesto de otorgamiento de escritura pública, debe calcularse el valor del coste que pueda insumir la respectiva escritura y su posterior registración.

En el caso referido a dar cosas ciertas y determinadas, el embargo debe ordenarse sobre su totalidad y, eventualmente para el supuesto de que no aparezcan al tiempo de trabarse la cautelar, sobre suma de dinero equivalente al valor venal de ellas.

c.3) *Las cosas sobre las que puede trabarse el embargo*

En general, puede trabarse embargo sobre toda clase de bienes acerca de los cuales no exista prohibición legal de hacerlo[82].

subasta para mencionar a la ordenada por un juez. En zonas del español meridional se le dice también *remate*.

[82] Las leyes en general se han ocupado desde antaño en determinar la nómina de bienes que no son susceptibles de embargo (por ejemplo, tomo al efecto una ley procesal con norma expresa donde se prohíbe embargar el lecho cotidiano del deudor, de su mujer y de sus hijos; los muebles y ropas del preciso uso de ellos si correspondieren a su posición social; los utensilios necesarios para preparar el sustento; los animales destinados a proveer su alimentación y la de su familia; las provisiones alimenticias necesarias para la subsistencia de un mes; las sumas o frutos que se destinen a los alimentos; los libros, instrumentos, animales, enseres y semillas necesarias para la profesión, arte u oficio que ejerza; el usufructo de los padres sobre los bienes de sus hijos que les fueren indispensables para llenar las cargas respectivas; los créditos por pensiones alimentarias y litisexpensas; los bienes y rentas de las provincias o municipios, mientras se encuentren afectados a un servicio de uso público, excepto en los casos de acreencias a cuyo pago estén afectados los ingresos respectivos; los sepulcros, salvo el caso de que se reclame su precio de compra o construcción; las imágenes de los templos y las cosas afectadas a cualquier culto, a menos que se reclame su precio de compra o de construcción; los honorarios profesionales sino hasta un porcentaje que la propia ley establece; cierta porción de jubilaciones y pensiones, etcétera. Después de tan extensa nómina alguien podrá preguntarse si es que queda todavía algo que sea embargable. Y la respuesta es sí, lo hay y mucho, pues, si bien se mira, el inventario que antecede tiene que ver sólo con las necesidades básicas del alojamiento y elemental sustento del deudor y su familia. Pero con la enorme masa de bienes que sí resultan embargables, la jurisprudencia decisionista magnánima ha acrecido esta nómina en forma constante en los últimos cincuenta años. Y a ella se han sumado ahora la heladera; la radio; el televisor; la licuadora; el juego de sala; la cocina; toda suerte de estufas y calefones; el aparador; la araña de luz; el ascensor; el bahiut; el bargueño; las cortinas; el diccionario; las enciclopedias; los libros de historia; el juego de comedor; el juego de copas; el juego de cubiertos; el juego de living; el juego de te; la lámpara de pie; el mantel de

Pero como no todos los bienes tienen la misma facilidad de realización cuando llegue el momento de tener que subastarlos, las antiguas leyes procesales establecían un estricto orden de prelación para trabar cualquier embargo (preventivo o ejecutivo)[83]; cosa que el juez debe tener siempre en cuenta cuando se trata de sustituir embargos, tema del que me ocuparé seguidamente.

c.4) *Las contingencias que puede sufrir el embargo durante el transcurso del pleito*

Desde el momento mismo de la traba del embargo hasta que sea menester subastar los bienes embargados, pueden existir diferentes contingencias que deben ser siempre reguladas por los códigos y que, sin embargo, casi nunca lo hacen o no son claros respecto de todas ellas.

Congruente con lo dicho, un embargo puede ser:

c.4.1) *insuficiente*: debe ser ampliado por el juez a petición del embargante. A este efecto, la ampliación debe responder a todos los presupuestos ya vistos respecto de las cautelas en general.

Como todo lo relativo a la pretensión del embargante de ampliar un embargo ya dispuesto (y trabado o no aún) es una *instancia de petición*, la ampliación del caso debe ser dispuesta *sin audiencia previa del embargado*, tal como se explicó antes en este mismo Capítulo.

mesa; la máquina de coser; la máquina de escribir; la mesa plegable que no es de gran valor; la mesa del teléfono; la mesa del televisor; el modular; el piano, cuando es de estudio; el ropero; el sillón; el tocadiscos; la alfombra; la biblioteca, etcétera. ¡No puede negarse la piedad de la justicia inquisitorial decisionista! Gracias a estos antecedentes jurisprudenciales y más recientemente, se ha declarado por algunos jueces que es inembargable la casa única que fue puesta como garantía por el propio deudor para respaldar el pago de un préstamo que obtuvo gracias a ella. Por cierto, la añagaza juega en contra del crédito: ¿quién aceptará otorgar un mutuo con esa garantía? ¿Ha advertido el lector que en los últimos cinco años no se ha visto un remate de cosas muebles? Y, además, ¿notó que se han suspendido *sine die* más del noventa por ciento de las subastas de inmuebles? Parece razonable sostener frente a ello que, sociológicamente, la onda actual puede ser buena en orden a la recurrente pobreza de nuestros pueblos. Pero, desde el punto de vista jurídico, ¿puede decirse lo mismo?

[83] Ver, por ejemplo, lo dispuesto en el art. 826 del CPC de Santa Fe, Argentina, vigente desde 1880 hasta 1942, que dice: "El embargo de bienes se hará en el orden siguiente: 1) dinero efectivo; 2) alhajas, piedras o metales preciosos; 3) bienes muebles o semovientes; 4) bienes inmuebles; 5) créditos o acciones; 6) sueldos, salarios y pensiones".

Como se ha visto en el Capítulo 30, la impugnación que deduzca el embargante contra la decisión que no admite la ampliación es una *instancia de reacertamiento*, a cuyo procedimiento permanece siempre ajeno el embargado.

En cambio, la impugnación que haga el propio embargado tanto contra la decisión de embargar como contra la de ampliar el embargo inicial, es *instancia de acción procesal*, a raíz de lo cual el embargante debe ser oído antes de que la alzada emita cualquiera decisión sobre el tema[84];

c.4.2) *excesivo*: debe ser reducido por el juez a petición del embargado.

Todo lo relativo a la pretensión del embargado de reducir un embargo ya trabado es una *instancia de acción procesal*. Por tal razón, la pretensión accidental de reducción que se presente contra la orden de cautelar debe ser sustanciada con audiencia previa del embargante[85].

En su caso, la caución otorgada para embargar debe ser reducida en la exacta proporción del embargo;

c.4.3) *trabado sobre bienes que son inembargables o que el embargado precisa disponer libremente*: debe ser sustituido por orden del juez a petición de cualquiera de las partes interesadas en la cautela[86].

Todo lo relativo a la pretensión del cautelado de sustituir por otro un bien embargado (por la razón que fuere y que el juez evaluará al momento de decidir) constituye un *accidente procesal* (ver el Capítulo 24) incoado a raíz de la interposición de una *instancia de acción pro-*

[84] Las diferencias que hago en el texto no son otra cosa que la aplicación al caso de las ideas explicadas en la Lección 3 respecto del concepto de *instancia*.

[85] Para que diga y haga lo que quiera: eso es, precisamente, la bilateralidad del instar. La idea es universal: en diversos idiomas se dice: *Et audiatur altera pars* (latín); *Che l'altra parte sia anche audita* (italiano); *Il faut que l'autre part sois aussie écoutée* (francés); *Let's hear the other party* (inglés), y *Dass die Gegenseite auch gehört wird* (alemán), todo sinónimo de "Que se oiga también a la otra parte". Y en todas partes se trata de lo mismo: de una grande conquista de la civilidad, hoy dejada de lado a cada rato merced al inefable decisionismo judicial.

[86] Es recurrente la creencia abogadil de que sólo puede pedir la sustitución de un bien embargado el propio deudor, so capa de que es a él a quien afecta el embargo. Sin embargo, y como lo señalo en el texto, también puede ordenarse la sustitución a pedido del propio embargante, pues, por ejemplo, advierte luego de trabada la cautela que el bien embargado no sirve al efecto pretendido o es dudosa su calidad de embargable y, por ello, prefiere sustituir ahora y no discutir luego acerca de la validez de tal embargo.

cesal. Por tal razón, dicha pretensión debe ser sustanciada con audiencia previa del embargante[87];

c.4.4) *ilegítimo*, pues se trabó sin que se dieran los requisitos para ello: debe ser levantado de inmediato por el juez a petición del embargado.

Reitero aquí lo recién explicado en cuanto a la sustitución: todo lo relativo a la pretensión del embargado de levantar el embargo trabado es una *instancia de acción procesal*. Por tal razón, dicha pretensión debe ser sustanciada con audiencia previa del embargante.

c.5) *La duración del embargo*

Dos son las hipótesis a considerar en cuanto a este tema:

c.5.1) la primera refiere al *tiempo* en el cual se trabó la cautela:

A) si el embargo se ordenó sobre cualquier bien *antes* de haber sido presentada la demanda, dura un plazo muy breve (en días), como el que regularmente establecen las leyes procesales para que el actor proceda a demandar (por ejemplo, *quince días hábiles* contados a partir de la traba del embargo). La sanción por no hacerlo así es la caducidad del embargo que, en la mayoría de las legislaciones, *opera de pleno derecho*, sin necesidad de petición alguna de parte ni de resolución del juez en tal sentido[88];

B) si, en cambio, el embargo se ordenó sobre cualquier bien *después* de haber sido presentada la demanda, dura todo el proceso y cambia a embargo ejecutivo por decisión judicial al comenzar la ejecución forzosa de lo sentenciado[89].

c.5.2) la segunda se relaciona con el *tipo de bien* embargado:

A) si el embargo se trabó sobre *cosa mueble no registrable*, su duración

[87] Otra vez: para que diga y haga lo que quiera al respecto.

[88] Pero, como ocurre siempre que la ley norma con una suerte de *petición de principios*, resulta claro que si el embargo se ha registrado en alguna repartición pública será menester su levantamiento por orden judicial. Lo mismo acaece si al embargar una cosa mueble se nombra como depositario de ella a un tercero. ¿Cómo puede saberse en ambos casos –y, así, actuar en consecuencia– que el levantamiento de la cautela operó por caducidad de pleno derecho? ¿No es esto otro de los tantos dislates que los legisladores nos obsequian a cada rato, con mucha alegría y total despreocupación por los diarios problemas que su ignorancia genera en la vida judicial?

[89] Cuando haya deuda con cifra líquida y exigible y el oficial de justicia intime al deudor a su pago.

se extiende por todo el tiempo que dure el pleito hasta obtener el actor una sentencia firme y ejecutoriada que le posibilite la ejecución forzada del bien embargado;

B) en cambio, si se trabó sobre *bien registrable*, su duración no se extiende por todo el tiempo que dure la tramitación del pleito sino por el que autorice o tolere la respectiva ley registral, toda vez que la mayoría de ellas establece un plazo de caducidad de la cautela luego de pasado un tiempo prudencial.

A este efecto, debo recordar que no hay un registro único en *todo el país* para *todos los bienes registrables*, sino tantos como lo haya dispuesto el capricho del legislador en orden al tipo de bien de que se trate y al lugar donde ha situado el correspondiente registro con una competencia territorial a partir de allí.

En la Argentina, los registros más importantes que pueden mencionarse a guisa de ejemplo, son:

A) el de *bienes inmuebles*: los llamados desde antaño *Registros Generales* de inmuebles, de donde viene la denominación tradicional de este tipo de cautela denominado *inhibición general*. Hay por lo menos uno por Provincia y en la Capital Federal;

B) el de *sociedades comerciales* y de las respectivas tenencias accionarias de sus socios, que lleva el Registro Público de Comercio sito en cada Provincia (puede haber más de uno por lugar) y en la Capital Federal;

C) el de *automotores*, que funciona en muchas y diferentes ciudades del país;

D) el de *marcas y señales de semovientes* que funciona en algunas Provincias;

E) el de *marcas y patentes de invención*, que opera unitariamente en la ciudad de Buenos Aires;

F) el de *créditos prendarios*;

G) el de *naves de mayor calado*, que lleva la Escribanía de Marina sita en cada lugar que cuenta con puerto de aguas navegables;

H) el de *naves de menor calado*, a cargo de la Prefectura Nacional Marítima y Fluvial;

I) el de *caballos de pura sangre de carrera*: el llamado *Stud Book* que lleva el Jockey Club Argentino, etcétera.

Si bien se mira, un deudor puede disponer, vendiendo, cediendo o gravando, todos los bienes susceptibles de ser registrados en las reparticiones recién mencionadas. De ahí la importancia de la inhibición, pues ella posibilita mantener incólume el patrimonio del deudor, al no poder efectuar la venta sin pagar la suma de dinero por la cual se trabó el embargo.

Por eso es que, luego de ordenado judicialmente el embargo, debe anotarse en uno, en varios o en la totalidad de los registros mencionados a fin de que la registración cumpla su cometido de tener efecto contra terceros.

Por otra parte, debe tenerse presente que cada una de las leyes que regulan el funcionamiento de todos estos registros puede establecer plazos de duración de la respectiva anotación. Y así funciona el tema en la realidad jurídica, pues la mayoría de las leyes que regulan la registración de cautelas en general (embargos e inhibiciones) establecen un plazo de caducidad para la respectiva registración que opera casi siempre de *pleno derecho* (es decir, sin necesidad de petición de parte interesada ni de resolución judicial alguna).

Por ejemplo, en el Registro General de la Propiedad Inmueble (en la ciudad en la cual esto se escribe), la anotación de cualquier embargo o inhibición caduca a los cinco años contados desde la traba de la cautela[90].

De tal modo, ella debe ser reinscrita *antes del vencimiento* de dicho plazo, pues, en caso de hacerlo luego, el cautelante pierde su original preferencia de cobro, tema que se verá luego.

Para terminar: todo lo precedentemente expuesto en este punto tiene singular importancia, pues, desde siempre, estos temas están tratados legislativamente en el título referido al embargo y, no obstante, sin

[90] Y esto es razonable en orden a evaluar el tiempo (y el coste) que puede insumir una búsqueda de embargos o inhibiciones para efectuar algún informe concreto acerca de la situación jurídica de una persona o del estado de un bien, máxime en registros que no han adoptado el sistema Torrens.

embargo, se aplican directa o supletoriamente a todos los demás tipos de cautela que veremos luego.

c.6) *Las ventajas y desventajas de ser cautelante sobre cosas registrables en general*

La traba de un embargo cualquiera hace que el embargante que carece de privilegio[91] alguno sobre el eventual producido de la venta de la cosa, goce de un derecho de cobro preferente frente a otro acreedor que tampoco ostenta privilegio.

Por ejemplo: si Pedro traba un embargo registral sobre la finca de Juan por la suma de mil pesos, cuando el bien se venda en dos mil y sobre tal precio concurra también a cobrar el acreedor Diego por la suma de tres mil pesos, cobrará primero Pedro sus mil y, el remanente lo cobrará Diego, sólo en lo que alcance. De ahí la importancia de ser *primer embargante*[92].

Pero ya se sabe que el registro tiene un plazo de caducidad que, en el ejemplo recién visto, es de cinco años. También se ha dicho que, antes del vencimiento de tal plazo, el interesado debe reinscribir su embargo (o inhibición).

De hacerlo así, el embargo guarda y mantiene la fecha del registro original. Pero en caso contrario, en el supuesto de hacerse una nueva inscripción *luego de vencido el registro anterior*, el ahora embargante tendrá un lugar preferente de cobro sólo ante los acreedores que embarguen a partir de allí en adelante, pero no ante quienes anotaron su respectiva cautela antes de la reinscripción (por más que lo hayan hecho después de la anotación del embargo original que precisó de reinscripción).

Como se ve, si la duración de un pleito excede el plazo de cinco años, sólo se exige que el actor reinscriba su cautela con antelación al vencimiento de cada período, sin importar cuántas veces lo haga antes de poder ejecutar la sentencia que ordene la subasta del bien.

Téngase esto en cuenta cuando luego se trate la inhibición general.

[91] Hablo de los privilegios (derecho que la ley da a un acreedor para ser pagado con preferencia a otro) que se mencionan a partir del *art. 3875* del Código Civil argentino que, con algunas pocas variantes, reproducen casi todos los códigos similares del continente.

[92] Preferencia que se pierde, por supuesto, si un juicio universal (quiebra, concurso o sucesión) afecta al deudor.

2.3.1.1.2. El secuestro

Es el tipo de cautela que se hace exclusivamente sobre *bienes muebles o semovientes* de propiedad o posesión del cautelado y que tiene por objeto su específica asignación[93] al eventual pago de un crédito aún no declarado como tal por sentencia o laudo (por eso es *litigioso*) cuando, ya cierto y no abonado espontáneamente por el deudor, se requiera su ejecución forzosa.

Hasta aquí, el caso es exactamente igual al del embargo sobre cosa mueble. Sin embargo, éste es mucho más grave, pues lo característico de esta cautela es que, desde el momento mismo de su efectivización, el cautelado *no puede continuar con el uso de la cosa* porque se lo *desposee*[94] o, con mayor propiedad, se le *quita la tenencia* de ella.

Y esto ocurre mediante el simple procedimiento cumplido en el acto de la traba del embargo, de darle el oficial de justicia la tenencia de la cosa a un tercero que la recibe en calidad de *depósito*, siendo así responsable por ella como *depositario* a partir de entonces.

[93] Ver notas 67 y 68 en este mismo Capítulo.

[94] El vocablo, de honda raigambre jurídica, debe ser entendido en el exacto sentido de que se le quita al deudor *la tenencia de la cosa*, como se afirma en el texto. Para comprender el tema es menester recordar que en los albores del derecho, todas las cosas se adquirían por la ocupación, se conservaban con la posesión y se perdían junto con ella. Por eso es que se confundía *propiedad* con *posesión*. Recién con el nacimiento del derecho civil las cosas fueron diferentes y se hicieron de ambas ideas dos cosas distintas e independientes: se entendió así por *posesión el mero hecho de tener la cosa* en tanto que la *propiedad* llegó a ser *un derecho*, una suerte de vínculo de carácter moral entre la cosa y el propietario que ya no pudo ser roto sin su voluntad aunque de hecho, no tuviera la cosa. Ejemplifico: si tú tienes mi libro en tu mano, tienes su posesión, pero el libro sigue siendo mío. Con estas ideas, la *Ley de Partidas* estableció que *la posesión es la tenencia de una cosa corporal* (ver Ley 1, Título 30, Partida 3). Pero andando el tiempo fue menester distinguir entre *posesión de hecho y posesión de hecho y de voluntad*. Hoy llamamos a la primera *posesión precaria* o, mejor aún, *tenencia* o *simple tenencia* en tanto que, a la segunda, le damos la denominación de *posesión* o *verdadera posesión*. Conforme con ello, es *poseedor precario* o *simple tenedor*, el inquilino, el comodatario, el depositario, el colono, etcétera, que tienen la cosa reconociendo en otro la propiedad. En cambio, es *poseedor* quien tiene la cosa con ánimo de excluir a los otros de su uso (la Ley de Partidas decía sabiamente que es la tenencia "que home ha en las cosas corporales con ayuda del cuerpo et del entendimiento"). Creo que con esta explicación podrá el lector comprender que cuando se *desposee* o se *despoja* al deudor de la cosa secuestrada sólo se le quita su tenencia, por lo cual conserva la propiedad.

A raíz de esto, el cautelado no puede usar la cosa ni comportarse respecto de ella como si fuera su dueño[95], con lo cual –ahora sí– la cosa se inmoviliza[96] de hecho en el tráfico comercial.

Conforme lo que se ha dicho hasta ahora, surge evidente que el secuestro es una *típica cautela para ejecutar un derecho ya declarado* por lo que, en principio, parece que no debe ser admisible con carácter preventivo (ver el # 2.3.1.2.1. donde menciono al *secuestro* como *embargo ejecutivo*).

Sin embargo, he preferido considerarlo en este grupo de cautelas pues, además de funcionar en forma *autónoma* (caso mencionado en el párrafo anterior) también lo hace como *complemento de otro tipo de cautela* y, a veces, como *sanción al embargado* que no cumplió fielmente con sus deberes de depositario.

Veamos los tres casos:

a) *Secuestro autónomo*

Opera como tal cuando la ley prevé en forma expresa que debe quitarse la tenencia de la cosa al deudor mientras dura el desarrollo del litigio, cual ocurre en los supuestos de ejecución de prenda con registro[97]; de reivindicación de cosa mueble[98]; de edición de obra intelectual por quien el autor considera sin derechos para hacerlo[99]; de pretensión en

[95] Que es, precisamente, el *animus domini* o voluntad de actuar como dueño de la cosa que se tiene.

[96] Recuérdese lo afirmado en la nota 68.

[97] El decreto-ley argentino de Prenda con Registro (Nº 15.348/46), por ejemplo, establece en su *art. 13* que "El dueño de los bienes prendados no puede sacarlos del lugar en que estaban cuando constituyó la garantía, sin que el encargado del Registro respectivo deje constancia del desplazamiento en el libro de registro y certificado de prenda, y se lo notifique al acreedor, al endosante y a la oficina que haya expedido certificados o guías en su caso. Esta cláusula será insertada en el contrato y su violación faculta al acreedor para gestionar el secuestro de los bienes y las demás medidas conservatorias de sus derechos".

[98] Código Civil, *art. 2786:* "Si la cosa sobre la que versa la reivindicación fuere mueble, y hubiese motivos para temer que se pierda o deteriore en manos del poseedor, el reivindicante puede pedir el secuestro de ella, o que el poseedor le dé suficiente seguridad de restituir la cosa en caso de ser condenado".

[99] Ley 11.723, *art. 71*: "Será reprimido con la pena establecida en el art. 172 del Código Penal, el que de cualquier manera y en cualquier forma defraude los derechos de propiedad intelectual que reconoce esta ley". *Art. 72*: "Sin perjuicio de la disposición

la cual la cosa a secuestrar constituye la materia misma del litigio actual o eventual, de donde resulta necesario preservar su integridad o evitar su uso por parte del tenedor actual[100]; en infinidad de delitos penales, etcétera.

Como se ve, en todos estos casos el secuestro no exige un embargo previamente trabado: de ahí su autonomía.

b) *Secuestro complementario*

Opera como tal cuando, trabado un embargo preventivo sobre cosa mueble o semoviente de la cual ha sido designado como depositario judicial el mismo deudor cautelado, se teme que él no ponga el cuidado propio de su función respecto de la cosa embargada, con lo cual puede llegar a deteriorarse o a desaparecer.

Más allá de las responsabilidades civiles y penales que eventualmente pudieren corresponder al depositario, parece claro que el acreedor embargante tiene derecho a exigir el adecuado resguardo de la cosa y, a raíz de ello, el juez puede admitir el secuestro como complemento de un embargo cuando por sí solo no asegura el resultado de la sentencia que dicte en el pleito.

Pero tal decisión no es automática, pues, para dictarla, debe hacer mérito de las circunstancias del caso y de las propias del embargado, tanto de las relatadas por el embargante como de las que surjan de las propias actuaciones. En otras palabras, debe verificar la *verosimilitud del derecho* invocado al efecto.

Esta afirmación no se contradice con la efectuada respecto del embargo: dije entonces que con tal tipo de cautela no se afecta la situación fáctica de la cosa ni la de la persona del embargado, pues continúa en el uso y goce de la cosa embargada.

En el caso del secuestro, por lo contrario, el cautelado sufre una clara afectación de su derecho de propiedad, pues, nada menos, *se le quita la cosa*.

general del artículo precedente, se consideran casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece, *además del secuestro de la edición ilícita...*"

[100] CPC de la Nación, *art. 221*: "Procederá el secuestro de bienes muebles o semovientes *objeto del juicio* [...] toda vez que sea indispensable proveer a la guarda o conservación de cosas para asegurar el resultado de la sentencia definitiva".

Parece evidente entonces que los recaudos judiciales deben ser diferentes en orden a disponer una u otra cautela.

Como se verá más adelante, en este tipo de secuestro considero incluido al que se cumple al tiempo de intentar la ejecución de un derecho ya declarado, para poder rematarlo y entregar su producido al acreedor.

c) *Secuestro sancionatorio*

Opera como tal cuando, ya trabado un embargo preventivo sobre cosa mueble o semoviente de la cual ha sido designado como depositario judicial el mismo deudor cautelado, se advierte que no ha puesto el cuidado propio de su función respecto de la cosa embargada, con lo cual puede llegar a deteriorarse o a desaparecer.

Adviértase que en el caso anterior referí a la hipótesis de existencia de temor respecto de lo que pueda ocurrir en el futuro. En éste, no hay temor sino afirmación de que ya no cumplió el depositario con las exigencias propias de su función, a raíz de lo cual puede generarse daño al acreedor.

Con esta salvedad, vale aquí lo recién explicado respecto de la verosimilitud del derecho exigible en el secuestro complementario.

También funciona como secuestro sancionatorio la cautela que ordena el juez para que una de las partes devuelva un expediente al tribunal o para que alguna de ellas o un tercero ajeno al juicio exhiban un documento necesario para la solución del pleito.

Finalmente, aunque no se las conoce con la denominación de *secuestros*, existen en el universo jurídico otras soluciones de esencia cautelar que, por sus consecuencias, pueden encuadrar perfectamente en el tema aquí desarrollado.

A guisa de ejemplo, menciono aquí a la interdicción de navegar[101], a

[101] Ver, por ejemplo, la ley argentina 20.094, *art. 482*: "Los créditos privilegiados del último viaje son preferidos a los de los viajes precedentes, salvo los derivados de un contrato único de ajuste, que concurren dentro de su categoría, con los demás originados en el último viaje". Y *art. 539*: "El embargo se practicará mediante oficio que debe librar el juez embargante a la autoridad marítima, a los efectos de su anotación en los respectivos registros. Si se trata de un buque de matrícula nacional, su salida debe ser impedida si se dispone la interdicción de navegar. *Esta última medida se encuentra implícita en el embargo que se dicte contra un buque de bandera extranjera.* A pedido de parte, el tribunal puede disponer el inventario de las pertenencias del buque".

la inmovilización de aeronaves[102], al otorgamiento provisional de alguna cosa mueble[103]. Los autores en general citan también como perteneciente a esta categoría a la entrega de inmueble[104], cosa que no puedo compartir, pues parece claro que ello es una simple anticipación de una sentencia que no se ha dictado.

Veamos ahora los *presupuestos* del secuestro: supuestos –precedente y consecuente– y requisitos actuales.

a) *El supuesto precedente*

Además del supuesto general de todas las cautelas ya visto *supra* en el # 2.1.1., es condición propia del *secuestro* que lo autorice el legislador previamente y en abstracto en orden a la naturaleza del crédito, o que un caso concreto pueda motivar la decisión de un juez para disponer la desposesión de un bien como complemento de un embargo o como sanción al embargado.

Todo ello es fácilmente comprensible: se trata nada menos que de interferir abruptamente en el normal ejercicio del derecho de propiedad, que autoriza al uso de la cosa, impidiéndolo el juez por la sola petición de quien se dice acreedor del demandado.

[102] Ver, por ejemplo, Código Aeronáutico argentino, *art. 73*: "El embargo traerá aparejada la inmovilización de la aeronave en los siguientes casos: 1) cuando haya sido ordenado en virtud de ejecución de sentencia; 2) cuando se trate de un crédito acordado para la realización del viaje y aun cuando la aeronave está lista para partir; 3) cuando se trate de un crédito del vendedor de la aeronave por incumplimiento del contrato de compraventa, inclusive con los contratos celebrados de conformidad con los artículos 42 y 43 de este código".

[103] Ver, por ejemplo, el CPC de la Nación, *art. 616*: "Cuando el derecho invocado fuere verosímil y pudieren derivar perjuicios si no se decretare la restitución inmediata del bien, el juez podrá ordenarla previa fianza que prestará el reclamante para responder por los daños que pudiere irrogar la medida".

[104] Ver, por ejemplo, el CPC de Santa Fe, cuyo *art. 517* dice: "El juicio de desalojo procede contra el locatario, sublocatario, tenedor precario, intruso o cualquier otro ocupante o tenedor cuya obligación de restituir o entrega sea exigible. En los casos que la acción de desalojo se dirija contra intruso(s), en cualquier estado del juicio luego de trabada la litis y a pedido del actor, el juez podrá disponer la inmediata entrega del inmueble si el derecho invocado fuere verosímil y previa fianza por los eventuales daños y perjuicios que se pudieran ocasionar". De la simple lectura de la norma se advierte lo dicho en el texto: luego de trabada la litis, y no obstante que el demandado haya negado el carácter de intruso endilgado por el actor, se lo desaloja en un claro anticipo que viola expresos derechos constitucionales.

b) *El supuesto consecuente del secuestro* siempre es el mismo: al haber sido privado el cautelado de la tenencia de la cosa, no puede disponer de ella hasta tanto le sea devuelta por haber ganado el pleito o por haber otorgado otra garantía suficiente a juicio del acreedor para cubrir sus expectativas de cobro[105].

c) *Los requisitos generales para decretar el secuestro-embargo preventivo*[106]

Ya se han visto en general en el # 2.1.3. y a lo allí expresado remito al lector.

A más de ello, hago expresa mención en este punto de la necesidad de que el juez considere –aunque unilateralmente, pues no hay otra forma de hacerlo– la existencia de verosimilitud del derecho y, cuando se trata de un secuestro complementario, de la existencia de peligro en la demora.

2.3.1.1.3. El depósito judicial de cosa a demandar o ya demandada

El caso aquí presentado ya sido subsumido en el secuestro, como una de sus variantes específicas.

No obstante, lo incluyo por separado en esta nómina genérica de cautelas, pues algunos códigos procedimentales no lo conocen como tal sino que lo presentan como una de las formas mediante las cuales el actor puede *preparar un juicio declarativo*. Así, por ejemplo, el Código Procesal Civil de la Provincia de Santa Fe, artículo 390[107].

[105] En general, se cree que es al juez a quien le toca decidir soberanamente acerca de la suficiencia de una contracautela. A poco que se piense mínimamente en el asunto, se advierte que no puede ser así: sólo el cautelado sabe cabalmente cuál es o puede saber la exacta medida de su daño. Acepto que por razones de índole práctica y en tanto la cautela se trate como instancia unilateral, sea el juez quien aprecie la magnitud de la caución. Pero ello debe ser sólo provisoriamente y hasta tanto la cifra contracautelada conforme al interesado, quien podrá pedir en cualquier tiempo la mejora de la caución (de cualquier tipo) otorgada.

[106] Téngase presente que son los presupuestos *actuales* o *coincidentes con el momento de admisión* del embargo y que se relacionan tanto con la *eficacia* como con la *eficiencia* de la cautela.

[107] Su texto dice: "El juicio ordinario podrá prepararse pidiendo el que pretenda demandar [...] 3) que se exhiba *la cosa mueble que haya de ser objeto del pleito y se deposite a la orden del juez, en poder* del mismo tenedor o *de un tercero...*"

Hecha esta salvedad, doy por reproducido aquí todo lo expuesto en el punto precedente, en cuanto sea compatible.

2.3.1.1.4. La inhibición general de bienes

Es el tipo de *cautela* genérica que se hace en defecto de un embargo, por no conocer el embargante bienes libres o embargables o suficientes de su deudor para poder trabarlo, a fin de que él no pueda disponer[108] eventualmente de ellos sin pagar antes la deuda o sin dar caución al efecto.

Veremos ahora los *presupuestos de la inhibición general de bienes* que, en rigor de verdad, es una inhibición que *no es general*, pues sólo alcanza a algunos bienes de registro obligatorio, en la medida que la cautela se inscriba en el lugar respectivo, ya que hay varios en correspondencia con los diferentes tipos de bienes registrables.

Ya he mencionado en el # 2.3.1.1.1. algunos registros de los que existen en Argentina. A lo allí dicho me remito ahora.

De ahí que, ordenada judicialmente la inhibición general de bienes, la cautela deba anotarse en uno, en varios o en la totalidad de los registros mencionados a fin de que la registración cumpla su cometido de tener efecto contra terceros.

Veamos ahora los *presupuestos* de la inhibición: supuestos –precedente y consecuente– y requisitos actuales.

a) *El supuesto precedente*

Además del supuesto general de todas las cautelas ya visto *supra* en el # 2.1.1., es condición propia de la inhibición general el desconocimiento, por parte del cautelante, de la existencia de bienes embargables de propiedad o posesión del embargado. Caso contrario, procede el embargo y no esta cautela.

b) *El supuesto consecuente*

Es siempre el mismo en todos los casos de bienes registrables: el deudor no puede disponer del bien respecto del cual se anotó la inhibición en el correspondiente registro sin abonar previamente la deuda o dar garantía de su pago.

[108] Se trata de impedirle que los venda o que los grave.

Finalmente, debe quedar en claro que los bienes no registrables no son ni pueden ser objeto de esta cautela.

c) *Los requisitos generales para decretar la inhibición general*

Ya se han visto en general en el # 2.1.3. y a lo allí expresado remito al lector, dejando nuevamente a salvo mi opinión respecto de los requisitos de carácter intrínseco que mencionan nuestros códigos procesales en general.

Resta agregar ahora, y en cuanto a los requisitos *extrínsecos*, algunas referencias puntuales a temas relativos a la efectivización de esta cautela ordenada por el juez y que tienen que ver con:

c.1) *El monto por el cual debe trabarse la inhibición*

Rige aquí lo dispuesto en similar punto recién desarrollado respecto del embargo preventivo.

Y el cálculo de intereses y eventuales costas debe hacerse con cuidado, pues si el deudor quiere vender el bien registrado y se encuentra impedido de hacerlo por la inhibición sufrida, vende de cualquier manera siempre que ordene al escribano actuante que retenga del precio a recibir una cantidad de dinero igual a la de aquélla por la cual se practicó la inhibición y la deposite judicialmente en el tribunal que ordenó la traba de la cautela.

c.2) *Las contingencias que puede sufrir la inhibición de bienes durante el transcurso del pleito*

Cabe hacer aquí las mismas consideraciones efectuadas *supra*, respecto del embargo preventivo, al tratar tema similar.

c.3) *La duración de la inhibición trabada*

Ya se ha visto antes que muchas de las leyes que regulan el registro de inhibiciones establecen un plazo de caducidad para la cautela registrada, que hacen operar casi siempre *de pleno derecho* (es decir, sin necesidad de petición de parte interesada ni de resolución judicial alguna).

Reitero el ejemplo ya dado: en el Registro General de la Propiedad Inmueble (en la ciudad en la cual esto se escribe), la inhibición caduca a los cinco años de la traba de la cautela. De tal modo, debe ser reinscrita *antes del vencimiento* de dicho plazo, pues, en caso de hacerlo luego,

el cautelante pierde su original preferencia de cobro frente a otro acreedor con embargo o inhibición posterior.

Debe quedar en claro ahora que, mientras lo haga en tanto dure el pleito, puede reinscribir la inhibición cuantas veces quiera.

Empero, es discutible que pueda hacer lo mismo después de que el pleito haya sido sentenciado en el caso de que el acreedor no hubiera logrado embargar bienes para percibir su acreencia ya declarada en la sentencia, pues se sostiene que la inhibición está condicionada –para futuras reinscripciones– por la prescripción de la *actio judicati*[109].

2.3.1.2. Las cautelas que posibilitan la ejecución forzosa de un derecho ya declarado

Los diferentes tipos de cautela que responden a este enunciado son: el *embargo ejecutivo*, la *intervención recaudadora* y la *inhibición general.*

Todas se verán seguidamente.

2.3.1.2.1. El embargo ejecutivo y la desposesión del bien embargado

Ya se ha visto en el capítulo 29 que, salvo alguna rara excepción[110] que

[109] Y es que ya se ha visto *supra* que el derecho declarado en la sentencia prescribe a los diez años de haber adquirido ella firmeza y ejecutoriedad. Y se ha visto también que la inhibición registral caduca a los cinco años. Supóngase ahora una sentencia dictada en el año 2000: su efecto ejecutorio prescribe en el año 2010. Como no se conocen bienes embargables del deudor, se anota su inhibición en el Registro de la Propiedad Inmueble: esa inscripción caduca en el 2005. Se reinscribe tempestivamente y, ahora, caduca nuevamente en el 2010. Vuelve a reinscribirse la inhibición (antes de la caducidad y antes de la prescripción) y vuelve a caducar en el 2015. En tales condiciones es posible sustentar que ya no es reinscribible nuevamente en el derecho argentino, al menos, por aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 3986 del Cód. Civ., en razón de que el derecho sentenciado jamás prescribiría utilizando al efecto el simple procedimiento de reinscribir cada cinco años la cautela. Lo que no parece lógico.

[110] Por ejemplo, la subasta que puede ordenar directamente el acreedor si es un banco: ver la ley 24.441, *Art. 52*: "Las hipotecas en las cuales se hayan emitido letras hipotecarias con la constancia prevista en el artículo 45, y todas aquellas en que se hubiere convenido expresamente someterse a las disposiciones de este título, podrán ejecutarse conforme las reglas siguientes". *Art. 53*: "En caso de mora en el pago del servicio de amortización o intereses de deuda garantizada por un plazo de sesenta días, el acreedor intimará por medio fehaciente para que se pague en un plazo no menor de quince días, advirtiendo al deudor que, de no mediar pago íntegro de la suma intimada, el inmueble

no es aceptada por la doctrina, en América Latina *no hay ejecución* propiamente dicha, toda vez que el llamado *juicio ejecutivo* (al cual se

será rematado por la vía extrajudicial. En el mismo acto, se le intimará a denunciar el nombre y domicilio de los acreedores privilegiados, embargantes y ocupantes del inmueble hipotecado". *Art. 54*: "Vencido el plazo de la intimación sin que se hubiera hecho efectivo el pago, el acreedor podrá presentarse ante el juez competente con la letra hipotecaria o los cupones exigibles si éstos hubiesen circulado, y un certificado de dominio del bien gravado, a efectos de verificar el estado de ocupación del inmueble y obtener el acreedor, si así lo solicita, la tenencia del mismo. El juez dará traslado de la presentación por cinco días al deudor a los efectos de las excepciones previstas en el artículo 64. El juez ordenará verificar el estado físico y de ocupación, designando a tal fin al escribano que proponga el acreedor. Si de esa diligencia resulta que el inmueble se encuentra ocupado, en el mismo acto se intimará a su desocupación en el plazo de diez días, bajo apercibimiento de lanzamiento por la fuerza pública. El lanzamiento no podrá suspenderse, salvo lo dispuesto en el artículo 64. No verificada en ese plazo la desocupación, sin más trámite se procederá al lanzamiento y se entregará la tenencia al acreedor, hasta la oportunidad prevista en el artículo 63. A estos fines, el escribano actuante podrá requerir el auxilio de la fuerza pública, allanar domicilio y violentar cerraduras y poner en depósito oneroso los bienes que se encuentren en el inmueble, a costa del deudor. Todo este procedimiento tramitará *in audita parte* [esto sí que es pura ejecución] y será de aplicación supletoria lo establecido en los códigos de forma". *Art. 55*: "El acreedor estará facultado para solicitar directamente al Registro de la Propiedad un informe sobre el estado del dominio y gravámenes que afectaren el inmueble hipotecado, con indicación del importe de los créditos, sus titulares y domicilios". *Art. 56*: "Asimismo el acreedor podrá: a) Solicitar directamente en el registro correspondiente la expedición de un segundo testimonio del título de propiedad del inmueble, con la sola acreditación de ese carácter y a costa del ejecutado; b) Requerir la liquidación de las deudas que existan en concepto de expensas de la propiedad horizontal, impuestos, tasas y contribuciones que pesen sobre el inmueble, bajo apercibimiento que de no contarse con dichas liquidaciones en el plazo de diez días hábiles desde la recepción de su solicitud, se podrá subastar el bien como si estuviera libre de deudas. Los reclamos que se dedujeran por aplicación de lo dispuesto anteriormente no afectarán el trámite de remate del bien gravado". *Art. 57*: "Verificado el estado del inmueble, *el acreedor ordenará por sí, sin intervención judicial, la venta en remate público del inmueble afectado a la garantía, por intermedio del martillero que designe y con las condiciones usuales de plaza.* Se deberán publicar avisos durante tres días en el diario oficial y en dos diarios de gran circulación, uno al menos en el lugar de ubicación del inmueble. El último aviso deberá realizarse con una anticipación no mayor de dos días a la fecha fijada para el remate. En el remate estará presente el escribano quien levantará acta". *Art. 58*: "La base de la subasta será el monto de la deuda a la fecha de procederse a la venta y los avisos deberán –como mínimo– informar sobre la superficie cubierta, ubicación del inmueble, horario de visitas, estado de la deuda por tasas, impuestos, contribuciones y expensas, día, hora y lugar preciso de realización de la subasta". *Art. 59*: "El deudor, el propietario y los demás titulares de derechos reales sobre la cosa hipotecada deberán ser notificados de la fecha de la

accede con un *título* ejecutivo)[111] es, en esencia, un juicio sumario vulgar y silvestre[112] pero con defensas, plazos procesales e impugnaciones restringidas.

subasta por medio fehaciente con siete días hábiles de anticipación, excluido el día de la subasta". *Art. 60*: "Realizada la subasta, el acreedor practicará liquidación de lo adeudado según el respectivo contrato y las pautas anteriormente dispuestas, más los gastos correspondientes a la ejecución, los que por todo concepto no podrán superar el tres por ciento del crédito. Procederá a depositar el remanente del precio a la orden del juez competente junto con la correspondiente rendición de cuentas documentada dentro de los cinco días siguientes. El juez dará traslado al deudor de la citada presentación de la acreedora por el término de cinco días a los efectos de la impugnación o aceptación de la liquidación. De no mediar embargos, inhibiciones u otros créditos, y existiendo conformidad entre deudor y acreedor con respecto al remanente, éste podrá entregar directamente a aquél dicho remanente". *Art. 61*: "Si fracasare el remate por falta de postores, se dispondrá otro reduciendo la base en un veinticinco por ciento. Si tampoco existieren postores se ordenará la venta sin limitación de precio y al mejor postor. No se procederá al cobro de suma alguna en concepto de honorarios por los remates fracasados. Si resultare adquirente el acreedor hipotecario procederá a compensar su crédito". *Art. 62*: "Cuando el comprador no abonare la totalidad del precio en tiempo, se efectuará nuevo remate. Aquél será responsable de la disminución real del precio que se obtuviere en la nueva subasta, de los intereses acrecidos y de los gastos ocasionados". *Art. 63*: "La venta quedará perfeccionada, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 66, una vez pagado el precio en el plazo que se haya estipulado y hecha la tradición a favor del comprador, y será oponible a terceros realizada que fuere la inscripción registral correspondiente. El pago se hará directamente al acreedor cuando éste sea titular de la totalidad del crédito. El remanente será depositado dentro del quinto día de realizado el cobro. Si hubiere más de un acreedor el pago se hará al martillero interviniente, quien descontará su comisión y depositará el saldo a la orden del Juez para que éste cite a todos los acreedores para distribuir la suma obtenida. Si el acreedor ostenta la tenencia del inmueble subastado, podrá transmitirla directamente al comprador; caso contrario y no habiendo mediado desposesión anticipada deberá ser realizada con intervención del juez, aplicándose en lo pertinente el artículo 54. La protocolización de las actuaciones será extendida por intermedio del escribano designado por el acreedor, sin que sea necesaria la comparecencia del ejecutado, y deberá contener constancia de: a) La intimación al deudor en los términos del artículo 53; b) La notificación del artículo 59; c) La publicidad efectuada; d) El acta de la subasta. Los documentos correspondientes serán agregados al protocolo. Los embargos e inhibiciones se levantarán por el juez interviniente con citación de los jueces que han trabado las medidas cautelares, conforme a las normas de procedimiento de la jurisdicción". *Art. 64*: "El ejecutado no podrá interponer defensas, incidente o recurso alguno tendiente a interrumpir el lanzamiento previsto por el artículo 54 ni la subasta, salvo que acreditare verosímilmente alguno de los siguientes supuestos: a) Que no está en mora; b) Que no ha sido intimado de pago; c) Que no se hubiera pactado la vía elegida; o d) Que existieran vicios graves en la publicidad. En tales casos el juez competente ordenará la suspensión cautelar del lanzamiento o de la subasta. Si el acreedor

No obstante, todos los códigos del continente refieren que, a la iniciación del juicio ejecutivo, debe ordenarse un *embargo ejecutivo* en los bienes del deudor para posibilitar su inmediata subasta cuando la sentencia del caso ordene *llevar adelante la ejecución*[113-114].

controvierte las afirmaciones del ejecutado, la cuestión se sustanciará por el procedimiento más abreviado que consienta la ley local. Si por el contrario reconociese la existencia de los supuestos invocados por el ejecutado, el juez, dejará sin efecto lo actuado por el acreedor y dispondrá el archivo de las actuaciones salvo en el caso del inciso d), hipótesis en la cual determinará la publicidad que habrá que llevarse a cabo antes de la subasta". *Art. 65*: "Una vez realizada la subasta y cancelado el crédito ejecutado, el deudor podrá impugnar por la vía judicial, por el procedimiento más abreviado que solicite el deudor: a) La no concurrencia de los hechos que habilitan la venta; b) La liquidación practicada por el acreedor; c) El incumplimiento de los recaudos establecidos en el presente título por parte del ejecutante. En todos los casos el acreedor deberá indemnizar los daños causados, sin perjuicio de las sanciones penales y administrativas a que se hiciere pasible". *Art. 66*: "Dentro de los treinta días corridos de efectuada la ejecución extrajudicial, el deudor podrá recuperar la propiedad del inmueble si pagara al adquirente el precio obtenido en la subasta, más el tres por ciento previsto en el artículo 60". *Art. 67*: "Si el precio obtenido en la subasta no cubriera la totalidad del crédito garantizado con la hipoteca, el acreedor practicará liquidación ante el juez competente por el proceso de conocimiento más breve que prevé la legislación local. La liquidación se sustanciará con el deudor, quien podrá pedir la reducción equitativa del saldo que permaneciere insatisfecho después de la subasta, cuando el precio obtenido en ella fuera sustancialmente inferior al de plaza, teniendo en cuenta las condiciones de ocupación y mantenimiento del inmueble..."

[111] Ya se ha visto que lo que se ejecuta no es el título sino la sentencia que se dicta en ese tipo de juicio.

[112] El juicio se compone de las cuatro etapas clásicas: una de *afirmación*, en la cual el acreedor dice que cuenta con un título tal que la ley le permite el acceso al procedimiento privilegiado y en el cual el deudor no podrá discutir la causa de su obligación; una de *negación* (aquí llamada *de excepción*) en la cual el deudor no podrá negar la existencia de la deuda sino, tan sólo, oponer ciertas excepciones y no otras; una etapa de *confirmación*, en la cual el excepcionante deberá presentar los medios del caso para convencer al juez de la razón que asiste a sus excepciones; y otra final, de *alegación* acerca del mérito confirmatorio de los medios allegados al juicio. Como se ve, no existen diferencias sustanciales entre un juicio declarativo y otro ejecutivo.

[113] Es la antigua fórmula utilizada en los tribunales para sentenciar haciendo lugar a la demanda del acreedor.

[114] Actualmente, ello se hace después de la sentencia ejecutiva, oportunidad en la cual el embargo sin desplazamiento de tenencia debe ser convertido en secuestro mediante la desposesión del bien, pues, de otra forma, es imposible realizar la subasta. Y bien sabe el práctico del derecho que la etapa de ejecución de la sentencia ejecutiva dura a veces mucho más que la etapa contenciosa. ¡Y esto no es bueno para el sistema!

Pero cuando así lo hacen, remiten en lo procedimental al trámite propio de la traba del *embargo preventivo* del cual éste se diferencia legalmente sólo en que debe haber intimación previa de pago antes de la traba del embargo[115].

No obstante ello, sistémicamente hay otra diferencia: el embargo ejecutivo debe ser seguido de inmediato secuestro o ser suplantado directamente por éste, pues no se concibe racionalmente que una ejecución procesal pueda proseguir hasta la sentencia sin que hayan bienes prontos a subastar[116].

Hechas estas salvedades, rige respecto del tema todo lo dicho en cuanto al embargo preventivo, a cuyo texto remito al lector.

2.3.1.2.2. La intervención judicial en general

Jurídicamente, la palabra *intervención* refiere a la vigilancia y control de algo por parte de la autoridad[117] y, en general, esta actividad está regulada de diversas maneras en el derecho privado y, muy particularmente, en la ley comercial, donde siempre se la vincula con algunos tipos societarios.

Ya se verá luego que la intervención ordenada por los jueces –*intervención judicial*– puede ser *recaudadora*, *veedora* o *informadora* y *administradora*.

[115] Cosa que está prohibido hacer en el embargo preventivo, precisamente porque no hay aún deuda cierta y ya declarada por ley o sentencia.

[116] Hay leyes que así lo exigen, al igual que antigua jurisprudencia que no toleraba la prosecución de un juicio ejecutivo sin bienes ya embargados. Este criterio legal o interpretativo exhibe una lógica impecable, desconocida en la práctica actual por conveniencia abogadil que, para justificarla, ha argumentado con la prescripción de la *actio judicati*. A tal efecto, sostienen que al obtener una sentencia ejecutiva aunque no sea susceptible de ejecución por falta de bien a ejecutar, nace a partir de ella un nuevo plazo prescripcional (de diez años) que pone el crédito a cubierto para la eventualidad de que dentro del plazo aparezca un bien embargable. Pero ello puede soslayarse, claro está, con el sobreseimiento *sine die* del procedimiento ejecutivo, tal como ya se vio en el Capítulo 25, con lo cual se evita el enorme y totalmente inútil dispendio de actividad judicial. Éste es un tema que debe ser colocado en el tapete el día que haya decisión seria de reformar sistémicamente el enjuiciamiento civil, y no como se ha hecho hasta ahora, sólo con alegre pero insuficiente voluntarismo oportunista.

[117] Por parte de cualquiera autoridad: en Argentina, por ejemplo, hay intervenciones federales a las provincias o a alguno de sus Poderes, las hay nacionales, provinciales o municipales a las diferentes reparticiones u oficinas que integran las respectivas administraciones o a entidades autárquicas, etcétera.

Si bien se miran estas variedades de intervención, y salvo la última mencionada, no son en sí mismas *cautelas procesales*. Y particularmente la que aquí se tratará de inmediato.

Tanto es así que muchos códigos vigentes en América no la legislan o lo hacen en el capítulo correspondiente a la ejecución de la sentencia de remate dictada en juicio ejecutivo[118], como medio complementario para ejecutar un derecho ya declarado cuando no hay bienes embargados suficientes para subastar.

No obstante ello, la doctrina en general de todo el continente la presenta como una cautela y algunos códigos vigentes así la legislan (por ejemplo, el CPC de la Nación, en su art. 222)[119].

Toca ahora hacer genérica referencia a los requisitos mínimos de todos los tipos de intervención, pues los que se han visto ya con detenimiento en el # 2.1.3. no resultan aplicables a las cautelas que refieren a derechos ciertos y ya declarados, toda vez que aquí hay *ejecución* y no *prevención*.

Sin perjuicio de ampliar el tema respecto de cada una de sus variedades, toda intervención debe:

1) ser decretada con criterio restrictivo[120] y en caso de extrema gravedad[121], cuando sea claro para el juez actuante que están burlándose los derechos del cautelante;

2) designar como interventor a persona por completo ajena a la entidad intervenida e idónea al efecto, ostentando los conocimientos necesarios para cumplir eficientemente su cometido;

3) definir claramente la misión encomendada, estableciendo su duración y los límites de actuación que debe respetar escrupulosamente el designado;

[118] Por ejemplo, CPC de Santa Fe, *art. 467*, cuyo texto dice: "Cuando se traba embargo sobre los ingresos de cualquier institución o establecimiento, el juez podrá designar un interventor que haga efectivo el embargo en la medida, forma y oportunidad que determine".

[119] La norma dice así: "Además de las medidas cautelares de intervención o administración judiciales autorizadas por las leyes sustanciales, que quedan sujetas al régimen establecido por ellas, podrán disponerse las que se regulan en los artículos siguientes".

[120] Se aplica el adjetivo *restrictivo* a lo que restringe o sirve para restringir: hacer una cosa no corpórea de menor amplitud o extensión: limitar, reducir.

[121] Es la cualidad o estado de grave. El adjetivo *grave* se aplica a acciones o situaciones que envuelven peligro o tienen o son susceptibles de tener consecuencias muy dañosas.

4) fijar el monto de la contracautela que el caso requiera[122];

5) autorizar expresa y prudentemente el monto de los gastos que puede ocasionar la intervención;

6) establecer las fechas en las cuales el interventor deberá informar al tribunal acerca del cumplimiento de las tareas encomendadas.

2.3.1.2.2.1. La intervención judicial recaudadora

Veamos ahora la *intervención recaudadora*, que sitúo en este Capítulo entre las cautelas que posibilitan la ejecución forzosa de un derecho ya declarado y no en el primer grupo, pues afirmo enfáticamente que no puede ser decretada preventivamente a base de derechos todavía inciertos[123].

Así presentado el tema, veamos ahora los *presupuestos* de este tipo de intervención judicial: supuestos –precedente y consecuente– y requisitos actuales.

a) *El supuesto precedente*

Conforme ya se vio *supra*, # 2.1.1., el supuesto de este tipo de cautela no intenta preservar la eventual ejecución de un derecho aún incierto sino la de posibilitar la ejecución de un derecho ya cierto y determinado por sentencia (título *ejecutorio*) o por la ley (título *ejecutivo*).

De ahí que el supuesto propio de la intervención judicial recaudadora es el de que no haya bienes embargables o que, habiéndolos, sean insuficientes para cubrir con el producido de su subasta el crédito ya declarado del acreedor[124]. Y, además, que el deudor tenga comercio,

[122] Cuando el caso lo autorice. Recordar que no la hay en litigios entre socios, cónyuges, comuneros, etcétera.

[123] En anterior oportunidad, comentando la norma del art. 467 transcrita en la nota 118 (ver *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, con concordancias explicadas* (Rubinzal-Culzoni, 2002), sostuve que "la intervención puede ser decretada preventivamente". Una detenida meditación sobre el tema después de ver los inconvenientes de grosera injusticia que dicha opinión ha causado a particulares en el curso de muchos años, creo que he sostenido un error. De ahí que, además de reconocerlo aquí públicamente, diga ahora –como lo afirmo en el texto– que la intervención recaudadora no debe ser decretada preventivamente, pues con ello se prohíja muchas veces inescrupulosa coacción al deudor que sale a pagar lo que no debe para no sufrir un mal mayor.

[124] Caso de haberlos, insisto en que no procede la intervención recaudadora y que lo que corresponde hacer es subastar los bienes embargados, vía normal y antiquísima

industria, arte o profesión que le posibilite un ingreso constante o periódico de dinero (sin importar que sea permanente o temporal), del cual pueda tomarse cada tanto tiempo una parte para destinarla al pago de la deuda hasta saldarla.

A este preciso efecto es que el juez ordena que un *interventor* haga esa recaudación en su nombre (por eso es *interventor judicial*) y para el asunto en el cual fue decretada y realizada su designación.

Por cierto, el juez debe mostrar extrema prudencia al ordenar librar el respectivo mandamiento, estableciendo la medida de la recaudación y la forma de efectuarla, pues cualquier exceso en ello puede generar ingente daño al deudor[125].

b) *El supuesto consecuente*

Si la orden se cumple normalmente y no se daña en exceso al deudor, gracias a lo cual la intervención se cumple con éxito en la forma que fuera ordenada, el interventor depositará en los autos, y con la periodicidad establecida en el mandato de intervención, la correspondiente cantidad de cada extracción a la caja intervenida hasta saldar la acreencia original y los gastos propios de la intervención.

De ahí que el supuesto consecuente consiste en la percepción por el acreedor del total de su acreencia en un cierto tiempo, que puede ser más o menos dilatado según fuere el importe adeudado y la magnitud de los ingresos del deudor.

para que un acreedor se haga con el íntegro cobro de su acreencia: con ello se evita que el acreedor se inmiscuya en los negocios del deudor, cosa que siempre ocurre cuando un interventor penetra en ellos para saber cuánto gana a efectos de percibir su porcentaje, lo que a todas luces constituye un mal mayor que el de la subasta.

[125] Es habitual ver que muchos jueces fijan un porcentaje en la orden de recaudación que oscila alrededor del treinta por ciento del ingreso total de la caja del deudor. Como es fácil de imaginar, si la utilidad prevista en el caso de comercio, por ejemplo, es una cuota parecida a la de tal porcentaje, puede dejarse al deudor al borde de la desesperación y con la posibilidad de que cierre sus puertas. Ni qué decir cuando el porcentaje de recaudación es mayor y no se alcanzan a cubrir con el remanente los costes de la explotación del negocio. Recuerdo aquí a una prestigiosa y antigua empresa de televisión por cable que cayó en quiebra como consecuencia directa de una intervención que le tomó durante seis meses el ciento por ciento de su recaudación mensual, percibida principalmente mediante depósitos en cuentas bancarias so pretexto de que *eran sus cuentas corrientes...*

c) *Los requisitos generales para decretar la intervención recaudadora*

Sin perjuicio de lo recién expuesto, es requisito específico de este tipo de intervención que se haya efectuado fehacientemente una previa intimación cierta al deudor ya declarado como tal para que pague la deuda líquida y exigible, por cuya cantidad se decretará la intervención si deja vencer el plazo acordado para pagar y no la abona.

De cualquier manera, resta agregar que este tipo de cautela es improcedente cuando puede trabarse embargo registral, ordenarse depósito de la cosa o su secuestro: adviértase que la intervención siempre es una medida subsidiaria de otra y que debe autorizarse sólo cuando ésta no alcanza para lograr la percepción del crédito cuyo cobro se persigue.

2.3.1.2.3. La inhibición general

El tema ya ha sido tratado en el # 2.3.1.1.4., a cuyo texto remito al lector en razón de que la inhibición general es siempre cautela supletoria de un embargo, sea éste preventivo o ejecutivo.

2.3.1.3. La cautela de cosas para mantener el *statu quo* mientras se discute sobre ellas

Los diferentes tipos de cautela que responden a este enunciado, son: la *intervención judicial controladora* o *informativa* y la *intervención judicial administradora.*

Ambas se verán seguidamente.

2.3.1.3.1. La intervención controladora o informativa

Ya se ha visto en el # 2.3.1.2.2., que este tipo de intervención no es en sí mismo una *cautela procesal*, pues no tiende a asegurar el cumplimiento de una eventual sentencia de condena que sea favorable al cautelante ni la posibilidad de éste de debatir procesalmente en situación de igualdad con el cautelado.

Tanto es así que muchos códigos vigentes en América ni siquiera mencionan a esta variedad de intervención en la nómina de las cautelas, no obstante hallarse contemplada desde antaño en la ley comercial con la finalidad de asegurar los derechos de los socios que no administran

una sociedad[126] y que no están conformes con su funcionamiento merced al manejo que hacen los administradores de los bienes sociales.

De tal modo, el socio cautelante puede tomar oportuno conocimiento de lo que antes desconocía y, así, llegar a hacerse oír en el seno social a raíz de que el juez controla la administración por medio de un interventor *veedor* o *informante.*

Sin perjuicio de lo recién expuesto, tanto doctrina como jurisprudencia han extendido los efectos de este tipo de intervención a otros casos no precisamente societarios. Y lo han hecho bien, pues la autorizan a fin de preservar los derechos de terceros a raíz de pretensiones promovidas por éstos contra una sociedad (caso, por ejemplo, de herederos de un socio para resguardar su participación o para determinarla; los derechos de un cónyuge en juicio de divorcio para que su porción de bienes gananciales con un socio de la sociedad no pueda ser burlada, etcétera).

Finalmente, este tipo de intervención es idónea para controlar el fiel cumplimiento de una prohibición de innovar.

Veamos ahora los *presupuestos* de la intervención veedora o controladora: supuestos –precedente y consecuente– y requisitos actuales.

a) *El supuesto precedente*

Además del supuesto general de todas las cautelas ya visto *supra* en el # 2.1.1., es condición propia de la intervención controladora el que se tema o sospeche que los administradores de una sociedad realicen actos o incurran en omisiones que la pongan en grave peligro (por ejemplo, demora en la confección y presentación de balances, falta de convocatoria a asambleas, alteración de libros de comercio, omisión de llevar contabilidad regular, etcétera).

b) *El supuesto consecuente*

Mediante esta vía y merced a la igualdad procesal que brinda el proceso al cautelante respecto del cautelado, aquél podrá contar en su momento con elementos suficientes para pretender respecto de la sociedad o de sus administradores, particularmente cuando intenta demandar la remoción de éstos.

[126] La cautela también se aplica para el caso de asociaciones y sociedades civiles.

c) *Los requisitos generales para decretar la intervención controladora o informativa*

Ya se han visto en general en los # 2.1.3. y 2.3.1.2.2. A lo allí expresado remito al lector.

Resta agregar ahora, y en cuanto a la verosimilitud del derecho, que el juez debe extremar nuevamente su prudencia en el caso, pues se trata, nada menos, que de entronizar a un tercero en el seno de una sociedad que, como auxiliar de la justicia que es, verá todo para informar a la autoridad controladora, quien, a su vez, pondrá lo informado en conocimiento del cautelante a fin de que él proceda a voluntad.

Cuando se trata de intervención a una sociedad por petición de un socio es menester que acredite cabalmente su condición de tal, que agotó los recursos acordados al efecto en el contrato social[127] y que ya ha demandado la remoción de los administradores de sociedad comercial[128] o de sociedad civil[129].

2.3.1.3.2. La intervención administradora

Ya se dijo en el # 2.3.1.2.2. que esta variedad de intervención es la única que ostenta verdadera naturaleza cautelar, pues posibilita el mejor funcionamiento de la sociedad intervenida.

Consiste en el reemplazo provisional del administrador natural de la sociedad, asociación o ente colectivo por un funcionario investido al efecto por el juez con el cargo de *administrador judicial*. Como tal, el interventor no actuará como representante natural de la sociedad sino como mandatario del juez, quien le brinda todas las directivas del caso.

[127] A menos, claro está, que pueda sostener válidamente que el agotamiento de los recursos sociales hubiese resultado a la postre por completo ineficaz o que su porción del capital societario fuere infructuosa para la defensa de sus intereses.

[128] Ver ley nacional 19.550, *art. 114*: "El peticionante acreditará su condición de socio, la existencia del peligro y su gravedad, que agotó los recursos acordados por el contrato social y se promovió acción de remoción. El juez apreciará la procedencia de la intervención con criterio restrictivo".

[129] Ver Código Civil, *art. 1684*: "Habiendo peligro en la demora, el juez podrá decretar la remoción [del mandatario administrador] luego de comenzado el pleito, nombrando un administrador provisorio, socio o no socio".

Dada la extrema gravedad de esta cautela, que desplaza a los normales administradores de un ente para colocar a otro en su lugar, se hace tolerable que la figura sea reemplazada por la de un *coadministrador* designado al efecto por el juez para actuar junto a quien ejerce la administración conforme al estatuto social.

Veamos ahora los *presupuestos* de la intervención administradora: supuestos –precedente y consecuente– y requisitos actuales.

a) *El supuesto precedente*

Además del supuesto general de toda cautela ya visto *supra* en el # 2.1.1., es condición propia de la intervención administradora el conocimiento y la afirmación, por parte del cautelante, de la existencia de irregularidades graves en la administración de un ente colectivo, con lo cual se diferencia de la intervención controladora en tanto ella no exige la *gravedad* que sí requiere ésta.

b) *El supuesto consecuente*

Con esta intervención, el cautelante logra el desplazamiento del órgano administrador y su reemplazo por funcionario judicial.

c) *Los requisitos generales para decretar la intervención administradora*

Ya se han visto en general en los # 2.1.3. y 2.3.1.2.2. A lo allí expresado remito al lector.

Resta agregar ahora, y en cuanto a los requisitos *extrínsecos*, puntual referencia al tema relativo a la efectivización de este tipo de intervención: debe ser decretada con criterio particularmente restrictivo y en caso de extrema gravedad, cuando sea claro para el juez actuante que están burlándose los derechos del cautelante por quienes administran la sociedad comercial.

Conforme con ello, y a título de ejemplo, procede cuando:

a) se lleva una contabilidad social de tal modo que se impide el derecho de control por parte de los socios ajenos a la administración;

b) exista grave conflicto entre los socios que demuestre la pérdida de la *affectio societatis*;

c) no se confecciona balance o no se convoca a asamblea a los socios;

d) el presidente o alguno de los socios ha asumido de hecho y unilateralmente la administración social, etcétera.

Sin perjuicio de todo ello, parece claro que obvias razones aconsejan extender esta variedad de intervención a consorcios de propiedad horizontal y a bienes que se encuentran en condominio o en indivisión hereditaria.

2.3.2. La cautela de derechos inciertos para mantener el *statu quo* mientras se discute sobre ellos

Los diferentes tipos de cautela que responden a este enunciado son: la *prohibición de innovar*, la *prohibición de contratar* y la *anotación registral del litigio.*

Todos se verán seguidamente.

2.3.2.1. La prohibición de innovar

Castizamente, *innovar* es introducir novedades en alguna cosa[130], de donde resulta que el vocablo es comprensivo de sus varios sinónimos: variar, alterar, mudar, cambiar, renovar, modificar, transformar y reformar.

Este tipo de cautela tiene su fundamento en la necesidad de mantener el estado actual de ciertas cosas o situaciones litigiosas, de hecho o de derecho, durante todo el tiempo que se discuta procesalmente sobre ellas, de donde resulta la prohibición judicial al cautelado para innovar a su respecto o, lo que es lo mismo, la prohibición de efectuar actividad que pueda cambiarlas en detrimento del eventual[131] derecho del cautelante.

Veamos ahora los *presupuestos* de la prohibición de innovar: supuestos –precedente y consecuente– y requisitos actuales.

a) *El supuesto precedente*

Además del supuesto general de todas las cautelas ya visto *supra* en el # 2.1.1., es condición propia de la prohibición de innovar la de que una de las partes en litigio pretenda avanzar sobre la otra mediante la alteración unilateral de la situación fáctica o jurídica de la cosa acerca de la cual se discute o discutirá, mediante la utilización de vías de

[130] Palabra equivalente en el castellano corriente a *ente* o *ser* en lenguaje filosófico.
[131] Adviértase que el derecho aún es incierto. De ahí la referencia a la eventualidad.

hecho que ocasionen a quien las sufre un claro estado de desigualdad en el proceso ya pendiente o por ser incoado para resolver el litigio.

Los casos son simples: si alguien, por ejemplo, intenta por vías hecho la clausura de una servidumbre de paso para impedir al titular del fundo servido su paso por el fundo sirviente, puede llegar a colocarse en situación de ventaja para realizar cualquier tipo de negociación que conduzca, por ejemplo, a una eventual transacción, parece razonable que pueda impedirlo judicialmente hasta tanto se discuta acerca del derecho de efectuar el cerramiento; el actor sostiene que en un terreno propio su vecino pretende levantar una casa, a raíz de lo cual intenta impedir la obra hasta tanto se elucide de quién es la propiedad del terreno en discusión; etcétera.

b) *El supuesto consecuente*

Cumplida exitosamente la cautela, el cautelado debe abstenerse de alterar el estado de la cosa litigiosa so capa de incurrir en delito del derecho penal: *desobediencia judicial*[132], gracias a lo cual el debate procesal se efectúa a partir de ella en términos de igualdad que no se hubiera conseguido sin la orden del juez emitida a tal efecto.

Por supuesto, la prohibición de innovar debe mantenerse incólume durante todo el tiempo que insuma la tramitación del litigio hasta tanto haya sentencia firme y ejecutoriada respecto de la pretensión que lo originó.

Cabe sostener final y enfáticamente, que esta cautela sólo puede tener como objeto la efectivización de una obligación de *no hacer* y de ninguna manera una de *hacer*, toda ver que mediante ésta no se preserva el estado de la cosa sino que necesariamente se lo cambia[133].

c) *Los requisitos generales para decretar la prohibición de innovar*

Ya se han visto en general en el # 2.1.3. y a lo allí expresado remito al lector.

[132] Código Penal argentino, *art. 239*: "Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal" (texto conforme a la ley Nº 23.077).
[133] Ya se verá oportunamente que ello ha generado otra suerte de cautela –recalco que no es tal sino ilegítimo anticipo de sentencia– que nada tiene que ver con la que aquí se trata.

En otras palabras: destaco aquí que no guardo reservas para este caso respecto de la aplicación de los requisitos relativos al peligro en la demora y a la verosimilitud del derecho.

Y es que este tipo de cautela perturba grandemente la esfera de libertad de las personas y le prohíbe hacer ciertas cosas por la sola petición de alguien que afirma unilateralmente tener un derecho que aún es incierto.

Por eso, en preciso homenaje a ello, es que algunos códigos exigen, como requisito actual de ineludible cumplimiento por el juez actuante, que haya *proceso actual ya pendiente* (y no eventual) *actual* sobre la cosa respecto de la cual se dictará la orden de no innovar, pues las exposición de los hechos efectuada en la demanda (con mayor razón si ya existe contestación a ella) muestra mejor la verosimilitud del derecho en litigio y hace más tolerable la actuación cautelar de naturaleza unilateral.

Ello es plenamente exigible cuado se trata de atacar una actuación administrativa que, como tal, goza de *presunción legal de legitimidad.* De ahí que el juez deba extremar su cuidado para verificar la manifiesta arbitrariedad o ilegalidad del acto atacado a fin de impedir sus efectos por la vía de esta cautelar.

Pero hay un requisito más que es propio de esta cautela: aquí se exige además que, al momento de ser notificada al cautelado la correspondiente orden de no innovar, no haya procedido éste a efectuar con antelación a tal momento la innovación temida por el cautelante. Parece obvio que, en tales circunstancias, la orden no puede ser cumplida por ser ya de imposible acatamiento.

Sin embargo, si se comprueba que la alteración de la situación litigiosa ha sido hecha después de ordenada la cautela pero antes de su notificación al cautelado (con conocimiento de éste de las actuaciones judiciales), procede una nueva orden: la de poner las cosas en el estado en el cual se encontraban con anterioridad, por obvio resguardo del derecho oportunamente deducido por el peticionante y de la seriedad con la cual debe ser acatada la actuación judicial para resultar eficaz a la postre.

Para terminar: esta verdadera *innovación* que ordenará el juez para des-

truir lo hecho a fin de volver al estado anterior de la cosa *no es* la llamada doctrinalmente *medida innovativa* que trataré luego en el # 3.1.2.2.[134]

2.3.2.2. La prohibición de contratar

Es ésta una de las formas que puede exhibir la prohibición de innovar, que desde siempre refiere a alteraciones fácticas de cosas existentes en la realidad de la vida.

Pero cabe recordar ahora que recién expliqué que el alcance de tal prohibición puede referir también a lo jurídico y allí es donde, precisamente, encuadra esta particular prohibición: la de hacer determinados contratos respecto de ciertas cosas.

Por ejemplo, no vender, no gravar, etcétera, lo que muestra el carácter verdaderamente excepcional de la cautela en trato.

En tales circunstancias, parece obvio señalar que se aplican al caso todas las consideraciones vistas en el número precedente.

Finalmente: para hacer efectiva la cautela cuando refiere a contratos relativos a bienes inmuebles, debe ser anotada en la correspondiente repartición registral.

2.3.2.3. La anotación registral del litigio

Conocida también desde antaño como *anotación de litis*, este tipo de cautela siempre se circunscribe sólo a *bienes registrables*, muebles o inmuebles, en tanto la pretensión que la origine tenga como consecuencia una modificación en el correspondiente registro.

Veamos ahora los *presupuestos* de la anotación de litis: supuestos –precedente y consecuente– y requisitos actuales.

a) *El supuesto precedente*

Además del supuesto general de todas las cautelas ya visto *supra* en el # 2.1.1., es condición propia de ésta la obtención de adecuada publicidad frente a terceros del litigio en el cual se ordena, a fin de que un eventual

[134] No ignoro que parte de la doctrina sostiene lo contrario, al socaire de alguna antigua solución dada a caso excepcional por la Corte Nacional (ver, por ejemplo, *Fallos*: 252:336). Pero ello, a más de ser ilegítimo, aunque lo haya dicho el máximo tribunal (hoy podría sostenerse lo mismo al amparo de la justicia decisionista que hemos sabido conseguir), es completamente asistémico y descartable la solución como tal.

comprador de la cosa litigiosa conozca antes de adquirirla que su dominio es objeto de discusión entre el cautelante y el cautelado[135].

b) *El supuesto consecuente*

Si la cautela funciona adecuadamente[136], el cautelante podrá oponer al tercero comprador de la cosa litigiosa, y en su oportunidad, el eventual resultado favorable de la sentencia que el cautelante obtenga respecto del bien registrable de que se trate. De tal forma, dicho comprador no podrá alegar entonces buena fe[137] frente a aquél para sostener, como tercero en el pleito, la inoponibilidad de tal sentencia.

c) *Los requisitos generales para decretar la anotación de litis*

Ya se han visto en general en el # 2.1.3. y a lo allí expresado remito al lector, dejando nuevamente a salvo mi opinión respecto de los requisitos de carácter intrínseco que mencionan nuestros códigos procesales en general. Quede en claro, así, que no cabe exigirlos en el caso.

Resta agregar ahora, y en cuanto a los requisitos *extrínsecos*, referencia puntual similar a la ya mencionada respecto de la prohibición de innovar. Su admisión exige la existencia de un proceso ya pendiente, lo cual descarta que pueda ser peticionada antes de ser presentada la demanda (cual ocurre en los casos de embargo e inhibición general de bienes).

2.3.3. Las cautelas que protegen a las personas que litigan o que pretenden hacerlo

Los diferentes tipos de cautela que responden a este enunciado son: la *guarda* (o depósito) *de persona*, el *otorgamiento de carta de pobreza* y la *prestación de fianzas*.

Estas dos últimas no son reconocidas como *cautelas* en la habitualidad de la doctrina. Sin embargo, participan de todos los caracteres genéricos

[135] De tal modo, cuando alguien quiere comprar un inmueble, por ejemplo, y estudia las condiciones de dominio de lo que desea adquirir, se enterará mediante el informe que emita el respectivo registro de que existe un pleito pendiente acerca de él.

[136] Lo que significa que la anotación debe ser tempestiva y no ha de mediar error de información por parte del registrador, lo cual generará otro problema de responsabilidad.

[137] Principio general estatuido en Código Civil, *art. 2362*: "Todo poseedor tiene para sí la presunción de la buena fe de su posesión, hasta que se pruebe lo contrario, salvo los casos en los que la mala fe se presuma".

de éstas, ya vistos *supra*, toda vez que son accesorias, provisionales, mutables, y caducables y unilaterales, aunque a veces algunas aparezcan en la ley como bilaterales[138].

Las explico.

2.3.3.1. La protección de la integridad de la persona

Esta antigua cautela se conocía en muchas leyes del pasado como *depósito de persona*. En una de sus varias acepciones, la palabra *depósito* significa la colocación de un bien o de un objeto de valor en guarda y bajo la custodia de una persona o de una entidad que debe responder de ellos. Por extensión, aunque equivocadamente, se denomina *depósito de persona* a la colocación que se hace de ella en lugar donde se la cuide. De ahí la corrección del empleo de la voz *guarda* que utilizan las leyes modernas.

Con mayor especificación, y con lo giros propios del pasado, esta cautela era mencionada legislativamente como *depósito de mujer casada en casa honesta*[139].

Hoy, los códigos modernos consideran a este tipo de cautela como propio de un género mayor: el de *protección de persona*. Y así, la mayoría de las leyes vigentes refieren a la *guarda* o *internación* de:

1) mujer[140] que intenta o se propone intentar[141] o contra quien se ha

[138] Admito la opinabilidad de esta aseveración. Pero convendrá el lector en que todo es del color del cristal con el que se mira. Así, en la doctrina italiana se ha discutido durante mucho tiempo si la declaración de quiebra es o no una medida cautelar. En la Argentina ha ocurrido lo mismo en cuanto a los interdictos posesorios.

[139] Y tenía como destinataria a la mujer que deseaba entablar contra su marido demanda de nulidad de matrimonio o de divorcio.

[140] Los autores en general admiten esta variedad de cautela –al igual que algunas leyes procedimentales– sólo respecto de mujeres y de menores. Pero nada empece a generalizar el concepto para hacerlo aplicable a hombres, cuando ellos son la parte auténticamente débil del matrimonio desavenido. Recuerdo ahora haber actuado en un caso como el que relato: un hombre mayor, apocado y de tamaño muy pequeño, solicitó judicialmente su propio depósito al demandar por divorcio a su mujer por sevicias causadas por ella, fuerte de físico y de carácter irascible. ¡Y en el pleito se demostró que sus razones tenía...!

[141] Ley 2393, de Matrimonio Civil, *art. 68* en anterior texto: "Puesta la acción de divorcio, o antes de ella en caso de urgencia, podrá el juez a instancia de parte decretar la separación personal de los casados y el depósito de la mujer en casa honesta, dentro de

deducido demanda de divorcio, de nulidad de matrimonio o querella de adulterio[142];

2) mujer menor de edad que intenta contraer matrimonio[143], ingresar a comunidad religiosa o ejercer determinada actividad, todo en contra de la voluntad de los padres o tutores;

3) menores o incapaces que son maltratados por sus padres, tutores, curadores o guardadores, o inducidos por ellos a cometer actos ilícitos o deshonestos o reprobados por las leyes o la moral o que estén expuestos en virtud de ello a graves riesgos físicos o morales[144];

4) incapaces abandonados o sin representantes legales o, teniéndolos, cuando ellos están impedidos de ejercer sus funciones[145];

5) incapaces que están en pleito con sus representantes legales en tanto se controvierta en el respectivo litigio la patria potestad, la tutela, la curatela o los efectos de cualquiera de ellas;

6) hijos menores de un matrimonio en pleito de divorcio o separación[146];

7) presunto insano que se considera peligroso para sí o sus semejantes[147].

los límites de su jurisdicción..." El texto actual de la misma norma, según reforma introducida por la ley 23.515 (art. 231, Cód. Civ.), dice: "Deducida la acción de separación personal o de divorcio vincular, o antes de ella en casos de urgencia, podrá el juez decidir si alguno de los cónyuges debe retirarse del hogar conyugal, o ser reintegrado a él..."

[142] Las leyes que esto disponen datan de época en la cual el adulterio era delito del derecho penal.

[143] Conocido desde antiguo como *juicio de disenso*.

[144] Ver, como ejemplo, leyes 26.061 y 14.394.

[145] Ídem.

[146] Mientras dura el curso del pleito, es obvio que con alguien deben vivir. A este fin, el juez determinará a quién otorgará la guarda respectiva: alguno de sus padres, abuelos, etcétera. Debe tenerse presente que la ley de matrimonio civil, *art. 68*, establecía que "Deducida la acción de divorcio o antes de ella en casos de urgencia, el juez puede [...] determinar a quién corresponde la guarda de los hijos, con arreglo a las disposiciones de este Código..." A su turno, el Código Civil establece en su *art. 206*, que "Separados por sentencia firme [...] los hijos menores de cinco años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. Los mayores de esa edad, a falta de acuerdo de los cónyuges, quedarán a cargo de aquel a quien el juez considere más idóneo..." Para tomar la decisión de otorgamiento de guarda, creo que es muy conveniente que el juez actuante oiga al menor al respecto, salvo caso de extrema urgencia y de grave peligro inminente para él.

[147] Ley 14.237, art. 70, hoy Cód. Civ., art. 482.

Aunque no se trata propiamente del caso en estudio, parece que sus condiciones deben ser extendidas a las hipótesis de guarda de *restos humanos* cuando se plantean pleitos entre familiares sobre el derecho a tenerlos o sobre domino de sus tumbas[148].

Veamos ahora los *presupuestos* del depósito de persona: supuestos –precedente y consecuente– y requisitos actuales.

a) *El supuesto precedente*

Además del supuesto general de todas las cautelas ya visto *supra* en el # 2.1.1., es condición propia de la protección de persona la simple posibilidad de que corra peligro en su vida, libertad de actuar, salud o bienestar a raíz de un litigio en el cual se discuten o discutirán relaciones familiares o parafamiliares, que la experiencia recurrente demuestra que subjetivizan el debate hasta llegar a insospechados grados extremos.

b) *El supuesto consecuente*

Con la cautela se logra de inmediato sustraer a la persona que se guarda de presiones físicas o morales a que puede hallarse expuesta por parte de quien ejerce la patria potestad, tutela o curatela.

Con ello se logra, además, la plena libertad de actuar de quien ha sido protegido, pues, al no convivir con quien puede causarle daño como consecuencia de la cautela, posibilita el desarrollo del proceso en términos de normalidad discursiva.

Además, muchas veces se consigue el mantenimiento de la paz familiar, lo cual es de la mayor importancia para la corriente doctrinal que integro y que sostiene que la finalidad principal de la actuación de los jueces es precisamente ésa.

En el caso de separación, divorcio o nulidad de matrimonio, este supuesto lleva anejo el que deba hallarse lugar para que la mujer pueda vivir libre de presiones mientras dura el curso del pleito. A tal efecto, el juez debe determinar quién de los cónyuges ha de abandonar el domicilio conyugal.

c) *Los requisitos generales para decretar el depósito de persona*

Este tipo de cautela escapa a alguna de las condiciones generales del

[148] Aunque no conozco ley que refiera expresamente al caso, antigua jurisprudencia nacional ha adoptado esta solución en la Argentina.

resto de ellas. Si bien deben respetarse –y aquí más que en todos los demás casos– los requisitos de *verosimilitud del derecho* y de la existencia de *peligro en la demora*, en las hipótesis en las cuales esta variedad de cautela refiere a las relaciones matrimonial y paterno-filial, se logra la natural y obvia consecuencia de instalar en ellas una profunda grieta afectiva muy difícil de superar luego. De ahí que los jueces deben extremar su cuidado y prudencia al decretarlas.

A este efecto, creo que nada obsta a la protección que se pretende lograr con el depósito o la internación el que se acepte como requisito actual la realización de una breve audiencia previa de quien sufrirá sus efectos inmediatos, tanto como para que no se vea sorprendido con una inesperada orden de desalojo de su propio domicilio o con la noticia de que se rompe la unidad de la familia al tener que aceptar sin más la ingrata sorpresa de que una hija se aleja del hogar donde todos conviven hasta ahora.

También, debe ordenarse entregar a la persona depositada sus ropas, útiles y muebles de su uso o profesión y, también, que se disponga el pago de alimentos durante el tiempo de la guarda.

Finalmente, como requisito propio de esta especie de cautela se halla la *legitimación procesal* para solicitarla, que, si bien en general es pública y corresponde a cualquiera persona de la comunidad, en los casos mencionados *supra* en el numeral 1), corresponde exclusivamente a la mujer menor de edad y, por supuesto, al ministerio público pupilar en su carácter de representante promiscuo de todos los incapaces[149].

2.3.3.2. El otorgamiento de carta de pobreza o beneficio para litigar sin gastos

Aunque las Constituciones de toda América aseguran en general el libre acceso de los particulares al servicio de Justicia[150], en la Argentina

[149] Código Civil, *art. 59*: "A más de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el ministerio de menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación".

[150] Tal como ocurre con el servicio de policía, de bomberos, de salud, etcétera, respecto de los cuales a nadie se le ocurriría seriamente cobrar de manera previa una tasa o

de hoy y desde hace ya muchos años, tanto el Fisco nacional cuanto el provincial gravan el acceso al litigio por parte del actor civil[151] imponiéndole el pago previo de una tasa (*rectius est*, verdadero *impuesto* desfigurado con otro nombre) que, la mayoría de las veces, es muy alta y se erige a raíz de ello en una valla frecuentemente difícil de superar[152].

Claro está, la perversión propia del siempre voraz apetito fiscal se disimula, para el ciudadano no advertido de ello, con el establecimiento de una excepción que confirma la regla: no paga tasa alguna *previa al ingreso* al litigio aquel a quien desde antaño se considera *pobre para demandar*, determinándose al efecto en las leyes algunas pautas que antes eran objetivas[153] y en la actualidad puramente subjetivas[154] para que el juez le otorgue la correspondiente exención mediante la graciosa[155] concesión del *beneficio de litigar sin gastos* o de la declaración judicial que establece que alguien es pobre para litigar.

Esta clara cautela que posibilita la defensa de los derechos de una persona, de la misma forma que lo hace su depósito, por ejemplo, no es

un precio a cambio de la respectiva prestación, ya que deben ser financiados con los impuestos que percibe el Estado al efecto.

[151] Repárese en que no acaece lo mismo con el actor laboral cuando es obrero ni con el acusador penal. De donde resulta claro para el buen entendedor que es impuesto y no tasa...

[152] Con lo cual se atenta contra la irrestricta vigencia de la Constitución en tanto allí se privilegia a la Justicia desde el mismo Preámbulo.

[153] Por ejemplo, el CPC de Santa Fe, establece en su *art. 332*: "Será considerado pobre el que acredite no poseer bienes por mayor valor de quince mil pesos ni renta mensual que exceda de dos mil..." Como se ve, y más allá de generar absurdamente una carga probatoria de imposible práctica (la de no poseer bienes), existe un mínimo de seguridad en cuanto a la objetividad del resto: el ingreso mensual del actor tiene un límite que, de ser superado, no permite el otorgamiento del beneficio.

[154] Por ejemplo, CPC de la Nación, *art. 78*, establece: "Los que carecieren de recursos podrán solicitar antes de presentar la demanda o en cualquier estado del proceso, la concesión del beneficio de litigar sin gastos [...] No obstará a la concesión del beneficio la circunstancia de tener el peticionario lo indispensable para procurarse su subsistencia, cualquiera fuere el origen de sus recursos".

[155] Cosa que opera como el otorgamiento de una suerte de *gracia* (empleo *ex profeso* esta expresión, pues, en la Argentina de hoy, obtener este beneficio es lograr una suerte de inmunidad tan privilegiada que muchas veces llega a convertirse en verdadera impunidad). Esto, que se acepta hoy sin mayores cavilaciones, no era así en cercano pasado, cuando la Justicia funcionaba mejor que ahora.

legislada como tal por los códigos actuales, que la contemplan en la enumeración que hacen de los posibles *incidentes* en el capítulo referente a ellos.

Así legislada, la cautela ha perdido su carácter unilateral y se sustancia con audiencia del propio Fisco y de la persona contra la cual se litigará. Y esto por las razones que seguidamente se comprenderán.

También se verá que esa audiencia que ha previsto la ley para sustanciar el *incidente* (atención, que no la cautela) genera nuevo litigio que puede terminar con un perdedor que habrá de afrontar en su momento el pago de las costas procesales devengadas durante la tramitación del beneficio. Y esto perjudica al sistema, pues posibilita la actuación de abogados inescrupulosos que pretenden percibir honorarios calculados como un incidente del pleito principal (con lo cual cobran más dinero) y no a base de lo que representa el pago de las tasas o impuestos de justicia (con lo cual cobran menos dinero).

A esto se suma el silencio del Fisco, que muchísimas veces no interviene para sostener su derecho a percibir impuestos de quien eventualmente será exento[156], pues, a la postre, será cobrado de cualquier manera de la otra parte procesal a consecuencia de que la obligación del hecho imponible *litigar* es solidaria entre todos quienes litigan. Con lo cual carece de interés al efecto.

En estas condiciones, a partir de la habitual piedad de algunos jueces decisionistas que, al actuar conforme con pautas puramente subjetivas, son proclives al otorgamiento amplio del beneficio, se ha generalizado la figura del *actor pobre para litigar*, sin que nadie haya advertido las demás circunstancias –claramente ilegítimas– que rodean a esta cautela.

Para que se entienda la crítica que aquí hago, deseo que repare el lector en la denominación del beneficio, referido desde siempre a la *posibilidad de litigar sin pagar impuestos* o *tasas de justicia*[157] y no otra cosa (por

[156] En la Argentina, dejo a salvo la actuación de los abogados del fisco en el orden federal, que bien cuidan en este aspecto los intereses de la Nación. Lamentablemente, no ocurre lo mismo en varias Provincias.

[157] Es decir, el Estado olvida por una vez su siempre voraz apetito fiscal para permitir el acceso al uso del servicio de justicia a quien no puede pagar su coste, que debiera ser desde y por siempre absolutamente gratuito en toda América Latina, para responder cabalmente a los postulados de las Constituciones allí vigentes.

ejemplo, costas judiciales). Que es lo más que el buen uso de la lógica acepta que pueda hacer el Estado, disponiendo al efecto de sus propias posibles rentas.

Pero lo que no puede hacer seriamente es afectar el bolsillo de otros ciudadanos y ordenar en consecuencia que sean ellos (los *otros*, nunca *nosotros*) quienes carguen patrimonialmente con el beneficio otorgado a los que litigan en su contra.

Y esto es lo que sucede gracias a la *solidaridad* impositiva: si no paga el actor, paga el demandado (y debe abonar *todo*, no *su parte*), de donde resulta que a la postre el Estado no renunció a nada y, simplemente, cambió la persona del contribuyente, agravando la situación de uno para beneficiar a otro[158].

Esto parece grave y claro resabio del autoritarismo inquisitorial que se vive en nuestros países en materia procesal, por no comprender el legislador en qué consiste el principio de igualdad ya reiteradamente explicado en esta obra y dejado de lado en todos estos temas. Para que se comprenda cabalmente la afirmación, en el sistema inquisitorial *la parte es nadie* y, veces, la quincuagésima persona después de nadie, en razón de que todo funciona allí a partir del absoluto protagonismo del juez.

Estas apreciaciones vienen a cuento, pues no hace demasiado tiempo se estableció en alguna ley que el simple patrocinio letrado del defensor general (como tal, integrante de la planta de funcionarios del Poder Judicial) permitía no sólo no pagar tasas o impuestos para litigar sino, también, *cautelar sin prestar la contracautela del caso*. Mientras eso se mantuvo así y dependiendo exclusivamente de la actuación de un funcionario judicial, no hubo mayores problemas en el desenvolvi-

[158] ¿Y la igualdad ante la ley? Adviértase que pasa algo similar en los casos en los cuales no hay beneficio otorgado al actor: cuando le toca abonar su propia porción al demandado, jamás lo hace, pues no le interesa instar su pleito. De donde tocará ahora al actor abonar lo adeudado por su contraria, pues, de no hacerlo así, el pleito se paralizará por falta de pago de la tasa adeudada. Para mantener la igualdad constitucional, lo correcto en el caso sería vedar sólo el instar del demandado deudor y tolerar el del actor que ya cumplió con su parte de la obligación sin exigirle desembolso adicional alguno que es posible que jamás recupere [...] Por supuesto, estas consideraciones no pueden hacerse donde el acceso a la Justicia es gratuito o donde cada uno es responsable de sus propias cargas impositivas.

miento de la actividad litigiosa, pues, al fin y al cabo, era un funcionario del sistema quien hacía las comprobaciones y evaluaciones de rigor[159].

Con posterioridad, un código procesal que hace gala del por mí siempre criticado solidarismo judicial, extendió tal *beneficio* (¡y vaya si lo es!) a quien obtenía su declaración de pobreza y, con ello, era patrocinado en sus pretensiones por *cualquier abogado* y no con exclusividad por el defensor oficial, como ocurría hasta entonces.

A partir de ahí se ha desquiciado en muchas partes[160] el sistema de enjuiciamiento en el cual imperaba la buena fe: cualquiera persona puede obtener hoy, en trámite sin contienda y viveza abogadil mediante, un beneficio de tal índole que le permite demandar gratis por la suma que se le ocurra, tenga o no razón para ello; no pagar costas si pierde el pleito por las extravagancias de su demanda y, además, embargar lo que quiera sin dar caución alguna para ello.

A consecuencia de esto, lo que debe ser simple aseguramiento de cobro para el eventual supuesto de ganar el pleito, se convierte en argumento de presión para forzar un pago que, alguna vez lo he visto, no se debía en la realidad de la vida (a este fin, basta con embargar por importante suma –recuérdese que es gratis y sin consecuencia negativa alguna– una cuenta corriente bancaria y, con ello, detener la operatoria de una empresa que puede caer en inmediata imposibilidad de pago[161])[162].

Hasta aquí se han visto los requisitos extrínsecos necesarios de existir al tiempo de otorgar la cautela peticionada judicialmente por el actor.

[159] Téngase presente que en todas las leyes orgánicas se exige que el defensor oficial tome los recaudos necesarios para patrocinar un caso, a fin de no beneficiar indebidamente a quien puede solventar con su patrimonio los gastos propios de su defensa en juicio.
[160] Por ejemplo, Santa Fe en Argentina.
[161] En buen romance, esto es como darle navaja a un mono y dejarlo suelto en tienda de cosas cortables con algo filoso.
[162] Deseo que, como corolario de todo esto, el lector llegue a admitir que la contracautela debe ser prestada siempre y en forma tal que las cifras por las cuales se otorga sean serias y acordes con la realidad. Volveré luego sobre el tema.

Empero, y aunque sea valor entendido en la doctrina generalizada que el otorgamiento de este tipo de cautela debe ser referida con exclusividad al actor –cual lo he hecho hasta ahora en esta obra[163]– nada empece a que sea otorgado también al demandado.

Y es que las leyes que refieren a este beneficio involucran siempre en el tema a *las partes* y no sólo a una de ellas, con lo cual parece claro que también puede beneficiarse con esta cautela el demandado que se concreta a contestar su demanda, sin deducir reconvención[164].

Esta solución es justa para el caso en trato, pues se igualan de manera adecuada los derechos de las partes. Para empezar, si el actor no paga tasas de justicia, tampoco lo hará el demandado pobre, y no como ahora que, pobre o rico, debe cargar con el total de su importe gracias a la mal entendida solidaridad del tributo. Pero en tren de asegurar la paridad procesal, si el actor no paga costas tampoco lo hará el demandado en caso de perder, etcétera.

Veamos ahora los *presupuestos* de la declaración de pobreza: supuestos –precedente y consecuente– y requisitos actuales.

a) *El supuesto precedente*

Además del supuesto general de todas las cautelas ya visto *supra* en el punto 2.1.1., es condición propia de la declaración de pobreza el no tener bienes suficientes como para afrontar de inmediato y antes de comenzar el litigio o al tiempo de comparecer a éste, el pago de las tasas o impuestos judiciales.

No obstante ello, y como se verá seguidamente, los supuestos consecuentes no son coherentes con éste.

b) *El supuesto consecuente*

Según ya ha sido visto precedentemente en la conceptuación de esta figura, el supuesto consecuente es de toda lógica: siempre se trata de litigar sin el pago previo de tasas o impuestos.

Empero, hay leyes –y esto sí que es variable y, por ende, contingente– que prevén otros supuestos: el de embargar sin el previo otorgamiento

[163] Lo cual surge implícitamente de la lectura de las normas respectivas en el CPC de Santa Fe. No es así en el CPC de la Nación, a tenor del texto de su art. 79, inciso 1.
[164] Donde la vigencia del beneficio resulta obvia.

de la siempre necesaria contracautela y de no abonar costas procesales cuando ha sido condenado a oblarlas o de pagarlas pero hasta un cierto porcentaje en el caso de resultar ganador en el litigio.

c) *Los requisitos generales para otorgar el beneficio de pobreza*

Surge de los precedentes párrafos que los requisitos *intrínsecos* para concederla, refieren a pautas o baremos para medir la situación patrimonial del solicitante del beneficio que se muestran con criterios que son:

1) *objetivos*[165], en cuyo caso la respectiva petición debe ajustarse a ello so capa de no ser otorgado y

2) *subjetivos*: la ley nada dice al respecto y deja librada a la *prudencia del juez* su otorgamiento o denegación[166], mostrando con ello la posibilidad de ocurrencia de nueva arbitrariedad.

De la nómina de requisitos *extrínsecos* enunciados en general en el # 2.2.1., todas las leyes regulan:

1) la *competencia judicial*, al otorgarla al juez que ya conoce o debe conocer del asunto según la suma de pautas atributivas de su función;

2) la *oportunidad* para presentar la respectiva petición o acción procesal, con efectos diferentes según las contingencias legislativas: paraliza[167] en algunos casos el curso de la pretensión principal hasta que el beneficio ostente pronunciamiento firme y ejecutoriado[168] o, en otros, toleran los avances del litigio, que corre paralelo al curso procedimental del beneficio[169];

[165] Por ejemplo, CPC de Santa Fe. Ver nota 153.

[166] Ver nota 153.

[167] Hay códigos (por ejemplo, CPC de Santa Fe) que establecen la paralización del pleito y ello refiere, obviamente, al beneficio peticionado por el actor. No podría pensarse en norma similar respecto del demandado, de quien ya se ha dicho que nada obsta a que pueda lograr idéntico beneficio. Y ello es clara muestra de ruptura del principio de igualdad, pues lo que la ley concede a uno lo veda al otro. Y esto es inconstitucional.

[168] Ver CPC Santa Fe, *art. 333*: "La solicitud podrá formularse en cualquier estado del proceso. Si lo fuere antes o simultáneamente con la demanda, suspende el curso de ésta; en caso contrario, proseguirán los procedimientos..."

[169] CPC de la Nación, *art. 83*: "Hasta que se dicte resolución la solicitud y presentaciones de ambas partes estarán exentas del pago de impuestos y sellado de actuación. Éstos serán satisfechos, así como las costas, en caso de denegación. El trámite para obtener el beneficio no suspenderá el procedimiento, salvo que así se solicite al momento de su interposición".

[170] Conocida –junto con las dos mencionadas seguidamente en el texto– como *fianzas del haz* (porque antiguamente se constituían juntas en juicio, lo que a la idea de *haz: conjunto*), esta fianza refiere a la obligación que un tercero constituye ante el juez asumiendo el pago del monto de la condena si el demandado no lo abona.

[171] La obligación que asume un tercero para dar seguridad a un juez de que el demandado asistirá al juicio y no usará de dolo. En Roma se denominaba *cautio de juditio sisti* y el fiador se comprometía a hacer venir al demandado en el plazo concedido al efecto por el juez so capa de perder el monto afianzado (en lo penal, es similar la *fianza carcelera*).

3) la *contracautela* no es exigida, pues en la idea original de su otorgamiento no se afectaban intereses diferentes a los del Estado beneficiario del cobro de las tasas.

Tal vez la ausencia de este requisito es lo que ha impedido ver a la doctrina la naturaleza cautelar de esta figura.

Pero tal ausencia no empece a la exactitud de lo aquí afirmado: también se cautela sin prestación de contracautela cuando se embarga preventivamente entre cónyuges, comuneros, socios, etcétera; ídem cuando se ha obtenido una sentencia favorable o se parte de un título ejecutivo; ídem en el supuesto de asunción de representación procesal de pariente ausente, etcétera.

Como se ve, no es un requisito de constante exigencia para el otorgamiento de todas las cautelares.

2.3.3.3. El otorgamiento de fianzas

Se entiende por *fianza* la obligación que una persona contrae cuando se compromete a responder por otra y, por extensión, lo que se deja en garantía del cumplimiento de una obligación.

Este tipo de cautela se emplea desde muy antiguo, tanto en lo civil como en lo penal.

Ejemplos de lo primero pueden ser vistos en los casos de:

1) fianza *a las resultas del juicio*[170];

2) fianza *de estar a derecho*[171];

3) fianza *de arraigo* dada por el demandado[172] y por el actor[173];

4) fianza *depositaria*[174];

5) fianza *de restitución*[175];

6) fianza *con información de abono*[176];

7) fianza *de pago de eventuales costas procesales*[177].

Ejemplos referidos a lo penal pueden ser vistos en los casos de:

1) fianza *carcelera* o *de cárcel segura*[178];

2) fianza *de calumnia*[179];

[172] La seguridad que da el demandado de responder a las resultas del pleito, hipotecando o dando bienes a embargo en la cantidad que se le demanda o presentando fiador lego, llano y abonado que se obligue a pagar lo que fuere sentenciado y condenado. Esto es tan antiguo que así se disponía en el Fuero Real, en las Leyes de Toro y en la Novísima Recopilación. Hoy no se encuentra legislada.

[173] La seguridad que, a petición del demandado, debe darle el actor de que le abonará las costas del pleito en caso de resultar perdedor en la sentencia que resuelva el litigio.

[174] La obligación en que uno se constituye de tener ciertos bienes en calidad de depósito a disposición del juez, sea para cubrir con ellos alguna deuda propia o ajena, sea para restituirlos a otro acreedor de mejor derecho en caso de haberlos recibido en pago de algún crédito. El monto de la fianza debe guardar relación con el valor de las cosas depositadas.

[175] Conocida antiguamente también con la denominación de *fianza de la Ley de Toledo* (por haber sido instituida por los Reyes Católicos en Toledo el año de 1480), es la seguridad que tiene que prestar en juicio ejecutivo el acreedor a quien se hace pago de la deuda con el producto de los bienes ejecutados, obligándose y dando fiador que se obligue a restituir con el doble, *por pena a título de intereses*, en caso de que se revoque la sentencia. Con diferentes variantes de contenido, hoy está vigente en la mayoría de los códigos y luego será explicada en el texto.

[176] La que se constituye con designación de bienes y seguridad testimonial de que éstos son propios del obligado, libres y suficientes para satisfacer al objeto que la motiva; de modo que la información de abono viene a ser un *afianzamiento de la fianza misma*.

[177] Conocida en el Derecho Romano con la denominación de *cautio pro expensas*, éste es un tipo de fianza que rige en la actualidad y que se explica en el texto.

[178] Es la obligación en la que un tercero se constituye ante el juez para garantizarle que, dejándose en libertad al reo, le hará volver a presentarse en la cárcel siempre que así se le ordene. Este tipo de fianza está plenamente vigente en materia penal. Aquí el fiador toma el nombre de *carcelero comentariense*.

[179] La que se exige del acusador con el fin de que si procede con malicia y no justifica el delito que imputa al acusado no quede impune ni el acusado sin indemnización.

3) fianza *de seguridad de la vida*[180];

4) fianza *de saneamiento*[181].

Actualmente, este tipo de cautela en trato se presenta:

a) *en lo civil*, para responder a algunas necesidades de quien ostenta procesalmente el carácter de:

a.1) *demandado*, para: A) poder gozar de la defensa de un pariente en caso de estar ausente del lugar del pleito (*cautio de rato et grato*), y B) para asegurarse el pago de costas de las cuales puede ser acreedor eventual (*arraigo*);

a.2) *actor*, para poder ejecutar de inmediato una sentencia que ha sido apelada y la impugnación concedida con efecto suspensivo.

b) *en lo penal*, para asegurar la comparecencia de un imputado que se halla en libertad cuando el juez ordena su presencia en el tribunal.

Las explico.

2.3.3.3.1. El otorgamiento de fianza para asegurar la defensa por un pariente de quien ha sido demandado en juicio

La figura se conoce desde antaño con la denominación de *cautio de rato et grato* y consiste en la autorización legal para que un pariente[182] de demandado civil ausente del lugar del juicio asuma su representación procesal por un cierto plazo y sin necesidad de acompañar mandato al efecto.

Veamos ahora los *presupuestos* de este tipo de fianza: supuestos –precedente y consecuente– y requisitos actuales.

a) *El supuesto precedente*

El caso es muy puntual: un demandado a base de pretensión no penal se encuentra ausente del lugar del juicio (*del país*, expresan algunas

[180] Denominada *non offendendo* en el Derecho Romano, es la que se exige cuando alguno se queja de que otro le amenaza de muerte o teme que le arme asechanzas a su vida.

[181] Legislada en la *Novísima Recopilación* (Ley 23, Tít. 28, Libro 21), es la que da el deudor ejecutado por su acreedor, aunque tenga bienes, para evitar que se le ponga preso (obviamente, en tiempos de aceptarse la prisión por deudas).

[182] Casi siempre se trata de un pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

Tal como se lo conoce en América, el *arraigo* consiste en la prestación de una caución[184] otorgada por el actor para asegurar al demandado el pago de las costas causadas a raíz del pleito en el caso eventual de que triunfe en el litigio.

Veamos ahora los *presupuestos* del arraigo: supuestos –precedente y consecuente– y requisitos actuales.

a) *El supuesto precedente*

Es condición propia del arraigo que un demandado en pleito de carácter civil[185] a base de pretensión declarativa[186] tramitada mediante un procedimiento adecuado a ella[187], no conozca bienes al actor como para poder embargar oportunamente, llegado el caso de tener que percibir de él las costas causadas a su instancia. Cuando existe conocimiento cierto o presunto al respecto, el arraigo resulta improcedente[188].

En algunas legislaciones el tema es menos duro: sólo se exige que el actor no tenga su domicilio en el lugar del pleito (lo que significa, precisamente, *estar arraigado*) aunque no se le conozcan bienes.

b) *El supuesto consecuente*

Operada la situación descrita, interpuesto, contestado y resuelto por el juez el tema, el actor debe garantizar la eventual obligación otorgando

[184] Este tipo de caución viene del derecho romano, donde se denominaba *cautio pro expensis*.

[185] No penal ni laboral ni contencioso administrativo.

[186] No ejecutiva. Y ello en razón de que el derecho que se afirma para incoarlo está predeclarado por la ley o por una sentencia judicial, de donde resulta que no hay en el caso la incertidumbre acerca del resultado que puede generar en el ejecutado la expectativa de ganar el juicio.

[187] En los lugares donde se legisla al respecto, son los juicios ordinario, sumario, sumarísimo, arbitral, oral y verbal de menor cuantía. Habitualmente, las leyes prohíben la interposición de arraigo en los dos últimos, so pretexto de que el juicio sumarísimo se dedica a pretensiones de escaso valor económico y de que al arbitraje se llega siempre por vía convencional.

[188] Por ejemplo, CPC de Santa Fe, *art. 330*: "No procederá el arraigo cuando: 1) el demandante poseyere en la provincia bienes suficientes para pagar las costas o el demandado se allanare a la demanda en cantidad que permita abonarlas; 2) la demanda fuere impuesta por vía de reconvención; 3) el actor hubiese sido declarado pobre para litigar, por resolución firme anterior a la oposición del arraigo; 4) el demandante sea una entidad con personería jurídica, domiciliada en la provincia, que por la ley o sus estatutos tenga objetivos sociales sin ánimo de lucro".

fianza suficiente al efecto[189]. Ello servirá para que el hoy demandado pueda reclamar oportunamente al fiador, y como actor, el reintegro de todo lo abonado en concepto de costas devengadas en el pleito en el cual se originó la caución.

c) *Los requisitos generales para ordenar el arraigo del juicio*

Ya se han expuesto al explicar la figura. Son:

1) debe tratarse de pretensión declarativa;

2) tramitada en juicio ordinario o sumario;

3) el actor no debe estar exento por virtud de autorización legal de prestar arraigo, y

4) establecido su monto, debe otorgarse ante el tribunal la caución por la suma respectiva dentro del plazo legal o judicial acordado al efecto.

2.3.3.3.3. El otorgamiento de fianza para posibilitar la ejecución de una sentencia no ejecutoriada

El caso se conoce desde antaño como *fianza de restitución*[190] y se encuentra habitualmente legislado dentro de la normativa propia del juicio ejecutivo[191].

Consiste en la prestación de una fianza que otorga el ejecutante a cuyo favor se ha dictado sentencia de remate impugnada por el ejecutado mediante recurso de apelación concedido con efecto suspensivo, con

[189] Si la fianza no se presta en el plazo que fijan las leyes al efecto, caduca el proceso. Lo cual es muy duro y permite la coexistencia de situaciones de extrema desigualdad, toda vez que –como ya se ha visto– no arraiga quien es asistido por el Defensor General y quien ha sido declarado pobre para litigar. Si bien se mira, se trata de otro modo que entorpece el acceso a la Justicia, tolerado por la ley y la doctrina, no obstante que hoy ese tema es la *vedette* de los desvelos académicos argentinos. Pero, además y singularmente, se ha entronizado actualmente en la reina de todas las chicanas procesales, pues no hay pleito declarativo que tramite por la vía ordinaria en el cual no se oponga arraigo como artículo previo, modo evidente de dar alongaderas a su desarrollo.

[190] Ver **nota** 175.

[191] Por ejemplo, CPC de Santa Fe, Argentina, *art. 484*: "En el juicio ejecutivo solamente serán recurribles las sentencias [...] El recurso contra la sentencia procederá en efecto suspensivo, a menos que el actor preste fianza suficiente para responder al resultado del pleito. En este caso, se sacarán las copias necesarias para la ejecución y se elevarán los autos al superior".

la finalidad de lograr el cambio de tal efecto y, a consecuencia de ello, poder ejecutar de inmediato la sentencia aún no ejecutoriada[192].

Veamos ahora los *presupuestos*: supuestos –precedente y consecuente– y requisitos actuales.

a) *El supuesto precedente*

Es condición propia de esta fianza que el ejecutante con sentencia favorable desee ejecutarla de inmediato y antes de que alcance efecto ejecutorio, como consecuencia de la sentencia de alzada que se dictará oportunamente a raíz de la impugnación interpuesta por el ejecutado.

b) *El supuesto consecuente*

Operada la situación descrita, y otorgando la fianza del caso, el ejecutante puede continuar con las instancias propias de la ejecución (remate, suscripción de escritura, entrega de cosa determinada, etcétera).

c) *Los requisitos generales para ordenar la caución de restitución*

Ya se han expuesto al explicar la figura. Son:

1) debe existir sentencia de remate impugnada por el ejecutado;

2) concesión con efecto suspensivo del recurso del caso[193];

3) la fianza debe otorgarse en autos por el monto de la acreencia respectiva, incrementada con sus accesorios y una cantidad prudentemente apreciada para responder a los eventuales daños que todo ello pueda producir.

2.3.3.3.4. El otorgamiento de fianza para asegurar la comparecencia a juicio de reo penal

Conocida desde antiguo con la denominación de *fianza carcelera*[194] es la que un tercero otorga en garantía de que un reo penal puesto en libertad por el juez actuante comparecerá ante él cada vez que se lo cite a cualquier efecto.

El supuesto precedente y los requisitos de esta cautela surgen claros de su propia conceptuación. No ocurre lo mismo con el supuesto consecuente, que consiste en la pérdida para el fiador de la suma afianzada en caso de incomparecencia del citado.

[192] Cosa que sería imposible sin esta caución.

[193] Puede tratarse del de apelación o del de nulidad, cuando éste procede autónomamente en la respectiva legislación.

[194] Ver nota 178.

2.3.4. Las cautelas que protegen la producción anticipada de medios de confirmación procesal

Este tipo de cautela, no habitual en el pasado relativamente reciente, está constituido por la *producción anticipada de ciertos medios de confirmación procesal* que el cautelante intenta realizar de inmediato y, a veces, aun antes de demandar, pues podrían perderse con el paso del tiempo, volviéndose así de difícil o de imposible producción cuando se abra el estadio procedimental respectivo[195].

En esta hipótesis imagino, por ejemplo, la necesidad del actor de contar con un documento que puede desaparecer apenas el futuro o actual demandado advierta que es la prueba terminante de un pretendido derecho (piénsese en el secuestro de una historia clínica en pleito de responsabilidad por mala praxis médica o en la necesidad de verificar una circunstancia que puede cambiar andando el pleito, etcétera).

De la misma forma, hay leyes que permiten un *adelantamiento temporal*[196] en la realización de un medio de confirmación cuando alguien corre el riesgo de verla frustrada por el paso del tiempo: es lo que ocurre en CPC de Santa Fe, artículo 273[197], que admite producir antes

[195] Por ejemplo, CPC de Santa Fe, *art. 272*: "Sin perjuicio de las medidas autorizadas por el art. 390 [son las que toleran la preparación de un juicio ordinario], los que sean o vayan a ser partes de un proceso y tengan motivos para temer que la producción de las pruebas que les sean necesarias se haga difícil o imposible por el transcurso del tiempo, pueden solicitar el aseguramiento de dichas pruebas". En términos similares, pero genéricamente, norma el CPC de la Nación, art. 232: "Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable, podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia".

[196] Anterior a la promoción de la demanda o, ya deducida ella, antes de la ocasión procesal para producir el medio de que se trate.

[197] Su texto dice: "Igualmente, cuando por cualquiera circunstancia alguna persona se halle en peligro de perder su derecho, si no se admite desde luego la verificación de un hecho, podrá producir sumaria información de testigos, prueba pericial y, cuando existiere urgencia de comprobar el estado de lugares o de cosas o la calidad de estas

de tiempo declaraciones de testigos, informes periciales, comprobaciones judiciales, etcétera.

Como se ve, estoy hablando siempre de *prueba anticipada*, concepto que difiere esencialmente del de la *prueba preconstituida*:

a) la *anticipada* es *siempre* de carácter procesal, pues se produce ante el juez que ya conoce o que ha de conocer en la causa litigiosa y debe respetar los requisitos que seguidamente se expondrán;

b) la *preconstituida* no es de carácter procesal, pues se hace *siempre* con prescindencia del proceso y, por tanto, antes de que sea incoado y, a veces, sin que sea menester usarla.

Esto se ve claro con sólo recordar los medios de acreditación ya explicados en el Capítulo 22: por ejemplo, la escritura pública efectuada *ad probationem* (prueba preconstituida), que nunca servirá en un proceso si la obligación que allí se instrumenta es oportunamente cancelada por el deudor.

Atención ahora: en todos los casos, y para que el resultado del respectivo medio de confirmación tenga eficacia probatoria al momento de ser sentenciada la pretensión a la que se refiere, debe mediar adecuada y plena bilateralidad de la instancia confirmatoria respecto de *todos los interesados* en ella.

A consecuencia de esto, debe estar presente en el acto de la producción del respectivo medio no sólo quien puede ser beneficiado con el resultado confirmatorio, sino también, particular y muy especialmente, quien ha de sufrir los efectos contrarios de él.

Sin embargo, hay ocasiones en las que la extrema urgencia del caso hace que materialmente no exista el tiempo útil para hacer las citaciones del caso.

De la misma manera, otras veces ocurre que el actor tiene fundado motivo para creer que quien puede llegar a sufrir los efectos adversos del resultado confirmatorio hará todo lo necesario para evitar su realización o, más aún, que destruirá lo que es necesario conservar.

últimas, también solicitar una inspección judicial. Todo con citación de la persona a quien haya de oponerse o del ministerio fiscal en caso de no ser posible el comparendo de aquélla con la urgencia del caso".

Previendo tales situaciones, los códigos que se ocupan del tema posibilitan el despacho inmediato de la medida confirmatoria sin la previa o contemporánea audiencia del que resultará afectado por ella y, en su lugar, se establece una intervención previa del ministerio fiscal (ver nota 196) que es por demás inútil (pues no puede subrogar a la parte, a la cual es por completo ajeno) y que en nada mejora la situación de aquél.

Pero esto es *verdadera excepción*: debe hacerse así sólo cuando las circunstancias del caso lo hagan menester, por carencia de tiempo o, principalmente, para evitar destrucción de pruebas. Y no en otra ocasión, cual se hace a menudo en Argentina por interpretación extensiva de esa subrogación fiscal que acabo de criticar.

En esa tónica se ve que, en la realidad judicial de todos los días, ocurre lo que aquí he apuntado: los jueces autorizan habitualmente la producción *unilateral* de muchos medios de confirmación[198] so pretexto de que así lo permiten las leyes inquisitoriales[199], cuando las circunstancias del caso revelan con sencillez y prontitud que no hay peligro alguno en demorar la realización de una prueba durante el tiempo necesario para hacer las notificaciones del caso y, más aún, cuando es imposible revertir anticipadamente el resultado que se procura: es lo que acaece, por ejemplo, en las *actas notariales de constatación fuera de juicio*[200] que se confeccionan al solo pedido de quien intenta beneficiarse con su resultado y a espaldas de quien ha de sufrir los efectos contrarios de lo tan irregularmente producido.

Y, con ello, por ejemplo, se intenta mostrar que hay una pared que tiene manchas de humedad o que se ha abierto una grieta en una medianera, etcétera.

[198] Recuérdese que la regla es la bilateralidad.

[199] Tan divorciadas desde siempre de la idea de *debido proceso constitucional* que se defiende en esta obra.

[200] A las cuales son tan afectos muchos abogados argentinos que, alguna picardía mediante (ya que no se puede aceptar buenamente la notable ignorancia que ello conlleva), intentan producir unilateralmente prueba que creen concluyente para la oportuna estimación judicial de la pretensión procesal que deducirán en su momento. Y esto, claro está, lo hacen al socaire de la actuación de notarios que desconocen la clara ineficacia procesal de sus "constataciones", en las cuales explican exacta y detalladamente sólo lo que el requirente de la "prueba" desea hacer constar...

De tal forma, no sólo se introduce una prueba ilegítima sino que, al momento de sentenciar, muchos jueces la valoran asertivamente maguer que todo se hizo a espaldas del demandado, cuya debida citación no hubiera provocado la desaparición de la humedad o evitado la grieta...

Finalmente: las leyes que autorizan la subrogación de la parte por el fiscal, insisten incoherentemente en que debe notificarse a él –y no a la propia parte– el resultado del medio producido. Es lo que ocurre en el CPC de Santa Fe, artículo 274[201], cuya inconstitucionalidad sostengo por tolerar una clara ruptura de la igualdad procesal, pues nada obsta a que se dé al interesado la participación hasta ahora negada pero *luego* de haberse producido el medio confirmatorio cuya producción se temía que evitara.

Hechas estas necesarias aclaraciones, veamos ahora los *presupuestos* de la confirmación anticipada: supuestos –precedente y consecuente– y requisitos actuales.

a) *El supuesto precedente*

Es condición propia de este tipo de cautela que quienes son partes en un proceso o han de serlo en el futuro teman que algún medio de confirmación con el que estiman necesario contar para la adecuada defensa de sus derechos litigiosos se haga de difícil o imposible producción por el mero transcurso del tiempo.

Piénsese por ejemplo en la necesidad de contar con el testimonio de persona de muy avanzada edad, o gravemente enferma, y cuya declaración puede ser crucial en un litigio ya incoado (pero que se encuentra aún lejos del momento de la producción de medios de confirmación) o que se intenta incoar o que se teme se incoe. También en la hipótesis de que alguna persona se halle en peligro de perder un derecho si no se admite la inmediata verificación de un hecho, que puede confirmarse en su existencia con peritos o con testigos.

[201] Su texto dice: "Producida la prueba, en un término prudencial que señalará el juez, se dará traslado a la parte que hubiera sido citada *o al agente fiscal* para que manifiesten si tienen algo que observar. Evacuada la vista y producida la prueba de tacha, en su caso, a cuyo efecto el juez fijará el término que crea conveniente, se archivará el expediente sin dictarse auto alguno sobre su mérito".

Sólo a este tipo de fuentes de confirmación puede ocurrirse en el caso de la cautela en trato. Se descarta así que un instrumento[202], un monumento[203] o un documento[204] que no puede ser destruido ni ocultado por la parte contraria a quien eventualmente perjudicará, por ejemplo, pueda ser objeto de este tipo de cautela.

De la misma forma, la absolución de posiciones del futuro demandado, sólo prevista en las leyes con carácter de *medidas preparatorias de juicio declarativo* y para excepcionales respuestas tendientes a verificar la legitimación o calidad con las cuales actúa.

b) *El supuesto consecuente*

Operada la situación descrita y verificados los requisitos del caso, el juez debe ordenar la producción del medio ofertado al efecto. Y en tanto se rinda con perfecta bilateralidad de la audiencia, tendrá eficacia confirmatoria al momento de sentenciar.

c) *Los requisitos generales para ordenar la producción anticipada de un medio confirmatorio*

Ya se han expuesto al explicar la figura. Son:

1) debe existir serio peligro objetivo de pérdida de un derecho o de un medio o fuente de confirmación;

2) debe darse plena audiencia o posibilidad cierta de ella a quien es o ha de ser parte contraria en el litigio en el cual se hará valer su resultado confirmatorio.

No son requisitos en el caso los relativos a la verosimilitud del derecho y a la contracautela.

[202] El *instrumento* es el medio de acreditación mediante el cual se plasman por escrito y en forma original e indubitable las conductas constitutivas de relaciones jurídicas o de las que se vinculan con ellas. El concepto está estrechamente ligado a la *fe pública* y, por ende, a lo que es fehaciente.
[203] El *monumento* es el medio de acreditación por el cual se representa la materialización de un pensamiento mediante formas o figuras a las cuales la ley o la costumbre les asigna un significado preciso. A diferencia del instrumento y del documento, puede no ser escrito y generalmente no lo es.
[204] El *documento* es el medio de acreditación mediante el cual se representa por escrito la materialización de un pensamiento o la descripción de circunstancias de las que alguien cree conveniente dejar memoria.

2.3.5. La cautela que protege el desarrollo íntegro y regular del proceso penal: privación de libertad

Es valor entendido por todos y desde antaño que el desarrollo íntegro de un proceso penal que se realiza según los parámetros propios del método inquisitorial (en el cual el proceso es *medio de investigación*) y con los así llamados por los penalistas: principios[205] de oficiosidad[206] y de legalidad[207], que luego de ser iniciado el juicio debe asegurarse su continuación y terminación con la privación de la libertad del imputado quien, detenido al efecto, no puede eludir la actividad judicial seguida en su contra[208].

Y así, maguer el claro *estado de inocencia* que declara como base misma del sistema la propia Constitución, quien se encuentra sospechado o imputado de la comisión de un delito que puede merecer en su momento pena privativa de la libertad es *detenido* y, muchas veces, por larguísimo tiempo.

Esta constitucionalmente injustificable detención se intenta justificar desde la doctrina con variados argumentos a más del ya expuesto de asegurar el desarrollo del proceso, por ejemplo, asegurar a la sociedad de que el presunto delincuente no vuelva a delinquir.

Y cuando refiero a la detención propiamente dicha, el lector deberá pensar también en todos sus sucedáneos: imposibilidad de salir del domicilio, de visitar algún lugar específico, de ver a alguna persona en concreto, etcétera.

El problema se agrava notablemente cuando, cual ocurre en muchos de nuestros países, no hay lugares de detención específicos y propios para quienes son sospechados y, como tales, sujetos a proceso.

[205] Ya se ha dicho varias veces en esta obra que no son propiamente principios sino simples reglas de juzgamiento.

[206] Según el cual los delitos se investigan como actividad propia del oficio judicial, sin esperar el pedido de parte al efecto.

[207] Según el cual se investigan *todos* los presuntos delitos, sin hacer distinción alguna entre ellos. Ya se sabe que esto ha sido la razón primordial del fracaso de la justicia penal en todas partes y, particularmente en la Argentina, donde desde hace años se ha suplantado de hecho esta regla por su contrapartida: la de la *oportunidad*, gracias a la cual la investigación se hace *selectivamente*.

[208] Esto es de singular importancia dentro del sistema inquisitorial cuando rige en países que no aceptan la realización del juicio penal en rebeldía.

Singularmente, estos detenidos *por las dudas y a las resultas de la investigación*, ingresan a establecimientos carcelarios que deben tener sólo una población de condenados por sentencia y en los cuales purguen sus penas[209].

Y con ello se hace una mixtura de clara ilegitimidad, pues se da a los procesados el mismo tratamiento que a los condenados.

Y nadie podrá negar que ésta es la tónica actual, en la cual la prensa amarilla postula que todo imputado debe estar preso, lo antes y durante todo el tiempo posible.

Si todo esto se mira desde la óptica del sistema acusatorio, se comprende fácilmente que es un claro dislate: ¿a guisa de qué debe estar detenido –y, a veces, por años– quien es constitucionalmente inocente?

¿Se advierte que esta *detención cautelar* no es otra cosa que un *adelanto de la pena* que el detenido puede no llegar a merecer jamás si no se prueba procesalmente la comisión del delito imputado?

Creo firmemente que, en tiempos de vigencia del sistema acusatorio, esta *rara cautela* es ilegítima y que habrá que repensar detenidamente todo el tema y discutirlo con seriedad para ver si se mantiene y, en su caso, determinar cuáles deben ser las condiciones necesarias para ordenar una restricción a la libertad, máximo valor constitucional para el individuo de a pie que debe sufrir cansina y resignadamente el autoritarismo que se ha entronizado en América desde hace siglos.

3. El anticipo judicial de la prestación demandada: naturaleza

Ya adelanté algunas ideas respecto de este tema en el punto 1 de este mismo Capítulo.

Dije allí, y lo reitero acá por simple prolijidad expositiva, que sin ostentar jamás la condición de *protección cautelar* en el exacto sentido que ha presidido la explicación dada *supra* sobre el tema, el legislador previó desde antaño la necesidad de anticipar el resultado de una sentencia judicial cuando graves razones lo exigían: por ejemplo, frente

[209] En notable estudio analítico realizado por el ILANUD hace algunos años, se demostró cabalmente que más la de la mitad de la población carcelaria que sufre prisión en los países de la región ¡son presos sin condena! ¿Y ningún constitucionalista se rasga las vestiduras?

al cierre de una servidumbre de paso no quedaba más remedio a la ley que permitir que el juez ordenara su inmediata apertura y tolerar el tránsito por el respectivo camino mientras se discutía, precisamente, acerca del derecho a cerrarlo[210]. La obviedad del ejemplo me exime de todo otro comentario al respecto.

De la misma forma, cuando una mujer que ha demandado su divorcio pretende percibir alimentos mientras dura la tramitación del juicio, es claro que debe recibirlos de inmediato, pues en caso de no ser así es posible que no alcance a ver jamás el final del pleito[211].

Idéntica solución anticipada brinda desde antaño el *interdicto de obra nueva*[212].

Los casos recién señalados a modo de ejemplo se encuentran invariablemente normados en la ley de fondo, *nunca en la procesal*, que sólo establece la forma de tramitar pretensiones a base de derechos contenidos en la ley de rango superior.

Dije también en el # 1 que, a partir de la década de los años '50, cuando el legislador traspasó parte de sus facultades a los jueces, los dotó de poderes extraordinarios que, hasta entonces, rara vez habían tenido, tolerando de ahí en más lo que para el garantismo procesal ha pasado a ser a todas luces una inadmisible y peligrosísima discrecionalidad judicial, toda vez que una actuación de este tipo se realiza a base de pautas puramente subjetivas y, como tales, difíciles o imposibles de controlar por el afectado.

[210] CPC de Santa Fe, *art. 391*, establece: "Si se tratare de servidumbres prediales establecidas por la ley cuyo ejercicio fuere urgente, el juez lo autorizará de inmediato y con carácter provisorio, a solicitud del actor y previa fianza que éste prestará por la suma en que aquél estime prudencialmente los perjuicios y el costo de reposición de las cosas a su estado anterior en caso de ser desestimada la acción".

[211] La ley 2393, de matrimonio civil, establecía en su *art. 68*: "Deducida la acción de divorcio o antes de ella en casos de urgencia, podrá el juez [...] fijar los alimentos que deban prestarse al cónyuge a quien le correspondiere recibirlos y a los hijos..."

[212] Establece Código Civil, *art. 2499*: "Habrá turbación de la posesión cuando por una obra nueva que se comenzara a hacer en inmuebles que no fuesen del poseedor, sea de la clase que fueren, la posesión de éste sufriere un menoscabo que cediese en beneficio del que ejecuta la obra nueva". Y el *art. 2500* agrega: "La acción posesoria en tal caso tiene el objeto de que la obra se suspenda durante el juicio, y que a su terminación se mande a deshacer lo hecho".

Y con ello advino la todavía recurrente insistencia de la doctrina académica que postula aumentar cada día más los poderes judiciales, llegándose a lo que hoy se denomina en las leyes como *poder cautelar genérico* y que luego será objeto de especial consideración y crítica.

En esta tesitura y dentro de tal marco, aparecieron nuevas "cautelas": por ejemplo, la *medida innovativa* y, hoy, la cada día más común *tutela anticipada*, a las cuales me referiré luego y que pronto fueron legisladas dentro del capítulo propio de *las medidas precautorias*.

Cuando esto se hizo, el legislador no advirtió que *nada cautelaba* sino que, bien por lo contrario, *anticipaba el contenido de una sentencia* declarativa o de condena, pero sin la anterior y necesaria bilateralidad del que debía sufrir su resultado[213].

[213] En rigor de verdad, esto es una auténtica exageración del legislador procesal argentino, enrolado en la corriente decisionista. Adviértase que uno de los primeros códigos que se ocuparon del tema fue el del Brasil (diciembre de 1961) que, en el Capítulo IV referido a los *procedimientos cautelares*, establece en su *art. 399* bajo el título de *Providencias cautelares no especificadas* que "Cuando alguien, antes de ser propuesta la demanda o ya estando ella pendiente, mostrare fundado recelo de que otra u otras personas causaren lesión grave o difícilmente reparable a su derecho, y si el caso no pertenece a alguno de los procedimientos regulados en este capítulo, puede requerir las providencias adecuadas a la situación, principalmente autorización para la práctica de determinados actos, la intimación para que el demandado se abstenga de cierta conducta o la entrega a un tercero en calidad de depositario de los bienes muebles o inmuebles que constituyen el objeto de la pretensión". Pero atención: dicha norma debe ser interpretada y aplicada en el marco legislativo en el cual se halla inserta. Y, así, será aplicable al caso el *art. 384* en cuanto "El procedimiento cautelar siempre es dependiente de una pretensión que tenga por fundamento el derecho cautelado..." (con lo cual se descarta la medida autosatisfactiva que luego trataré) y el *art. 400*, que dice: "El requirente ofrecerá prueba sumaria del derecho amenazado y justificará el temor de sufrir lesión". Sin perjuicio de ello, continúa el artículo: "El *tribunal oirá al demandado* si la audiencia no pusiere en riesgo el objeto de la providencia impetrada...", de donde la norma es la audiencia previa salvo caso excepcional. Ya se verá cómo la excepción se ha hecho norma en la Argentina y en los países que han seguido su ejemplo.

El CPC de Perú toma posición similar pero inserta la "cautela" en otro contexto interpretativo. Establece el *art. 629* que "Además de las medidas cautelares reguladas en este Código y en otros dispositivos legales, se puede solicitar y conceder una no prevista pero que asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la sentencia definitiva", en términos más o menos reiterativos de lo dispuesto en el *art. 618*: "Además de las medidas cautelares reguladas, el juez puede adoptar *medidas anticipadas* tendientes a evitar un perjuicio irreparable o a asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva". Y, ello, en el marco que brinda el *art. 637*: "La petición cautelar será concedida

Pero la denominación de *medidas precautorias* o *cautelares* otorgada a estos *anticipos de sentencia* hizo que se les aplicaran sin más, errónea y directamente, las condiciones propias del embargo preventivo (medida cautelar primaria y por excelencia)[214].

Y, así fue que, a raíz de esto, *se obvió toda audiencia previa* de quien habría de sufrir los efectos de la declaración o de la condena del caso, mostrando a consecuencia de ella un claro perjuicio jurídico en su persona o en sus bienes y, por supuesto, a su constitucional derecho de defensa en juicio.

Adviértase la extrema gravedad de lo recién afirmado: para lograr los objetivos que el constituyente ha detallado con prolijidad en el Preámbulo (entre ellos, afianzar la justicia y lograr la unión nacional, con lo que ello implica de paz social), la norma cúspide del sistema consagra expresos derechos que ninguna ley inferior puede desconocer. Entre ellos, el de la *inviolabilidad de la defensa en juicio*[215].

Y precisamente para asegurar el cumplimiento de tales derechos, otorga a los particulares una expresa y extrema garantía: la del proceso judicial llevado en igualdad de condiciones[216] frente a un *tercero imparcial*[217].

Como es de total obviedad, el proceso exige bilateralidad *previa* a la sentencia o no es proceso. Y eso significa audiencia de quien habrá de sufrir los efectos de la decisión judicial.

o rechazada *sin conocimiento de la parte afectada*, en atención a la prueba anexada al pedido [...] Al término de la ejecución o en acto inmediatamente posterior, se notifica al afectado, quien *recién podrá apersonarse al proceso* e interponer apelación, que será concedida sin efecto suspensivo". Ya se comprenderá, al estudiar cómo funciona *la impugnación procesal*, que esta norma es perversa y claramente violatoria del derecho de defensa en juicio. ¿Se comprende ya el fundado tenor de la crítica que aquí se hace a este código que violenta derechos por doquier?

[214] Por supuesto, hablo de la generalidad de los códigos del pasado: hoy ya hay muchos que legislan correctamente el tema, con una parte general que alcanza a todas las posibles cautelas.

[215] Repárese en que la frase alberdiana es mucho más decidora que el sintagma *debido proceso* utilizado habitualmente por los juristas, y que se utiliza respecto de varios derechos constitucionales: la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia, etcétera.

[216] Esta igualdad ante la ley consiste sólo en el aseguramiento de la bilateralidad del instar. De modo que todo lo que una parte procesal diga debe ser puesto en conocimiento de la otra, para diga y haga lo que quiera al respecto. Y viceversa.

[217] Como dice expresa y singularmente la actual Constitución italiana.

A tenor de las ideas expuestas, que creo ponen en su justo lugar al problema que aquí se estudiará, desarrollaré ahora el tema desde la óptica que debe regir en la especie.

Parece claro que en la realidad de la vida y en el curso de las relaciones humanas existen situaciones de extrema gravedad o notable urgencia que deben ser solucionadas en forma inmediata, pues, en caso de no hacerlo así, pueden ocasionarse daños definitivos.

Teniendo esto en mira, ha sido el propio legislador quien, desde antaño, se ha preocupado por proveer tales soluciones. Y nunca ley alguna del pasado dejó en manos de los jueces realizar tal proveimiento[218].

Con mayor razón deben estar vigentes estas ideas a partir de la confusión doctrinaria de adjudicar al *anticipo de solución judicial* las exactas características de todas las cautelas procesales y, particularmente, la de la *unilateralidad, con lo cual se ha obviado hasta el presente toda audiencia previa cada vez que un juez ha anticipado el reconocimiento o la ejecución de un derecho.*

A base de tales circunstancias, cuando actualmente se adelanta el resultado de una pretensión procesal, se omite la audiencia previa de la parte a quien perjudicará lo que se resuelva al respecto, con lo que se genera otro mal mayor: el de evitar el proceso como medio de debate.

Si bien se mira, el problema debe tener solución única: entre el derecho que hipotéticamente puede perderse (el del alimento anticipado, por ejemplo) y el que de seguro se perderá (el de defensa en juicio), debe prevalecer éste, de claro rango superior en el orden constitucional[219].

Surge de todo esto que la legislación debe brindar una solución adecuada a las circunstancias.

[218] Por la obvia razón de que pueden ser apasionados. Y ya decía Aristóteles que la ley sólo *es la razón libre de pasiones.*

[219] Hay Constituciones que han hecho una suerte de *ranking* de valores fundamentales. Y así, colocan en primer lugar y como valor supremo a la *vida* y, después de ella, al valor *libertad.* Y esto resulta de extrema razonabilidad, pues sin libertad no hay vida que merezca la pena de ser vivida. Por debajo de la libertad, un valor único: el de la inviolabilidad de la defensa en juicio o del *debido proceso*, pues sin él no hay defensa posible de la libertad y, por cierto, de otros valores de rango inferior: la *propiedad*, la *intimidad*, el *domicilio*, etcétera.

Es más, desde que la ley otorgó un poder genérico a los jueces para cautelar todo cuanto desearen, y cuando ya está definitivamente instalada en la sociedad que son los jueces quienes deben resolver la totalidad de problemas habidos y por haber, aun los que definitivamente son *no justiciables*, se tornará muy difícil –por no decir imposible– retornar a soluciones verdaderamente sistémicas, con lo cual se evitaría esta suerte de *anticipo cautelar*.

De ahí entonces que aquí se postule que todo anticipo de sentencia debe gozar siempre de necesaria e imprescindible audiencia previa, pues nada molesta al efecto y no se vulnera la garantía máxima representada por el irrestricto mantenimiento del método de debate entre sujetos igualados jurídicamente por la propia imparcialidad del juzgador. En buen romance, esto significa algo así como idear trámites harto breves o, más simplemente, ocurrir a la tradicional figura del amparo, comprensiva de todos los casos que actualmente se tratan por las vías autosatisfactivas.

3.1. La clasificación de los anticipos de tutela judicial

Según puede colegirse a partir de lo precedentemente expuesto, hay anticipos previstos en la ley (legales) y propios de la actividad de los jueces aunque no estén autorizados en la ley (judiciales).

3.1.1. Los anticipos legales

Dentro de este grupo enumero a la *prestación de alimentos y de litis expensas*, a la *apertura de servidumbre de paso* y a la *clausura de la obra nueva que perjudica a un vecino*.

Todos ellos han sido antes mencionados con precisa cita de la norma legal aplicable. Al respectivo texto me remito ahora.

3.1.2. Los anticipos judiciales

Dentro de este grupo enumero a los *poderes cautelares genéricos* y, a consecuencia de ellos, a la *orden de innovar en la situación jurídica actual* y a la *sentencia autosatisfactiva*.

Los vemos en particular.

3.1.2.1. Los poderes cautelares genéricos

Con carácter normativo relativamente reciente, algunas leyes han establecido que "Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes[220], quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho éste pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia"[221].

Creo que el origen de ello está en el artículo 700 del CPC italiano de 1940[222], respecto de cuyo contenido la crítica doctrinaria de entonces fue pacífica[223] en el sentido de que normaba –y norma– acerca de un *poder supletorio* respecto de las cautelas previstas en la ley[224].

[220] Cuando esto aparece en la legislación, se sitúa siempre al final del capítulo dedicado a las medidas cautelares, lo que ha originado alguna crítica autoral.

[221] Texto del *art. 232* del CPC de la Nación. El CPC de Perú, mucho más inquisitivo que el argentino, establece en su *art. 629*: "Además de las medidas cautelares reguladas en este Código y en otros dispositivos legales, se puede solicitar y conceder una no prevista, pero que asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva". Como se ve, pura subjetividad que repugna al garantismo procesal. Pero el CPC de Perú va más allá todavía: en el *art. 618* establece que "Además de las medidas cautelares reguladas, el juez puede adoptar *medidas anticipadas* destinadas a evitar un perjuicio irreparable o asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva".

[222] Su texto dice: "*Dei provvedimenti d'urgenza*". *700*: "*Condizzioni per la concessione.* Fuori dei casi regolati nelle precedente sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiano, secondo le circonstanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito". Este texto se reproduce en el CPC de Jujuy (que tanto lo siguió), *art. 279*: "Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes de este capítulo, quien tenga fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste sea amenazado por un perjuicio inminente e irreparable, puede solicitar al juez las medidas urgentes que, según las circunstancias del caso, sean más aptas para asegurar provisoriamente los efectos de la decisión sobre el fondo".

[223] Y en eso han coincidido en el pasado los grandes tratadistas que se ocuparon del tema: GOLDSCHMIDT, James, *Derecho procesal civil*, Labor, 1936, t. I, p. 764; ROSENBERG, Leo, *Tratado de derecho procesal civil*, t. III, p. 281; SATTA, Salvatore, *Manual de derecho procesal civil*, Ejea, 1972, p. 230; ROCCO, Ugo, *Tratado de derecho procesal civil*, Temis, 1977, t. V, p. 124, etcétera.

[224] Y no, tal como lo postula importante doctrina argentina, al sostener que debe ser

Y ello es obvio desde que debe aceptarse razonablemente que el legislador no puede imaginar todos los posibles casos dignos de cautelar, no obstante que la solución hermenéutica[225] debe pasar siempre por la reconversión del caso para hacerlo encuadrar en alguna de las cautelas legisladas detalladamente en todas las leyes actuales[226]. Y con tales alcances, la norma puede resultar buena y eficaz.

No obstante, en la actualidad se ha desvirtuado su contenido merced a la incesante prédica del oficialismo procesal argentino, que ha ido mucho más allá y le ha otorgado alcances que jamás tuvo. Ni siquiera en la legislación italiana del 40.

Y así, sin reparar en la naturaleza obviamente diferente que muestra una verdadera cautela y lo que en los últimos años ha dado en llamarse *solución jurisdiccional anticipada* so pretexto de una *tutela judicial efectiva*, han fincado toda anticipación de sentencia en ese preciso *poder cautelar genérico*.

A consecuencia de ello, y con expresa invocación a la secular ineficiencia judicial, que muchos jueces académicos tratan de superar a riesgo de evitar toda discusión procesal, se han inventado ciertas "medidas cautelares" que nada tienen de cautela y que muestran clara y definitiva ilegitimidad constitucional: refiero acá a la *medida innovativa* y a la *medida autosatisfactiva*, con las cuales se han cometido variados

exactamente al revés. Es decir: la regla es el poder cautelar y los casos legales son meros ejemplos enunciativos de ella. Ver RIVAS, Adolfo, *Medidas cautelares*, LexisNexis, 2007, p. 399.

[225] Con las reglas generalmente aceptadas para interpretar la normativa procesal, tal como las que marca CPC de Santa Fe, *art. 693*: "En caso de silencio u oscuridad de este Código, los jueces arbitrarán la tramitación que deba observarse de acuerdo con el espíritu que lo inspira y con los principios que rigen la materia procesal".

[226] Por ejemplo, y tratando de hacer regla general a partir del caso excepcional, Eduardo DE LÁZZARI (*Medidas cautelares*, 2ª ed., Platense, 1994, t. I, p. 576), menciona la *aptitud general de la tipificación existente pero su insuficiencia en el preciso caso planteado*: embargo de bienes por un reclamo de daños y perjuicios careciendo el presunto acreedor de la prueba documental que exigen los arts. 209, 210 y 211 del CPC de la Nación. FENOCHIETTO-ARAZI, *CPC de la Nación. Comentado y concordado* (2ª ed., Astrea, 1993) citan la *inexistencia de cautelar específica* en función de lo que debe ser cautelado; y ejemplifican con el caso de la petición de que el secretario del tribunal firme los libros de comercio de una de las partes para evitar que se modifiquen sus asientos, sin advertir que se trata de un simple caso de intervención judicial en los libros del deudor, etcétera.

y numerosos excesos a espaldas siempre de la persona que debe sufrir los efectos de la orden respectiva.

En ese orden de ideas, y haciendo uso de supuestas conclusiones[227] de congresos científicos de la asignatura en los cuales unos pocos pontifican sobre temas que no admiten discutir, se ha instalado la idea de que todo ello es bueno y que mejora la función judicial.

Y así, tal doctrina se ha enseñoreado en la actualidad argentina. Basta ver, por ejemplo, el texto del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para darse cuenta de ello[228].

Con la aceptación generalizada de todo ello, lograda merced a su constante prédica, ya es normal aceptar como *medidas cautelares* las ya mencionadas *medida innovativa* y *medida autosatisfactiva*, de las cuales me ocuparé seguidamente.

3.1.2.2. La orden de innovar en la situación jurídica actual

Ya mencioné en el # 2.3.2.1. el significado de la palabra *innovar*: introducir novedades en alguna cosa, de donde resulta que el vocablo es comprensivo de sus varios sinónimos: variar, alterar, mudar, cambiar, renovar, modificar, transformar y reformar.

Tal conceptuación parece lógica si se la vincula con una prohibición de efectuar cambios en la realidad social, tal cual lo legisla desde antaño casi toda la normativa procesal, pues su fundamento último se halla en la necesidad de mantener la situación actual[229] de ciertas cosas o relaciones litigiosas, de hecho o de derecho, durante todo el tiempo que se discuta procesalmente sobre ellas.

[227] Que desde siempre se ignora quién las hace y que jamás se votan públicamente.

[228] "Las medidas cautelares son todas aquellas que tienen por objeto garantizar los efectos del proceso, incluso aquellas de contenido positivo y la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, o del hecho o contrato implicado en éste, *aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción promovida*". ¿Puede decirse seriamente que esta norma legisla una cautela o, por lo contrario, un claro adelanto de sentencia hecha en terreno cautelar y, por ende, sin sustanciación previa? ¿Se advierte cómo y cuánto hemos perdido la noción del proceso como garantía constitucional?

[229] *Statu quo*: estado de cosas en el momento de que se trata.

Al especificar los requisitos de la prohibición de innovar, referí que uno de ellos –de la mayor importancia– era el de que al momento de trabar la cautela, el cautelado no hubiera ya innovado en la situación de hecho vigente, pues, de ser así, sería de imposible cumplimiento la orden respectiva.

Por eso es que aclaré que si tal cosa ocurre y se comprueba que la alteración de la situación litigiosa ha sido hecha después de ordenada la cautela pero antes de su notificación al cautelado (con conocimiento de éste de las actuaciones judiciales), procede una *nueva orden*: la de reponer las cosas en el estado en el cual se encontraban con anterioridad, por obvio resguardo del derecho oportunamente deducido por el peticionante y de la seriedad con la cual debe ser acatada la actuación judicial para resultar eficaz a la postre. Y ello, agrego ahora, entraña una verdadera *innovación* que ordenará el juez para destruir lo hecho a fin de volver al estado anterior de cosas.

Pero atención: todo esto *no es* la llamada doctrinalmente *medida innovativa* que trataré seguidamente.

Aquí el supuesto precedente es totalmente diverso: el actor trata de alterar una situación fáctica sobre la cual no ha empezado aún la discusión procesal y que desea evitar obteniendo, anticipadamente y sin previa discusión, el resultado que debe ser el necesario contenido de la sentencia a dictar en un litigio después de transitar todas las fases de un proceso regularmente llevado, con previa y completa audiencia de ambos interesados.

En otras palabras: el juez oye a una sola de las partes, con cuya versión unilateral estima que le asiste un derecho verosímil y le da la razón sin más, interfiriendo sorpresivamente en la esfera de libertad de quien ha de sufrir los efectos de la respectiva decisión.

Para ello, algunas leyes[230] toleran la anticipación de la sentencia con la sola y unilateral presencia del pretendiente cuando:

1) existe verosimilitud del derecho *en un grado mayor que en las medidas cautelares ordinarias*[231];

[230] Por ejemplo, CPC de La Pampa, art. 231, cuyo contenido se consigna en el texto.
[231] ¿Cómo puede hablarse de *mayor verosimilitud* que en cualquiera otra cautela cuando la prueba para lograr la convicción del juez se ha aportado sin audiencia y control de quien ha de sufrir los efectos de tal "medida"?

2) se advierte en el caso una *urgencia impostergable tal*[232] que si la medida anticipatoria no se adoptare en el momento, la suerte de los derechos se frustraría;

3) se efectivice la contracautela suficiente[233];

4) la anticipación no produzca los efectos irreparables de la sentencia definitiva[234].

Y la misma norma que todo ello consagra y autoriza termina diciendo que "la decisión no configurará prejuzgamiento"[235].

Obtenido de tal guisa el resultado pretendido, lo que se hace habitualmente en el foro ducho que todo esto ha aprendido con rapidez y notable beneficio es dilatar lo más posible –algunas veces, *sine die*– la duración del pleito, pues con el resultado ya inicialmente asegurado no es cosa de posibilitar su pérdida con una eventual sentencia adversa. Y esto se muestra como una clara trampa que se realiza con la bendición judicial[236] y que genera más descrédito en el sistema de justicia.

Pongo especial énfasis en lo que acabo de decir: se obtiene tal resultado por *vía cautelar* y sin audiencia previa del interesado que sufrirá los efectos de la orden respectiva.

Como se colige de inmediato con meditar mínimamente sobre el tema, existe en tal supuesto *una grosera violación del inviolable derecho de defensa en juicio.*

Y eso se ha hecho factible por la insistente prédica decisionista de muchos años, tímidamente primero y con mucha fuerza luego al amparo del *poder cautelar genérico* que referí *supra.*

[232] ¿Cuándo existe urgencia impostergable tal que sea menester obviar el derecho de defensa en juicio? Descarto que habrá algún caso excepcionalísimo que no puede ser base de una norma de carácter general que, desinterpretación mediante, puede ser utilizada para muchos otros fines...
[233] Aquí se ve claramente cómo se confunde *lo cautelar* con *la anticipación del resultado de un litigio.*
[234] ¿Es acaso posible ello? ¿No es precisamente de *eso* lo que aquí se trata?
[235] ¿No parece un claro desatino decir que no ha prejuzgado el juez que, valorando la extrema verosimilitud de un derecho y calificando de impostergable la urgencia al resolver un caso, lo ha hecho a voluntad y oyendo una sola de las posibles campanas?
[236] Muchos son los casos que pueden ser mencionados con sólo ver alguna de las obras que se han publicado sobre el tema y en las cuales se intenta hacer regla general de lo que a todas luces es excepcional excepción.

Ello es una muestra más de anterior afirmación: todo lo cautelar está ideado y legislado a partir del *embargo preventivo*, que necesariamente es consecuencia de una instancia de *petición* y no de *acción procesal*, por las varias razones que ya he expuesto al tratar el tema.

Y parece obvio sostener que la *medida innovativa* así concebida, nada tiene de cautelar sino que, antes bien, se muestra como clara anticipación de lo que debe ser resuelto en la sentencia que ponga fin al pleito. De donde surge su manifiesta ilegitimidad cuando se la estudia, legisla o considera como si fuere una cautela.

Por cierto, es posible imaginar casos de extrema urgencia obviados por el legislador, en los cuales la sentencia dictada luego de prolongado proceso podría ser inicua.

Pero si en tal hipótesis es menester brindar inmediata respuesta judicial para evitar la consumación de mal mayor, lo que cabe es ordenar la sustanciación de un proceso *con horas de audiencia previa* y no soslayar ésta bajo la ilegítima apariencia de una seudocautela.

Si se revisa la normativa procesal de los países de América, esta figura cautelar no se encuentra legislada en parte alguna[237]. Con excepción, por cierto, del CPC del Perú[238] y, en la Argentina, partir de la irrupción en el concierto nacional de algunos *Proyectos* de claro corte decisionista y que increíblemente son comprados por algunos legisladores que ignoran el mal que causan con ello a la juridicidad argentina.

3.1.2.3. La sentencia autosatisfactiva

Ya he mencionado en el punto anterior que, a raíz de la falsa antinomia *ineficiencia procesal versus constitucionalidad de las soluciones judiciales*[239] que se ha instalado como tema central de discusión en la doctrina argentina, muchos procesalistas han aceptado pacífica y despreocupadamente la eliminación del proceso mismo, como *método de discusión*, y su reemplazo con la exclusiva y solitaria decisión de un juez tomada a base de su mera sagacidad, sapiencia, dedicación y honestidad. En tal tesitura, postulan entregar a ese juez –en rigor, a todos los jueces– la potestad necesaria para lograr autoritariamente lo que estiman es *la justicia del caso* dentro de los márgenes de su pura, absoluta y exclusiva subjetividad.

Y para ello, se ha buceado en el remoto pasado y, a partir del *indicio vehemente*[240] y de *les lettres de cachet*[241] que se expedían en el siglo XV,

[237] Incluso en el *Código Modelo* realizado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, que plasmó como *Código General del Proceso* para la República Oriental del Uruguay (Ley 15.982): basta leer el texto del art. 317 de este último para advertir de inmediato el exceso normativo del legislador argentino.

[238] El texto de su *art. 682*: "Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el juez dictar medidas destinadas a *reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda*. Esta medida es excepcional, por lo que sólo se concederá cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley". La pregunta que ya mismo se impone es: ¿qué medida prevista en la ley permite adelantar el contenido de una sentencia antes de ser oída la parte afectada por ella?

[239] La falsedad que apunto en el texto es obvia: lo constitucional se opone a lo inconstitucional; la eficiencia a la ineficiencia. ¿Cómo es que puede sostenerse válidamente que lo constitucional –léase *la garantía del proceso*, que asegura la vigencia del derecho de todo ciudadano a gozar de una inviolable defensa en juicio– no debe tomarse en cuenta y puede ser soslayado si el cumplimiento de los trámites que ello implica es moroso debido a la ineficiencia de los hombres que manejan el sistema?

[240] El sintagma *indicio vehemente* aparece en el Concilio de Tarragona (1242) para permitir lograr la convicción de los juzgadores respecto de los sospechosos de herejía.

[241] Relata Michel Foucault (*La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 1995, p. 17), que el régimen absolutista francés aplicaba unilateralmente las entonces conocidas como *lettres de cachet* que expedían unilateralmente los comisarios de policía ante el solo pedimento de alguien con la influencia necesaria para ello, y que caían como un rayo sobre los particulares que sufrían las órdenes más dispares y antojadizas, propias de un verdadero estado de *decisionismo policial*. Por ejemplo, ordenar el arresto de las mujeres que engañaban a sus maridos (por supuesto, a pedido de éstos) o de un hijo considerado muy gastador (a pedido del padre) o del cura del pueblo que no mostraba buena conducta con alguna feligresa (a pedido de las vecinas del lugar) u ordenar el desalojo de un inquilino a quien el locador consideraba deudor de alquileres o la internación en un convento de algún minusválido mental (a pedido de la familia que deseaba deshacerse de él), etcétera. Ya se verá más adelante en el texto que esto no se diferencia en lo más mínimo de las actuales medidas autosatisfactivas, pues ambas avasallan por igual y con idéntica efectividad la libertad individual.

Ya he dicho en anterior ocasión (*El debido proceso de la garantía constitucional*, Zeus, Rosario, 2003) que cuando se glosa el tema de la solución en vía cautelar de cualquier problema y sin necesidad de ocurrir a la previa tramitación de un proceso en serio y legítimamente llevado, los jóvenes abogados –impresionados por la excesiva morosidad de los pleitos en general– se entusiasman con el rápido final que se brinda a un problema dado y se enamoran de la *autosatisfactividad*. Pero todos miran el problema desde la óptica del actor que se beneficia con la inmediatez del resultado y jamás desde

ha instalado –primero en la doctrina y luego en algunas normativas vigentes– las llamadas *medidas* o *sentencias autosatisfactivas*, que consisten en el otorgamiento inmediato por un juez del derecho pretendido por un actor civil, a su solo pedido y sobre la exclusiva base de la aceptación unilateral y sin más que la autoridad hace respecto de la existencia de ese derecho.

Claro está que, a raíz de ello, se condena a alguien a hacer o no hacer alguna cosa, invadiendo así su esfera de libertad pero sin darle la más mínima audiencia previa, pues se actúa en sede puramente cautelar.

la del demandado que no ha sido escuchado previamente y que debe sufrir de inmediato los efectos contrarios a su interés que le provoca la resolución judicial.

Como siempre ocurre, todas las instituciones autoritarias seducen hasta que se sufren en carne propia [...] Me gustaría ver qué cara pone uno de estos enamorados de la rapidez y de la efectividad cuando, al llegar una noche a su casa, se encuentra con que la está ocupando otra persona a quien un juez le otorgó la tenencia porque, con cuasi divina inspiración, vio en sus ojos un *indicio vehemente* de propiedad acompañado de argumentos que lo convencieron de la sinceridad de los dichos. Tanto, que no precisó escuchar al ocupante antes de disponer el cambio del tenedor. Supongamos por un instante que ese recién notificado de que ya no puede habitar en su casa, acepta resignadamente sufrir el perjuicio porque sigue enamorado de la expeditividad judicial y porque, a la postre, sabe que aún no está terminada la cuestión ya que siempre existe la posibilidad de impugnar. Y, así, desde la calle y no desde su casa, como buenamente puede, sale a deducir algún recurso contra la decisión que ordenó su desplazo del hogar, en el angustioso plazo de días que exige una revocatoria o una apelación. Pero cuando advierta que no es lo mismo contestar una demanda que impugnar una decisión judicial, pues en este caso se achica enormemente el campo de la discusión, descarto que no mantendrá los fogosos ímpetus de sostén de la rapidez que añoraba antes de sufrir los efectos del rayo que le cayó sobre la cabeza.

Por si ya no se advirtió con claridad, es posible –y aconsejable– cautelar los resultados de una eventual sentencia a dictar en un litigio. Pero es manifiestamente ilegítimo resolver el litigio mismo con puras cautelas. Y ello porque todo lo cautelar se resuelve *sin audiencia previa del interesado*, cosa que es absoluta, racional, lógica y constitucionalmente inadmisible en cuestiones de fondo. Insisto: los jueces no pueden aspirar a equipararse a los comisarios de policía –por buenos y justicieros que éstos pudieren ser– en aras de lograr una eficiencia que no encuentran respetando la Constitución. No es eso lo que precisamente juraron cuando fueron investidos de sus cargos.

Hasta aquí he pasado revista a algunas actitudes decisionistas: la solución de conflictos en vías cautelares y eliminando directamente el método procesal de discusión en homenaje a una meta difusa que se muestra como justa y verdadera; la irrupción de algunos jueces en campos de actuación que le están vedados –*casos no justiciables*– en razón de que allí deben operar en forma exclusiva y excluyente otros Poderes del Estado; el notable apartamiento de lo dispuesto expresamente en la ley positiva, con abandono de la dogmática para lograr el imperio del valor relativo de la equidad.

Justo es reconocer que los autores que pontifican acerca de la bondad de estas *medidas* han advertido los dislates que se producen a raíz de la inaudiencia y, ahora, aceptan bilateralizar algunas veces el instar, como se verá seguidamente en el texto. Y, aunque en algo se ha mejorado la cuestión, el fondo del problema queda intocado, pues esa audiencia se otorga a voluntad del juez y no como mandato legal de irrestricto cumplimiento.

Esta solución extrema para paliar la morosidad judicial reinante no es pacífica, por cierto, y está seriamente cuestionada por los defensores del *garantismo procesal*[242] académicamente enfrentados con quienes sostienen las bondades del decisionismo judicial[243-244].

[242] No debe confundir el lector el tan denostado por la prensa diaria *garantismo progre*, que postulan algunos filósofos del socialismo de centro izquierda actualmente de moda en muchos de nuestros países y que se circunscriben a abogar a favor de toda suerte de minoría que tenga o represente alguna diferencia (racial, sexual, social, patrimonial, carcelaria, etcétera) respecto de los estándares de los grandes conglomerados nacionales, con el *garantismo constitucional* que aquí se muestra, mediante el cual se trata de respetar en todo y cualquier caso el texto de la Constitución nacional y de sostener a ultranza los derechos y garantías en ella acordados.

[243] Actualmente han llegado a predicar que ya es hora de abdicar para siempre de la aplicación de la ley y aconsejan que los jueces se manejen con puros principios que ellos mismos definen y usan a voluntad. En el campo penal se va aún más lejos: pregonan la necesidad de suplantar con tales principios a todo tipo penal, que debe ser derogado, pues se ha convertido en valla insalvable para que los jueces apliquen sus criterios de justicia... ¡Y pensar que hay quienes aplauden estas ideas...!

[244] Esta dicotomía actual ha logrado aparecer porque, por un lado, existe una decidida vocación popular (producto de la inseguridad reinante en nuestros países y sostenida por numerosos medios de comunicación) que pregona la necesidad de otorgar un castigo ejemplar e inmediato: encarcelar ya mismo y para siempre a quien es sospechoso o imputado de haber cometido delito (aunque así no se haya declarado en juicio y sentenciado con fundamento en ley anterior al hecho del proceso), matar al homicida, cortar la mano del ladrón, castrar al violador, etcétera.

Esta posición filosófica se conoce en el derecho penal con la denominación de *solidarista* (la solidaridad se brinda desde el tribunal –que no desde la ley– hacia el pueblo sufriente en general) y procura que los jueces sean cada vez más activos, más comprometidos con su tiempo o con una ideología política determinada o, más simplemente, con la Verdad y la Justicia. Así, ambos con mayúscula.

A tal punto llega esa vocación que, en la actualidad, muchos magistrados ya no se sienten vinculados al orden jurídico vigente sino que pretenden actuar como los antiguos pretores, haciendo literalmente lo que quieren y con prescindencia de los textos legales preexistentes.

Muestra acabada de lo que aquí se dice se observa hasta al hartazgo en la prensa

Es indudable que, al amparo de la doctrina oficial del procesalismo civil argentino, se imponen las tesis decisionistas, en tanto que ocurre exactamente lo contrario entre los procesalistas penales.

Y tal situación revela la existencia de un extraño movimiento conceptual que muestra un exótico cruce filosófico-doctrinal: *en tanto se pretende penalizar cada vez más el proceso civil, se civiliza cada vez más el proceso penal.*

Teniendo eso en cuenta, las llamadas *medidas autosatisfactivas* vendrían a ser una manifestación más de este propiciado *autoritarismo judicial*, tenaz persistencia del sistema inquisitivo en el proceso civil.

Todo esto puede ser visto, por ejemplo, en los CPC de Corrientes (art. 785)[245], Chaco (art. 232 bis)[246] y Formosa (art. 232 bis)[247].

escrita y televisiva: en los dos últimos años no ha pasado semana sin que sea noticia una actitud judicial referida –en la enorme mayoría de los casos– a lo que desde siempre se calificó como *materia no justiciable* (repárese, por ejemplo, en el decisionismo judicial que impidió durante mucho tiempo el normal desarrollo del fútbol argentino...).

En contra de esta posición, existe otra línea doctrinal aferrada al mantenimiento de una irrestricta vigencia de la Constitución y, con ella, del orden jurídico vigente en el Estado en tanto se adecue en plenitud con las normas de esa misma Constitución. En otras palabras: se concibe un juez empeñado en respetar y hacer respetar a todo trance las garantías constitucionales y, entre ellas y particularmente, la que refiere a *la inviolabilidad de la defensa en juicio.*

Consecuentemente, el así llamado *garantismo procesal* no tolera alzamiento alguno contra la norma fundamental; por lo contrario, se contenta modestamente con que los jueces –insisto en que deben estar comprometidos sólo con la ley– declaren la certeza de las relaciones jurídicas conflictivas *otorgando un adecuado derecho de defensa a todos los interesados* y resguardando la igualdad procesal con imparcialidad funcional, a fin de lograr el fin último de su actividad: dar certeza a las relaciones conflictivas para mantener la paz social y la adecuada convivencia entre los hombres.

Ello es particularmente así en el campo de lo penal, pues las garantías constitucionales son como el sol, que sale para todos pero, muy especialmente, para quienes más lo necesitan: los sometidos a juzgamiento.

[245] CPC de Corrientes, *art. 785*: "*Medidas autosatisfactivas. Caracterización.* Ante solicitud fundada de parte, explicando con claridad en qué consisten sus derechos y su urgencia y aportando todos los elementos probatorios que fundamenten la petición y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata, el juez o tribunal deberá excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas, según fueren las circunstancias del caso, valorados motivadamente, y se podrá exigir la prestación de caución real o personal, determinando en estos casos la vigencia".

Adviértase que en este régimen absurdo el juez puede prescindir de la contracautela (...*podrá*... dice la norma) y, en su caso, limitar su vigencia...

Y es notable advertir en las normas mencionadas que, además de la idea central que se repite en ellas con leves variantes, todas tienen en

[246] CPC de Chaco, *art. 232 bis*: "Los jueces a pedido fundado de parte, respaldado por prueba que demuestre una probabilidad cierta de que lo postulado resulta atendible y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata, deberán excepcionalmente, ordenar medias autosatisfactivas. Según fueren las circunstancias del caso, valorada motivadamente por el juez, éste podrá exigir la prestación de cautela suficiente. Los despachos favorables de medidas autosatisfactivas presuponen la concurrencia de los siguientes recaudos y quedarán sujetos al régimen que a continuación de describe:

"a) que fuere necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho producidas o inminentes, contrarias al derecho según la legislación de fondo o procesal;

"b) que el interés del postulante se circunscriba, de manera evidente, a obtener la solución no cautelar requerida (¿?), no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos o afines;

"c) los jueces podrán fijar límites temporales a las medidas autosatisfactivas que despacharen y disponer, a solicitud de parte, prórrogas a las mismas; no rigen en la materia los principios de instrumentalidad y caducidad propios del proceso cautelar;

"d) los jueces deberán despachar directamente la medida autosatisfactiva peticionada o, excepcionalmente según fueren las circunstancias del caso y la materia de la medida, someterla a una previa y reducida sustanciación, que no excederá de conceder a quien correspondiese la posibilidad de ser oído [atención: lo que es clara regla constitucional se ha convertido aquí, por arte de birlibirloque, en excepcional excepción];

"e) el legitimado para contradecir una medida autosatisfactiva ordenada podrá optar para impugnarla entre la interposición directa del recurso de apelación que será concedido en su caso con efecto devolutivo o iniciar un juicio declarativo general sumario de oposición cuya promoción no impedirá el cumplimiento de la decisión judicial impugnada.

"Elegida una vía de impugnación se perderá la posibilidad de hacer valer la otra.

"También podrá solicitar la suspensión provisoria de la medida autosatisfactiva que lo afecta, en el supuesto de que acreditare *prima facie* la existencia de posibilidad de sufrir un perjuicio de difícil o imposible reparación, previo conocimiento y prestación de contracautela suficiente".

[247] CPC de Formosa, *art. 232 bis*: "Los jueces, a pedido fundado de parte, respaldado por prueba que demuestre una probabilidad cierta de que lo postulado resulte atendible y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata, deberán excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas.

"Según fueren las circunstancias del caso, valoradas motivadamente por el juez, éste podrá exigir la prestación de cautela suficiente. Los despachos favorables de medidas autosatisfactivas presuponen la concurrencia de los siguientes recaudos y quedarán sujetos al régimen que a continuación se describe:

"a) que fuere necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho producidas o inminentes, contrarias a derecho según la legislación de fondo o procesal;

"b) que el interés del postulante se circunscriba, de manera evidente, a obtener la

común una redacción castizamente horrorosa, que hiere al idioma nacional y no permite una interpretación razonable de sus contenidos.

También se encuentran legisladas y –justo es decirlo, con redacción que se comprende y posibilita adecuada interpretación– en el CPC de La Pampa (art. 305), que transcribo para la mejor ilustración del lector:

"*Medidas autosatisfactivas.* Quien se encuentre en la situación prevista en el artículo 302 de este Código[248], la que la modifique y sustituya y sostenga que la protección de su interés jurídico no requerirá de la ulterior promoción de un proceso de conocimiento, podrá solicitarle al juez que adopte las medidas autosatisfactivas que sean necesarias, en caso de que la protección jurisdiccional no pueda ser lograda por otra vía judicial eficaz.

solución de urgencia no cautelar requerida, no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos o afines;

"c) los jueces podrán fijar límites temporales a las medidas autosatisfactivas que despacharen y disponer, a solicitud de parte, prórrogas de las mismas. No rigen en la materia los principios de instrumentalidad y caducidad propios del proceso cautelar;

"d) los jueces deberán despachar directamente la medida autosatisfactiva peticionada o, excepcionalmente según fueren las circunstancias del caso y la materia de la medida, someterla a una previa y reducida sustanciación, que no excederá de conceder a quien correspondiese la posibilidad de ser oído.

"El legitimado para contradecir una medida autosatisfactiva ordenada podrá optar para impugnarla entre la interposición directa del recurso de apelación, que será concedido en su caso, con efecto devolutivo, o iniciar un juicio declarativo general sumario de oposición cuya promoción no impedirá el cumplimiento de la decisión judicial impugnada. Elegida una vía de impugnación, se perderá la posibilidad de hacer valer la otra.

"También podrá solicitar la suspensión provisoria de la medida autosatisfactiva que lo afectare, en el supuesto de que acreditare *prima facie* la existencia de posibilidad de sufrir un perjuicio de difícil o imposible reparación, previo conocimiento y prestación de cautela suficiente".

[248] Los transcribo: *art. 302* del CPC: "*Amparo.* Será aplicable el procedimiento sumarísimo cuando se reclamase contra un acto u omisión de autoridad pública o de particulares que encuadre en las previsiones del art. 43 de la Constitución Nacional y las que contenga la Constitución Provincial"; *art. 201* del CPC: "*Caducidad.* Se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubieren ordenado y hecho efectivas antes del proceso, si tratándose de obligación exigible, no se interpusiera la demanda dentro de los diez días de su efectivización. Las costas y los daños perjuicios causados serán a cargo de quien hubiese obtenido la medida y ésta no podrá proponerse nuevamente por la misma causa..."

"Para ello deberá explicar con claridad en qué consiste su derecho y su urgencia y aportar todos los elementos probatorios que fundamenten la petición.

"El juez se pronunciará con la urgencia que el caso requiera, concediendo o denegando la medida.

"Cuando sea posible ordenará la sustanciación previa y brevemente con quien corresponda.

"Al decretar la medida el juez podrá:

"a) exigir al peticionante caución real. En este caso, determinará cuál ha de ser su vigencia;

"b) limitar la vigencia temporal de la medida, sin perjuicio de su ulterior prórroga. Podrá también modificarla, sustituirla o dejarla sin efecto, cuando las circunstancias ulteriores lo justifiquen.

"A las medidas autosatisfactivas no le será aplicable el artículo 201.

"El legitimado para oponerse a la medida podrá:

"a) pedir suspensión en caso de que pueda sufrir un perjuicio de imposible o difícil reparación; para ello deberá ofrecer caución suficiente;

"b) interponer recurso de revocatoria. El mismo debe ser acompañado de toda la prueba que lo fundamente. El juez lo resolverá sin más trámite o lo sustanciará en forma breve, cuando exista la posibilidad de hacerlo;

"c) interponer recurso de apelación, directo o en subsidio al de revocatoria, que será concedido en efecto devolutivo;

"d) promover el proceso de conocimiento que corresponda, cuya iniciación no afectará por sí sola la vigencia de la medida. Interpuesto el recurso de apelación se pierde la posibilidad de iniciar este proceso".

Como se ve, tales medidas autosatisfactivas aparecen entonces como una *especie* de un *género* que de ordinario se denomina *tutela urgente* o *tutela anticipada* que, según sus predicadores, tienen su razón de ser y justificación en la necesidad de brindar al litigante (en rigor, exclusivamente *al actor*) una herramienta novedosa, útil y rápida que, en teoría, pondría coto a la notoria ineficacia que ha demostrado el servicio de justicia.

Se atendería así, pronto y expeditivamente, a las pretensiones litigiosas que son llevadas ante los estrados de la jurisdicción estatal por

quienes afirman el desconocimiento –por vías de hecho o de derecho– de lo que jurídicamente les corresponde.

Que la prestación del servicio de justicia en la Argentina está en crisis es, más que una obviedad, un hecho notorio exento de prueba. Que la gente, el pueblo, los justiciables, descreen no sólo de la judicatura sino de todo el deficitario andamiaje del sistema legal, penosamente elaborado por los operadores del derecho, es un dato tan cierto como patético. Que algo debe hacerse a fin de no recibir la justificada condena de la sociedad hacia todos y cada uno los operadores del sistema, luce como una materia impostergable para jueces, legisladores, abogados y auxiliares.

Pero describir este ominoso cuadro es tarea bien sencilla. Lo realmente difícil es proponer las respuestas *idóneas* a esa crisis terminal que afecta y contamina a todo el servicio.

¿Se puede calificar de *idóneas* a las *medidas autosatisfactivas*? ¿No será peor el remedio que la enfermedad?

Afirmo decididamente que no son idóneas, por más que en algún caso de excepcional excepción puedan resultar intrínsecamente justas (con lo cual se privilegia otra vez la meta por sobre el método)[249].

Se postula desde antaño por los *jusprivatistas* que el proceso es de naturaleza instrumental y que, como tal, exige el transcurso de cierto tiempo para lograr su cabal desarrollo.

Si bien se mira, la cautela que posibilita el cumplimiento de la eventual sentencia que se dicte a su término es otro instrumento. En rigor, el *instrumento del instrumento*.

Adviértase, entonces, que toda protección cautelar accede siempre a un proceso (principal) del cual es su instrumento. Y en él justifica su existencia, validez, extensión y duración.

Pero la novedad de este particular y exótico tipo de "cautela" estriba en que no exige la existencia y subsistencia de un proceso principal al cual acceder sino que, prescindiendo de él, agota el tema con el dictado de la sentencia "cautelar" que soluciona definitivamente la pretensión de la actora y coloca al perjudicado por ella en la carga

[249] Y, así, el fin justifica los medios... ¡Viva Maquiavelo!

de impugnar dicha "sentencia", como si fuere igual contestar una demanda que expresar agravios.

En otras palabras: no precisa de otro proceso principal, contemporáneo o posterior incoado por el mismo actor[250]. Así se desprende claramente de la norma transcrita y se expresa terminantemente en la gloriosa redacción del artículo 232 bis de los CPC de Chaco y Formosa (ver notas 244 y 245) cuando ambos expresan que "no rigen en la materia los principios de instrumentalidad..."

La grosera violación del orden constitucional que surge diáfana de las normas mencionadas precedentemente y, en lo particular, de las vigentes en las provincias del Nordeste, donde tan inexplicablemente ha calado esto en profundidad a pesar de la reconocida calidad de sus juristas, hace que me detenga unos instantes en remarcar los puntos más importantes de ella:

a) Se descarta siempre la bilateralidad de la audiencia previa a la decisión judicial, esencia misma del diálogo procesal, al aceptar la norma como suficiente y válida la unilateral afirmación del actor en el sentido de que tiene un derecho litigioso cuya solución es de tal urgencia que merece no oír a su contraparte. Con esto se violenta el artículo 18 de

[250] Y ésta es una de las grandes ventajas de esta novedad, según lo indican sus propiciadores, que ven en ellas una suerte de *sinceramiento de una situación hipócrita*, toda vez que vienen a suplir una simulación procesal (la de "inventar" un juicio meramente declarativo o uno de amparo con la sola finalidad de obtener el dictado de una cautelar anticipatoria de sentencia) y evitan la promoción de un pleito que queda vacío de sustancia litigiosa. Esta afirmación encierra un claro sofisma: es cierto que en muchos juicios de amparo o demandas mere declarativas, cuando es despachada una cautela y ella supone un anticipo de la tutela judicial perseguida, el actor pierde interés en continuar el pleito. Empero, nueva y equivocadamente, se mira sólo a la figura del *actor*. El *demandado* no pierde interés en seguir discutiendo el fondo del litigio pues, precisamente, si obtiene el rechazo de la pretensión caducará la medida cautelar que lo grava. Si, en cambio, el demandado nada hace, habrá operado una suerte de allanamiento o transacción que, en los hechos, termina con el pleito... ¡enhorabuena que ello ocurra! ¿A qué lamentarse de ello? ¿Cuántos pleitos "se mueren" por las negociaciones de las partes? Lo que de ninguna manera puede decirse, sin más, es que el pleito quede "sin sustancia litigiosa" o "pierda toda razón de ser". El autoritarismo que exuda semejante postura es a todas luces reprochable: se cree dogmática e indiscutidamente en la razón que esgrime el *actor* y se asume, igual de dogmática e indiscutidamente, que el *demandado* nada tendrá que decir (?!).

la Constitución Nacional, pues se emitirá condena sin dar audiencia previa a quien sufrirá sus efectos.

b) De la misma forma, se practica unilateralmente toda la prueba necesaria para lograr en el juez la convicción de la razón expuesta por el actor. Eso es lo que genera la *sospecha* o el *indicio vehemente* que autorizará el despacho sin más de la medida impetrada. Y con esto también se violenta el artículo 18 de la Constitución Nacional, en cuanto se impide el control de la prueba de cargo y se elimina la posibilidad de presentar la de descargo.

c) Se rompe el principio de igualdad ante la ley, al tolerarse la admisión unilateral de una pretensión principal presentada bajo la forma de una suerte de cautela. Y, para colmo de males, se autoriza al juez actuante a no exigir la contracautela de rigor para su admisión por los daños y perjuicios que el pedido indebido pueda generar al afectado. Y con esto también se violenta el artículo 18 de la Constitución Nacional.

d) Se vulnera por segunda vez el derecho de defensa del perjudicado, al sustituir el pleno ejercicio de su derecho de defensa por limitadas posibilidades impugnativas que, por sí mismas, no generan adecuada contradicción. En efecto: adviértase que sólo se le permite:

d.1) pedir suspensión de la orden judicial pero, eso sí, efectivizando la prestación de una contracautela que no se le impuso al actor. Y con esto se violenta otra vez el artículo 18 de la Constitución Nacional, en cuanto sujeta el diálogo procesal a desiguales exigencias legales a las partes en litigio;

d.2) apelar la decisión recaída en la pretensión autosatisfactiva, con lo cual vuelve a violentarse el derecho de defensa consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

Es evidente que, procesalmente hablando, no es lo mismo contestar una demanda que expresar agravios contra una sentencia, en razón de los disímiles caracteres de las funciones judiciales que pueden realizar los jueces de primero y de segundo grado de conocimiento. En tanto que el primero es soberano para decidir acerca de los hechos controvertidos y fundantes de la respectiva pretensión así como de la determinación de la norma general, abstracta y preexistente que se les aplicará y de la elección de las consecuencias de implicar tales hechos en

las normas elegidas (con lo cual su competencia funcional es amplísima), el de segundo grado está limitado por las reglas *tantum appellatum, quantum devolutum* y *ne reformatio in peius*, de donde surge que no puede tratar el litigio con la misma extensión que pudo utilizar su inferior, sino por los agravios vertidos por el perdedor acerca del *iter* del pensamiento del juez, demostrativo de las razones que tuvo en cuenta para fallar como lo hizo (de donde se colige que la competencia funcional del *controlador* es sensiblemente menor que la del *controlado*);

d.3) deducir revocatoria contra la decisión recaída en la pretensión autosatisfactiva. Si bien técnicamente esto es lo correcto, toda vez que la impugnación se dirige contra resolución dictada sin sustanciación previa, también violenta el derecho de defensa, pues el exiguo plazo previsto en la ley para la deducción del recurso hace que la sentencia unilateral pueda alcanzar la calidad de caso ya juzgado por consentimiento del afectado. Y otra vez todo al margen del art. 18 de la Constitución Nacional;

d.4) promover un proceso de conocimiento para impugnar la decisión recaída en la pretensión autosatisfactiva, sin que ello afecte para nada la vigencia de la medida. Si bien se mira, se le da al caso similar tratamiento que el que algunas leyes otorgan a la sentencia emitida en procedimiento monitorio, sólo que éste se utiliza para ejecutar derechos ya declarados o derechos por declarar pero de muy escaso valor económico, cosa que no se ha previsto en las legislaciones que aquí critico.

Lo notable de este absurdo pero rigurosísimo sistema impugnativo es que la interposición del recurso de apelación hace perder la posibilidad de iniciar este proceso y viceversa. De donde se colige nueva violación del artículo 18 de la Constitución Nacional.

Conforme a lo que llevo dicho, parece que ya deviene inútil abundar en la manifiesta y obvia ilegitimidad constitucional que muestran con desparpajo estas "medidas anticipativas".

Sin embargo, justo es recordar que los conflictos con relevancia jurídica deparan a los justiciables un largo camino de frustraciones. Cuando se trata de pleitos *de conocimiento* (en los que es necesaria una *declaración* del derecho que asiste al pretendiente), debe transitarse la vía del proceso ordinario, sumario, sumarísimo, oral o alguno de los es-

peciales; sólo en casos excepcionales, de flagrante y arbitraria violación de una garantía constitucionalmente protegida, procede el *amparo*.

Es claro que este sistema procesal con el que contamos es pesado y lento. Mas sucede que a cambio de la moneda *tiempo* ("oro", como expresaba Couture) estamos *garantizando la audiencia*, el debido proceso y el derecho de propiedad. De modo que la eventual condena aparece sólo como el fruto final del pleno ejercicio del derecho de defensa en juicio.

Ésa es la razón por la cual la aceptación legislativa de las denominadas medidas autosatisfactivas, nos aleja de la estructura de ese sistema procesal que, no obstante todos los males que le achacamos, tiene su anclaje en el *debido proceso constitucional*, preciosa e insuprimible garantía para todos los justiciables, definitivamente incorporada a todas las cartas políticas del orbe dictadas luego de la Revolución francesa.

Aunque reiterativamente, cabe insistir hasta el hartazgo que nuestro sistema procesal constitucional reposa en el estricto apego al *derecho de audiencia* prometido a *ambos litigantes*, no sólo en el inicio sino a lo largo de toda la serie procedimental.

Por esa misma causa, aquél supone que el dictado de una sentencia de condena jamás sea dictado *inaudita et altera pars*.

Por lo contrario, la decisión judicial debe ser la *síntesis* entre una *tesis* y una *antítesis* sostenidas por las partes durante el debate, el que –a fin de ser un verdadero proceso y no una parodia de tal– debe ostentar imprescindiblemente la siguiente estructura: 1) afirmación de la existencia de un conflicto de relevancia jurídica; 2) posibilidad cierta de contradecir; 3) confirmación de las afirmaciones contradichas; 4) valoración del material probatorio; 5) sentencia; 6) posibilidad de impugnación y crítica de lo resuelto.

Es indiscutible que constitucionalmente nadie puede ser privado de su propiedad, en sentido lato, sin un previo proceso legal en el que hubiera gozado de plena oportunidad de audiencia y prueba.

En este orden de ideas, resta recordar que, para los partidarios de estas "medidas", lo primero –y lo único– a tener en cuenta es la *necesidad de brindar tutela efectiva a determinadas situaciones urgentes* y las *autosatisfactivas* están llamadas a cubrir lagunas de nuestro ordenamiento

para dar satisfacción a situaciones de una urgencia tal que no admiten la tramitación de todo un proceso de conocimiento sin riesgo de pérdida del derecho invocado.

La pregunta que se impone ante tal argumento es obvia: ¿no es ése, acaso, el fundamento mismo del dictado de una medida *cautelar*? ¿No sirve a tales fines el abundante desarrollo doctrinario y jurisprudencial del *proceso de amparo*? ¿Puede hablarse de *juicio ordinario* en el amparo, con traslados por pocas horas y facultades judiciales para reducirlas aún más?

La novedad y la moda no pueden obnubilarnos tanto como para no ver lo evidente: frente a casos *verdaderamente excepcionales*, con *verdadero riesgo de frustración de un derecho*, los jueces no hesitarán en utilizar los mecanismos con los que ya cuentan: las medidas cautelares, con cumplimiento de los requisitos de la que se trate, así como las otras garantías que, con igual rango que la del proceso, consagra la Constitución como medio similar: *amparo*[251-252] y sus diversas variantes, *habeas corpus*[253] y *habeas data*[254-255].

[251] De creación jurisprudencial y luego de larga evolución preñada de idas y vueltas de los jueces y de los legisladores, el amparo tiene hoy *status* legal en todas partes en la República Argentina, a partir de dos precisos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidos a sendas peticiones de *hábeas corpus*: el caso "Siri", del 27-12-57 y el caso "Samuel Kot SRL", del 5-9-58. Conforme a la ley nacional 16.986, el amparo es la pretensión dirigida "contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, con excepción de la libertad individual tutelada por el *hábeas corpus*". Si bien se mira, la idea comprende las instituciones de *injunction* y de *mandamus* legisladas desde antaño en la Constitución de la Provincia de Entre Ríos, arts. 26 y 27. No obstante que el caso "Siri" amparó *contra acto de particular y no de autoridad*, la ley antes señalada lo circunscribió a éstos. Recién a partir de la ley 17.454 (CPC de la Nación Argentina) se introdujo, por influencia de insistente doctrina autoral, el *amparo contra actos de particulares* de la siguiente manera: "Cuando se reclamase contra un acto u omisión de un particular que, en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho o garantía explícita o implícitamente reconocido por la Constitución, siempre que fuere necesaria la reparación urgente del perjuicio o la cesación inmediata de los efectos el acto y la cuestión, por su naturaleza, no deba sustanciarse por alguno de los procedimientos establecidos en este Código u otras leyes".

[252] Amparar es proteger, ayudar, favorecer, defender.

[253] El *hábeas corpus* se encuentra legislado en la ley nacional 23.098, cuyo *art. 3* establece: "Corresponderá el procedimiento de *hábeas corpus* cuando se denuncie un acto u omisión de autoridad pública que implique: 1) limitación o amenaza actual de la

Si se quiere historiar lo acontecido en la Argentina respecto de todas estas garantías, se constatará que los jueces siempre fueron hipersensibles ante la deducción de una cualquiera de las mencionadas y remisos a hacer respetar los derechos constitucionales que cada una de ellas defiende[256], de donde no se advierte la razón que justifica la pronta adhesión de esos mismos jueces a esta seudotutela que vino a reemplazar a todas ellas, sólo que sin la audiencia previa del afectado que todas exigen. De donde se colige que lo que hubo de hacerse era repotenciar la figura del amparo y no instalar por los jueces el injerto que aquí se critica.

libertad ambulatoria sin orden escrita de autoridad competente; 2) agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad sin perjuicio de las facultades propias del juez del proceso, si lo hubiere". A su turno, el *art. 4* dispone: "Cuando sea limitada la libertad de una persona en virtud de la declaración prevista en el art. 23 de la Constitución Nacional, el procedimiento de *hábeas corpus* podrá tender a comprobar, en el caso concreto: 1) la legitimidad de la declaración del estado de sitio; 2) la correlación entre la orden de privación de la libertad y la situación que dio origen a la declaración del estado de sitio; 3) la agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad, que en ningún caso podría hacerse efectiva en establecimientos destinados a la ejecución de penas; 4) el efectivo ejercicio del derecho de opción previsto en la última parte del art. 23 de la Constitución Nacional".

[254] El *hábeas data* se encuentra legislado en la ley nacional 25.326 cuyo *art. 1* dispone que "La presente ley tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que, sobre las mismas, se registre de conformidad a lo establecido en el art. 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional. Las disposiciones de la presente ley también serán aplicables, en cuanto resulte pertinente, a los datos relativos a personas de existencia ideal. En ningún caso se podrán afectar la base de datos ni las fuentes de información periodísticas".

[255] Si bien se mira, todos lo supuestos mostrados como ejemplares por la doctrina que alaba a las medidas autosatisfactivas encuadran cabalmente en alguno de los tipos de amparo recién mencionados en el texto.

[256] En alguna ocasión he mencionado a los jueces que, para soslayar su intervención en un amparo, siempre urticante en épocas relativamente recientes y que no deben ser olvidadas, utilizaban una suerte de *jus cuerpeandi*, gracias al cual siempre encontraban motivos para declararse incompetentes o para rechazarlos liminarmente so pretexto de las más variadas razones: falta de agotamiento de las instancias previas, existencia de otras vías procesales aptas al efecto, vencimiento de los plazos acordados por la norma respectiva, etcétera.

Surge claro de lo hasta ahora expuesto que no comparto el poder cautelar genérico como regla, que no acepto la existencia de las medidas innovativas ni de las autosatisfactivas, en razón de no ser cautelas sino ilegítimas sentencias dictadas todas en los arrabales de la Constitución y con olímpico desprecio por su texto expreso.

Creo necesario finalizar reiterando algunos argumentos que hacen a la esencia de la posición aquí adoptada, relativos a la *inaudiencia del demandado*.

Adelanté ya que la admisión de las "medidas autosatisfactivas" supone, directamente, la supresión del régimen constitucional-procesal vigente.

Y es que cuando el derecho no viene "predeclarado" (como en los títulos ejecutivos) sino que, por el contrario, hay que "declararlo" por medio de un proceso de conocimiento, ello sólo puede lograrse por el juez *escuchando previamente a ambas partes*.

En un proceso de conocimiento el juez no sabe (¡no puede saberlo!) si le asiste derecho al actor que lo invoca.

Si con sólo escuchar al pretendiente le concede la razón, ese juez sólo por azar habrá acertado en la solución del litigio, nunca con algún fundamento jurídico...

La versión que brinda el actor, la prueba que él puede arrimar, en definitiva, el "tañido de la campana que él mismo bate", no es más que eso: la presentación de los hechos desde su óptica, desde su parcialidad, desde su puro subjetivismo.

Sin escuchar al demandado, sin darle audiencia para que rebata y pruebe en contra, ese juez no puede (sino como producto de un simple voluntarismo y de una absoluta arbitrariedad) saber si un derecho es "fuertemente verosímil". Si lo considera así es porque, precisamente, el monólogo –que no *el diálogo*– pudo haberlo llevado a esa conclusión.

La "fuerte verosimilitud", la "probabilidad cierta", la "irreparabilidad del perjuicio" deben necesariamente contrastarse con la *versión*, con la *certeza* y con el propio *perjuicio irreparable* de quien en los hechos viene oponiéndose a la pretensión del actor.

¿A santo de qué negarle su *day in court*? ¿Por qué esta renuncia a una conquista que se logró luego de siglos de lucha denodada?

El derecho *de fondo* lleva tres mil años de vigencia. El derecho procesal, *de forma*, es un hijo nacido en la madurez del derecho de fondo. El derecho procesal en un Estado de Derecho garantiza, desde sus raíces, un debido proceso constitucional. Y ese derecho procesal "garantista" es tributario apenas de los últimos dos siglos de evolución jurídica de la humanidad. Y huelga decir que esta preciosa conquista se ha logrado sobre la sangre y el sufrimiento de los pueblos.

Las ideas de imparcialidad e impartialidad del juzgador, de audiencia y prueba, son garantías que hoy se ven amenazadas por distintos costados. En rigor, no debe extrañar que la evolución de un pensamiento que sólo mira la cuestión *desde el poder*, termine por proponer que un *bien de la vida* pueda ser otorgado sin escuchar a aquel a quien ha de arrebatárselo...

Estamos retrocediendo a lo más oscuro de la historia jurídica so pretexto de brindar una supuesta justicia rápida y eficiente (refiero al singular sistema que usaba el juez Bridoye para resolver sus casos: los sometía a la suerte de los dados...).

Por eso es que aquí se exige denodadamente la plena vigencia del *derecho de audiencia*, consagrado en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales a ella incorporados con la denominación de *derecho inviolable de defensa en juicio* mediante el uso de una dialéctica del proceso que supone una *audiencia* con igualdad de las armas que esgriman las partes: si el actor afirma y prueba, el demandado debe poder contradecir y confirmar su defensa.

Y ya para terminar: el oponente del demandado es el actor, *no el juez*; si, en cambio, la audiencia viene después de la sentencia, lo que se rebate son los términos de una decisión judicial, no los dichos del actor. Y con ello se ha violentado la garantía constitucional.

ÍNDICE SUMARIO

c) LAS ETAPAS DE CONFIRMACIÓN Y DE ALEGACIÓN

CAPÍTULO 22

LA CONFIRMACIÓN PROCESAL

..... 7

1. El concepto de *confirmación* y su relación con el vocablo *prueba* 8
2. Los problemas filosófico-políticos de la confirmación procesal 13
   - 2.1. La política legislativa en cuanto a la confirmación procesal 13
   - 2.2. La actividad del juzgador en la etapa confirmatoria 17
3. Los problemas técnicos de la confirmación procesal 23
   - 3.1. El objeto de la confirmación (o de la prueba) (*qué puede ser confirmado*) 24
   - 3.2. El tema de la confirmación (o de la prueba) (*qué debe ser confirmado*) 24
   - 3.3. La fuente de la confirmación (o de la prueba) (*de dónde se extrae la confirmación*) 30
   - 3.4. La incumbencia de la confirmación (o de la prueba) (*quién debe confirmar*) 31
   - 3.5. Los medios para confirmar (*cómo se confirma*) 44
     - 3.5.1. Los medios de confirmación en general 45
       - 3.5.1.1. La comprobación (o *prueba* propiamente dicha) 45
       - 3.5.1.2. La acreditación 47
         - 3.5.1.2.1. El instrumento 49
         - 3.5.1.2.2. El documento 49

3.5.1.2.3. El monumento 50
3.5.1.2.4. El registro 50
3.5.1.3. La mostración 51
3.5.1.4. La convicción 52
3.5.1.4.1. La confesión (en general) 53
3.5.1.4.2. El juramento 57
3.5.1.4.3. El peritaje de opinión (en general) .. 59
3.5.1.4.4. El testimonio (en general) 61
3.5.1.4.5. El indicio y la presunción (en general) 66
3.5.2. Los medios de confirmación en particular..... 69
3.5.2.1. La "prueba" de confesión (en particular) 70
3.5.2.1.1. Los requisitos de la confesión..... 71
3.5.2.1.2. La retractación de la confesión..... 74
3.5.2.1.3. La valoración judicial de la confesión.. 75
3.5.2.1.4. La absolución de posiciones..... 77
3.5.2.2. La "prueba" de documentos (en particular).... 80
3.5.2.2.1. Los requisitos de la prueba documental..... 80
3.5.2.2.2. El valor confirmatorio del documento..... 82
3.5.2.3. La "prueba" de peritos (o *peritaje*) (en particular) 85
3.5.2.3.1. Los requisitos de la prueba de peritos..... 88
3.5.2.4. La "prueba" de testigos (en particular) 90
3.5.2.4.1. Los requisitos de la prueba de testigos..... 95
3.5.2.5. La "prueba" de informes..... 97
3.5.2.5.1. Los requisitos de la prueba de informes..... 98
3.5.2.6. La "prueba" de indicios y presunciones..... 99
3.5.2.6.1. Los requisitos de la prueba de indicios..... 99

3.5.2.7. La "prueba" de inspección ocular o de reconocimiento judicial 101
3.5.2.7.1. Los requisitos de la "prueba" de inspección judicial 101
3.6. El procedimiento confirmatorio (*cuándo se confirma*)..... 102
3.6.1. Las etapas del procedimiento confirmatorio 104
3.6.1.1. La subetapa de *ofrecimiento* de los medios de confirmación..... 104
3.6.1.2. La subetapa de *aceptación* de los medios ofrecidos..... 110
3.6.1.3. La subetapa de *admisión judicial* de los medios ofrecidos..... 111
3.6.1.4. La subetapa de *producción* de los medios admitidos 114
3.7. La etapa de alegación acerca de los medios confirmatorios producidos 115
3.7.1. La evaluación por las partes litigantes acerca de los medios producidos..... 116
3.7.2. La evaluación por el juez acerca de los medios producidos (*qué valor tiene la confirmación*) 117
3.7.2.1. El sistema de la tasación o de preordenación por la ley del valor de cada medio particular ... 118
3.7.2.2. El sistema convictivo 120

SECCIÓN 2

SUS CONTINGENCIAS

CAPÍTULO 23

LA ACUMULACIÓN PROCESAL

1. Explicación previa 123
2. La continencia pretensional 124
2.1. La acumulación de procesos 126
2.1.1. Las clases de acumulación procesal..... 127
2.1.1.1. En el campo de lo civil..... 127

2.1.1.1.1. La acumulación objetiva de pretensiones 128
2.1.1.1.1.1. Los requisitos para hacer la acumulación objetiva 129
2.1.1.1.1.1.1. La compatibilidad de las pretensiones deducidas 129
2.1.1.1.1.1.2. La unidad de competencia para conocer de todas las pretensiones ... 130
2.1.1.1.1.1.3. La identidad del trámite de todas las pretensiones 131
2.1.1.1.1.2. Quién puede efectuar la acumulación objetiva 131
2.1.1.1.1.3. La oportunidad para efectuar la acumulación objetiva 133
2.1.1.1.2. La acumulación subjetiva de pretensiones 133
2.1.1.1.2.1. Las hipótesis de acumulación subjetiva ... 134
2.1.1.1.2.1.1. La hipótesis de conexidad 135
2.1.1.1.2.1.2. El caso de la identidad de pretensiones sobre un mismo objeto 135
2.1.1.1.2.1.3. El caso de la conexidad por incompatibilidad de las pretensiones sobre un mismo objeto 137
2.1.1.1.2.1.4. Los casos de conexidad causal y de conexidad mixta objetivo-causal 139
2.1.1.1.2.1.5. La hipótesis de afinidad 140
2.1.1.1.2.2. Los requisitos para efectuar la acumulación subjetiva 140
2.1.1.1.2.3. Quién puede efectuar la acumulación subjetiva 141
2.1.1.1.2.4. La oportunidad para efectuar la acumulación subjetiva 142
2.1.1.1.3. La acumulación por atracción 143
2.1.1.1.4. La acumulación impropia: la prejudicialidad 145
2.1.1.2. La acumulación en el campo de lo penal 149
2.2. La separación o escisión procesal 149

CAPÍTULO 24

LAS EVENTUALIDADES PROCESALES

1. Explicación previa 151
2. La *convergencia* y la *divergencia* procesal 155
3. Los incidentes procesales 156
4. Los accidentes procesales 157
5. El desplazamiento procesal 158
6. La sucesión procesal 159

SECCIÓN 3

SU TERMINACIÓN

CAPÍTULO 25

LOS MODOS DE TERMINAR EL CURSO PROCEDIMENTAL

1. La terminación del proceso por medios autocompositivos 161
1.1. Los medios unilaterales expresos 165
1.1.1. El desistimiento de la pretensión 165
1.1.2. El allanamiento a la pretensión 167
1.2. El medio unilateral tácito: la deserción recursiva por carencia de fundamentación 170
1.3. Los medios bilaterales expresos 170
1.3.1. La transacción 171
1.3.1.1. Los requisitos de la transacción 172
1.3.1.2. Los caracteres de la transacción 176
1.3.1.3. Los efectos de la transacción 178
1.3.2. El desistimiento del proceso 180
1.4. El medio bilateral tácito: la caducidad de la instancia 182
2. La terminación del proceso por medio de actividad judicial 186
2.1. El llamamiento de autos 187
2.2. La homologación judicial 187
2.3. El sobreseimiento 188

2.4. La absolución de la instancia 192
2.5. El archivo de la causa 193
2.6. El auto de falta de mérito 193

SECCIÓN 4

SU EFICACIA

CAPÍTULO 26

LA EFICACIA DE PROCESO

1. La eficacia del proceso 195
2. Los efectos del método de discusión 196
3. Los efectos de la sentencia 197

SECCIÓN 5

SU COSTE

CAPÍTULO 27

EL COSTE DEL PROCESO

1. El problema 199
2. El coste del servicio 200
3. El coste de la defensa: criterios 202
3.1. El criterio objetivo de imposición de costas 205
3.2. El criterio subjetivo de imposición de costas 206
4. La condena en costas 209
4.1. La condena en costas conforme con el criterio objetivo 209
4.1.1. La regla general de imposición de costas: por su orden .. 209
4.1.2. La excepción a la regla general: el vencimiento de una de las partes en el pleito 210
4.1.3. Las excepciones a la excepción: otra vez costas por su orden 211
4.2. La condena en costas conforme con el criterio subjetivo 211

4.3. Otras situaciones de imposición de costas 212
4.4. El contenido de las costas 219
4.5. Los alcances subjetivos de la condena en costas 221
4.6. La naturaleza de la obligación de pagar costas 223
5. El cobro de las costas 226

PARTE 4

LA SENTENCIA

CAPÍTULO 28

LA SENTENCIA

1. El objeto del proceso: la sentencia 227
1.1. El concepto 227
1.2. La naturaleza jurídica de la sentencia 230
1.3. La clasificación de las sentencias 236
1.4. Los presupuestos de la sentencia de fondo que resuelve útilmente el litigio 241
1.5. Los efectos jurídicos de la sentencia 261
1.5.1. El efecto de la terminación del litigio 263
1.5.2. El efecto de la conclusión de la actividad jurisdiccional .. 263
1.5.3. El efecto de la declaración de certeza del derecho aplicable a la relación jurídica litigiosa 264
1.5.4. El efecto temporal de las diversas clases de sentencia 266
1.5.5. El efecto del caso ya juzgado 269
1.5.5.1. El concepto 269
1.5.5.2. La clasificación del caso juzgado 273
1.5.5.3. Los límites subjetivos del caso ya juzgado 275
1.5.5.4. Los límites objetivos del caso ya juzgado 280
1.5.6. La ejecutoriedad de la sentencia 285
1.5.7. La oportunidad de los efectos 285
1.6. La prescripción del derecho cierto que contiene la sentencia de condena 287

PARTE 5

LA EJECUCIÓN

CAPÍTULO 29

LA EJECUCIÓN PROCESAL

1. El concepto de *ejecución* 289
2. El juicio ejecutivo 294
   2.1. Los antecedentes imprescindibles de conocer 295
   2.2. Los caracteres procedimentales del actual juicio ejecutivo 305
3. Los títulos susceptibles de ejecución 309
   3.1. El título ejecutorio 311
      3.1.1. Los requisitos del título ejecutorio 312
   3.2. El título ejecutivo 316
      3.2.1. Los requisitos del título ejecutivo 316
      3.2.2. Enunciación ejemplificativa de títulos ejecutivos 332
4. El procedimiento ejecutivo 336
   4.1. Las restricciones a la defensa en el juicio ejecutivo 338
   4.2. Los efectos de la sentencia ejecutiva 341
5. La crítica al seudosistema que genera *títulos ejecutivos* 342
   5.1. El planteo del tema 343
   5.2. Las propuestas 349
6. El procedimiento monitorio 353

PARTE 6

LA IMPUGNACIÓN

CAPÍTULO 30

LA IMPUGNACIÓN PROCESAL

..... 363
1. El concepto de *impugnación* procesal 365
2. Los medios de impugnación procesal 367
   2.1. El reacertamiento 370

   2.2. La acción procesal 371
      2.2.1. La demanda principal 374
      2.2.2. La demanda incidental 377
      2.2.3. La excepción 378
      2.2.4. El recurso 379
   2.3. La queja 380
3. Los recursos 381
   3.1. Los recursos en general 381
      3.1.1. Los conceptos previos necesarios para comprender el tema 382
         3.1.1.1. La naturaleza de la pretensión recursiva 382
         3.1.1.2. Los juicios que se emiten acerca de un recurso 385
         3.1.1.3. Los efectos que genera la concesión de un recurso 386
         3.1.1.4. Naturaleza jurídica de una sentencia sujeta a la interposición y a la resolución de un recurso 389
      3.1.2. La clasificación de los recursos 390
         3.1.2.1. Los "recursos" que son verdaderos *reacertamientos* 391
         3.1.2.2. Los "recursos" que son verdaderas *demandas principales* o *incidentales* 391
         3.1.2.3. Los "recursos" *impropios* (o *recursos que no son recursos*) 392
         3.1.2.4. Los recursos propiamente dichos 393
      3.1.3. La renunciabilidad de los recursos 394
      3.1.4. La inimpugnabilidad y la irrecurribilidad 395
      3.1.5. La política recursiva 396
         3.1.5.1. La importancia jurídica del tema como causal de restricción recursiva 398
         3.1.5.2. La importancia económica del agravio como causal de restricción recursiva 417
         3.1.5.3. La deducción previa de otros medios de impugnación cuya inmediata solución puede llegar a evitar la Alzada como causal de restricción recursiva 418

3.1.5.4. El pago de gabelas como causal de restricción para la interposición de quejas 421
3.1.5.5. La inexistencia de competencia funcional superior para el caso, por renuncia de los interesados como causal de restricción recursiva 422
3.1.6. La ¿constitucionalidad? de la restricción impugnativa ... 423
3.1.7. Los presupuestos de toda impugnación 424
3.1.7.1. Los supuestos precedentes de las impugnaciones en general 425
3.1.7.2. Los supuestos consecuentes de las impugnaciones en general 426
3.1.7.3. Los requisitos generales de todas las impugnaciones 426
3.1.7.3.1. Los requisitos generales *extrínsecos* para deducir impugnaciones 427
3.1.7.3.2. Los requisitos generales *intrínsecos* para deducir impugnaciones 430
3.1.7.4. Los requisitos especiales de algunas impugnaciones 435
3.2. Los medios de impugnación en particular 435
3.2.1. La aclaratoria 436
3.2.1.1. La naturaleza de la aclaratoria 436
3.2.1.2. Los presupuestos de la aclaratoria 436
3.2.1.3. El trámite de la aclaratoria 438
3.2.1.4. Las impugnaciones que caben contra la resolución que decide la aclaratoria 438
3.2.2. La revocatoria 439
3.2.2.1. La naturaleza de la revocatoria 439
3.2.2.2. Los presupuestos de la revocatoria 439
3.2.2.3. Los juicios acerca de la revocatoria 442
3.2.2.4. Los efectos de la interposición de la revocatoria 443
3.2.2.5. El trámite de la revocatoria 443

3.2.2.6. Las impugnaciones que caben contra la resolución que decide la revocatoria 444
3.2.2.7. La denominada revocatoria *in extremis* 444
3.2.3. La apelación 445
3.2.3.1. La naturaleza de la apelación 445
3.2.3.2. Los presupuestos de la apelación 445
3.2.3.3. Los juicios acerca de la apelación 450
3.2.3.4. La admisión de la apelación 450
3.2.3.5. El procedimiento de la apelación 450
3.2.3.5.1. Los modos de tramitar un recurso ... 450
3.2.3.5.2. Los trámites de la apelación 453
3.2.3.5.3. La resolución que decide la apelación y las impugnaciones que proceden contra ella 457
3.2.4. La nulidad 458
3.2.4.1. La naturaleza de la nulidad 458
3.2.4.2. Los presupuestos de la nulidad 458
3.2.4.3. El trámite de la nulidad 463
3.2.4.4. La resolución que decide la nulidad y las impugnaciones que proceden contra ella 463
3.2.5. El directo 466
3.2.5.1. La naturaleza del "recurso directo" 467
3.2.5.2. Los presupuestos del "recurso directo" 467
3.2.5.3. El trámite del "recurso directo" 469
3.2.5.4. Las impugnaciones que caben contra la resolución que decide el "recurso directo" 469
3.2.6. El atentado 469
3.2.6.1. La naturaleza del "recurso de atentado" 471
3.2.6.2. Los presupuestos del "recurso de atentado" 471
3.2.6.3. El trámite del "recurso de atentado" 472
3.2.6.4. Las impugnaciones que caben contra la resolución que decide el "recurso de atentado" .. 472
3.2.7. La rescisión 472
3.2.7.1. La naturaleza del "recurso de rescisión" 473

3.2.7.2. Los presupuestos del "recurso de rescisión" 473
3.2.7.3. El trámite del "recurso de rescisión" 475
3.2.7.4. Las impugnaciones que caben contra la resolución que decide el "recurso de rescisión".. 475
3.2.8. La revisión 475
3.2.8.1. La naturaleza del "recurso de revisión" 476
3.2.8.2. Los presupuestos del "recurso de revisión" 476
3.2.8.3. El trámite del "recurso de revisión" 480
3.2.8.4. Las impugnaciones que caben contra la resolución que decide el "recurso de revisión".. 481

PARTE 7

LA CAUTELA

CAPÍTULO 31

EL PROCEDIMIENTO CAUTELAR Y LA SOLUCIÓN URGENTE Y ANTICIPADA DE UNA PRETENSIÓN

..... 483
1. Introducción al tema: las *medidas cautelares*..... 484
2. El procedimiento cautelar y la petición que lo origina: naturaleza.... 488
2.1. Los presupuestos de toda cautela 489
2.1.1. El supuesto precedente de las cautelas en general 490
2.1.2. Los supuestos consecuentes de las cautelas en general ... 490
2.1.3. Los requisitos generales para otorgar cautelas..... 490
2.1.3.1. Los requisitos generales *extrínsecos* para otorgar cautelas 491
2.1.3.1.1. La competencia judicial 491
2.1.3.1.2. La oportunidad para ordenar cautelas..... 493
2.1.3.1.3. La prestación de contracautela como requisito para ordenar cautelas..... 494
2.1.3.2. Los requisitos generales *intrínsecos* para otorgar cautelas 499

2.1.3.2.1. La verosimilitud del derecho 500
2.1.3.2.2. El peligro en la demora..... 502
2.1.4. Los requisitos específicos para otorgar ciertas cautelas... 504
2.2. Los caracteres de las cautelas admitidas..... 505
2.3. La clasificación de las posibles cautelas 506
2.3.1. Las cautelas cuyo objeto es la protección de bienes..... 507
2.3.1.1. La cautela de bienes para asegurar la ejecución forzosa de un derecho aún no declarado..... 507
2.3.1.1.1. El embargo preventivo 507
2.3.1.1.2. El secuestro..... 519
2.3.1.1.3. El depósito judicial de cosa a demandar o ya demandada 524
2.3.1.1.4. La inhibición general de bienes 525
2.3.1.2. Las cautelas que posibilitan la ejecución forzosa de un derecho ya declarado..... 527
2.3.1.2.1. El embargo ejecutivo y la desposesión del bien embargado 527
2.3.1.2.2. La intervención judicial en general .. 531
2.3.1.2.2.1. La intervención judicial recaudadora 533
2.3.1.2.3. La inhibición general..... 535
2.3.1.3. La cautela de cosas para mantener el *statu quo* mientras se discute sobre ellas..... 535
2.3.1.3.1. La intervención controladora o informativa 535
2.3.1.3.2. La intervención administradora..... 537
2.3.2. La cautela de derechos inciertos para mantener el *statu quo* mientras se discute sobre ellos..... 539
2.3.2.1. La prohibición de innovar 539
2.3.2.2. La prohibición de contratar 542
2.3.2.3. La anotación registral del litigio..... 542
2.3.3. Las cautelas que protegen a las personas que litigan o que pretenden hacerlo 543
2.3.3.1. La protección de la integridad de la persona.... 544

2.3.3.2. El otorgamiento de carta de pobreza o beneficio para litigar sin gastos 547
2.3.3.3. El otorgamiento de fianzas 554
2.3.3.3.1. El otorgamiento de fianza para asegurar la defensa por un pariente de quien ha sido demandado en juicio..... 556
2.3.3.3.2. El otorgamiento de fianza para asegurar el cobro de costas eventuales: arraigo en juicio 557
2.3.3.3.3. El otorgamiento de fianza para posibilitar la ejecución de una sentencia no ejecutoriada 559
2.3.3.3.4. El otorgamiento de fianza para asegurar la comparecencia a juicio de reo penal..... 560
2.3.4. Las cautelas que protegen la producción anticipada de medios de confirmación procesal 561
2.3.5. La cautela que protege el desarrollo íntegro y regular del proceso penal: privación de libertad 566
3. El anticipo judicial de la prestación demandada: naturaleza..... 567
3.1. La clasificación de los anticipos de tutela judicial..... 572
3.1.1. Los anticipos legales..... 572
3.1.2. Los anticipos judiciales 572
3.1.2.1. Los poderes cautelares genéricos 573
3.1.2.2. La orden de innovar en la situación jurídica actual 575
3.1.2.3. La sentencia autosatisfactiva..... 578

LA COMPOSICIÓN Y DIAGRAMACIÓN SE REALIZÓ EN RUBINZAL - CULZONI EDITORES
Y SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EL 3 DE MARZO DE 2009 EN LOS TALLERES
GRÁFICOS DE IMPRENTA LUX S. A., H. YRIGOYEN 2463, SANTA FE